

Arquivos do

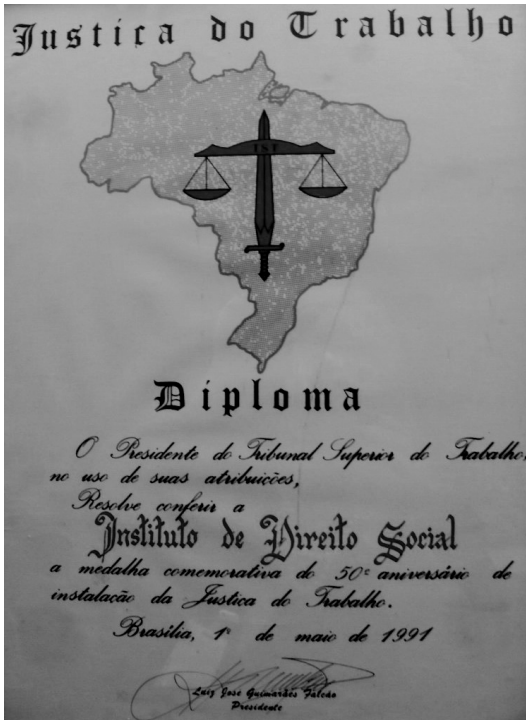
INSTITUTO Brasileiro de Direito Social CESARINO JÚNIOR



**VII CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO SOCIAL**

- . Crisis y Derecho del Trabajo
- . Boa-fé na negociação coletiva
- . Desaposentação
- . Ética na magistratura trabalhista

Vol. 38 - 2014



Medalha comemorativa do 50º aniversário de instalação da Justiça do Trabalho, em 01-05-1991, conferida ao IBDSOJ pelo Tribunal Superior do Trabalho.



Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho conferida ao IBDSOJ pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 12-08-1991.

**ARQUIVOS DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Nº 38 - 2014

Sumário

Apresentação.....	7
MARLY A. CARDONE	
1. Crisis y Derecho del Trabajo.....	9
MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO	
2. A Boa-Fé na Negociação Coletiva.....	51
IARA ALVES CORDEIRO PACHECO	
3. O Direito à Informação e a Boa-Fé na Negociação Coletiva....	65
MARCUS DE OLIVEIRA KAUFMANN	
4. Desaposentação.....	105
ADAUTO CORREA MARTINS	
4. A Ética na Magistratura: ponderações sobre normas e circunstâncias que interferem na prestação jurisdicional.....	115
LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI	

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “*Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” - SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 - CEP 01310-910 - SP - Fone 3285-0372
www.institutocesarinjunior.org.br - icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados são de exclusiva
responsabilidade de seus autores.*

APRESENTAÇÃO

Nos dias 16 e 17 de abril do corrente ano realizamos em São Paulo o **VII Congresso Brasileiro de Direito Social**, sob a nossa coordenação, no qual procuramos discutir alguns temas relevantes para a atualidade do Direito Social.

A Prof^a Dr^a MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO, catedrática da Universidade Autônoma de Madri foi convidada para proferir a conferência de abertura e, com brilho e proficiência, tratou do tema **Crisis y Derecho del Trabajo**. Divulgamos seu estudo nesta nossa revista para ampliarmos sua repercussão e fazemos, mais uma vez, agradecimento público por sua inestimável colaboração.

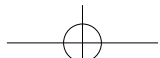
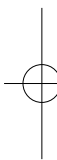
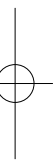
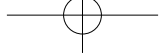
Da mesma forma, alguns dos outros temas tratados por nossos membros associados são nestas páginas reproduzidos para que um maior número de pessoas possa tirar proveito de sua qualidade.

A boa-fé na negociação coletiva, num sindicalismo ainda adolescente como o nosso, há de levar a reflexões construtivas, contribuindo para o amadurecimento da democracia sindical.

O tema da renúncia à aposentadoria, com requerimento posterior do mesmo benefício previdencial, que tem merecido a acolhida por parte de muitos tribunais, em decisões contra a letra da lei, não poderia deixar de ser estudado e exposto no congresso.

Assunto pouco versado, como a ética na área judicial, também mereceu destaque no nosso Congresso, o qual não poderia ter sido realizado sem a colaboração devotada de nossos associados, que foram nomeados na página anterior.

MARLY A. CARDONE
Presidente do IBDSJC



CRISIS Y DERECHO DEL TRABAJO

Magdalena Nogueira Guastavino ()*

1. Preliminares

Mis primeras palabras son de sincero agradecimiento por el inmenso honor con que me distinguen al concederme la oportunidad de impartir la lección de apertura del VII Congreso Brasileiro de Direito Social. Muy particularmente debo agradecer la amable invitación cursada por el Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior a través de su Presidenta, la Profesora Marly CARDONE, quien desde el primer día me ha brindado toda su disponibilidad e inmerecidas atenciones. Es un placer decirles, además, que es con ustedes y en esta ciudad, la primera vez que piso tierra brasileña. Y nunca hubo un mejor momento para pisarla que cuando su país va a celebrar dentro de poco el Campeonato Mundial de Fútbol cuya organización será, con toda seguridad, tan exitosa como está siendo la organización del presente Congreso.

Un evento mundial como el Campeonato de Fútbol o de similares características lo organiza impulsar su economía y crear empleo. Y es de economía, empleo y Derecho del Trabajo de lo que vengo a hablarles. Pero desafortunadamente no de bonanza económica, sino de crisis.

En concreto el título de la ponencia encomendada es el de “*Crisis y Derecho del Trabajo*”. Se trata de una temática de enorme amplitud con de diferentes enfoques posibles pues podría estar centrada en una exposición de datos macroeconómicos, o una exposición filosófica,

(*) Catedrática de Derecho del Trabajo - Universidad Autónoma de Madrid

histórica política o estrictamente jurídica pero, incluso, con un enfoque estrictamente jurídico, el dilema sería si centrarse en una idea universal de Derecho del Trabajo o una regional, como la europea, o ceñirme a una experiencia nacional como la española. Como ha señalado el Profesor Adrián Goldin, es muy difícil reconocer una configuración definitiva o universal del Derecho del Trabajo, salvo en su inicial configuración histórica, y más bien sólo es posible hablar de derechos particulares de Trabajo o rasgos particulares del derecho del trabajo¹.

Es por ello por lo que voy a centrar la exposición en el impacto que la crisis ha tenido sobre los elementos más esenciales y reconocibles del Derecho del Trabajo, si bien, y sin perjuicio de que se aluda a elementos comparados, lo haré, sobre todo, desde el impacto que en dichos elementos esenciales han tenido las reformas normativas llevadas a cabo en España. Mi país se ha convertido en un observatorio privilegiado por dos motivos: porque ha afectado gravemente la crisis y porque, además, la crisis se ha abordado mediante reformas legislativas de dos diferentes signos (socialista y conservador) lo que permite observar los distintos enfoques dados a una misma problemática.

2. Crisis

Pues bien, dicho ello, podemos convenir que, todavía hoy, la crisis sigue siendo una histórica compañera de viaje del Derecho del Trabajo, en célebre frase del Prof. Palomeque². Pero también afirmar

-
- 1 GOLDIN A., “*Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio*”, *Relaciones Laborales*, núm. 2/2014, pp. 29 ss, en la línea de lo que como ya señalara años antes DE LA VILLA GIL L.E., “*Empleo y crisis económica*”, en *Jornadas sobre empleo y crisis económica*, Subsecretaría de empleo y Relaciones Laborales, MTSS, 1982, p. 23.
 - 2 PALOMEQUE LOPEZ C., “*Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*”, *Revista de Política Social*, núm. 143/1984, pp. 14 ss.

que la actual crisis presenta características propias y un impacto en el Derecho del Trabajo antes desconocido.

Conviene recordar algunos elementos de la actual crisis para enfocar con perspectiva esta situación.

Nadie discute que el origen inmediato de la crisis es estrictamente financiero y estadounidense. En el afán de ganar cada vez más dinero, los bancos de EEUU difundieron por todo el sistema financiero internacional, como si de una inversión atractiva y rentable se tratara, miles de productos financieros derivados de contratos hipotecarios que resultaron ser en realidad simple basura financiera³

Durante años estos mecanismos financieros permitieron a los bancos tener beneficios espectaculares que repartían entre sus accionistas privados, pero la situación cambió cuando la reserva federal de EEUU subió los tipos frustrando las expectativas sobre mayores subidas de precios en el mercado inmobiliario por lo que la actividad en construcción se frenó y millones de trabajadores se quedaron sin empleo y empezaron a dejar de pagar las hipotecas o préstamos que tenían suscritos con los bancos y entonces los productos financieros que se habían distribuido perdían de inmediato su valor porque los activos originales aquellas hipotecas que estaban en la base de la pirámide dejaban de proporcionar los flujos de dinero esperados cuando las familias dejan de pagarlas perdiendo valor además la cartera inmobiliaria de los propios bancos al existir una burbuja inmobiliaria.

3 Básicamente la estafa de las hipotecas *subprime* destinadas a gente poco solvente y por ello con alto riesgo de impago, los créditos NINJA –no income, no job, no asset- arriesgados pero con tipos muy altos a pagar a los bancos por ello, y la titulización de los de los activos que consiste en convertir un activo no negociable en negociable: los bancos que provocaron la crisis titularizaron los contratos hipotecarios, es decir, venderlos bajo otra forma para así obtener liquidez y poder seguir dando créditos. En extenso y muy comprensible NAVARRO V, TORRES LOPEZ J. y GARZÓN ESPINOSA A, *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, Ediciones Sequitur, Madrid 2011, pp. 17 ss

Todo ello provocó la quiebra de los bancos pero también de los inversores que los habían adquirido. Cuando los bancos quiebran el efecto inmediato es que dejan de dar crédito y, con ello, las empresas no pueden seguir produciendo. La caída de la producción y de la actividad económica genera un aumento del paro. Los trabajadores desempleados no pueden seguir comprando y con ello no dan de vivir a las empresas. Todo ello combinado produce un desastre en la economía y la crisis hipotecaria se convierte en crisis financiera y global.

Los Estados además se van empobreciendo consecuencia de recibir menos ingresos por impuestos y tener que incrementar su gasto en pensiones y en protección social.

¿Qué hacen los Gobiernos?: inyectan miles de millones en la refinanciación de los bancos pensando que así los bancos otorgarán crédito y se reactivará la economía (menos cierres empresas y desempleo), pero no modifican las reglas del juego. Refinanciados los bancos, ahora imponen sus condiciones para hacer fluir el crédito ante los impagos y endurecen las condiciones para otorgar los créditos, con lo que al final el dinero sigue sin fluir y sin recuperarse la economía.

Los Gobiernos endeudados necesitan dinero para financiar sus actividades (pago de sueldos de empleados públicos entre otras partidas) por lo que emiten deuda pública (ya que la creación de dinero desde la unión monetaria se encuentra restringida). Una deuda que las agencias de rating⁴ (por cierto entidades privadas contratadas por las mismas entidades bancarias que no dudaron en calificar de gran calidad financiera las hipotecas puestas en

4 *Oligopolio de tres de EEUU: Standar and Poor's; MOodey's: Fitch. China: Dagong Global Credit Ratins. Lo que ha llevado a canciller alemán Angela Merkel a pedir la creación de una agencia europea para contraponer fuerzas y romper con la presión contra el euro.*

circulación para apoyar el negocio de los clientes que les pagaban) consideran bonos basura, es decir, a un escalón de ser inversiones consideradas especulativas. Lo que les obliga a pagar tipos de interés muy alto a quienes invierten en dicha deuda.

Ante el endeudamiento de los estados, los Gobiernos optan por adoptar políticas de austeridad como respuesta ante la situación. Ello debilita la economía porque se reduce el gasto y con ello se genera menos empleo se perciben menos impuestos e ingresos: más con menos ingresos⁵.

Los parámetros generales son extrapolables al conjunto de los países europeos si bien, España posee características propias que han provocado que los efectos de la crisis resulten aún más graves. Sobre todo porque el modelo económico y productivo español resultaba especialmente proclive a la debacle.

La incorporación a la Comunidad Europea supuso una entrada importante de fondos que permitió el desarrollo de grandes infraestructuras y la realización de obra y vivienda pública con la consiguiente generación de empleo. Asimismo nuestra entrada llevó a la paulatina desaparición de sectores industriales de España que no podían competir con la industria de valor añadido de Francia o Alemania basado en la innovación y la formación, viéndose abocada a un modelo productivo dependiente y poco competitivo basado en la construcción y el sector del turismo o del turismo, caracterizado por una mano de obra intensiva de baja cualificación que cuando la economía está en fase de crecimiento permite una elevada contratación, pero que en época de recesión aboca a que sea este tipo de trabajadores el que antes se vea expulsado del mercado de trabajo. De hecho, en España en la época de bonanza anterior a la crisis, el fácil acceso al mercado laboral en estos sectores para la

5 Receta en la que insiste la propia OCDE: *Perspectivas del empleo 2013*.

juventud supuso el abandono de la formación por muchos jóvenes⁶ que veían posibilidades inmediatas de conseguir ganancias, lograr un crédito para independizarse y consumir con cierta facilidad. Este tipo de sectores además atrajo a numerosa mano de obra extranjera que impulsó el crecimiento de la economía española. Un crecimiento basado no tanto en el incremento salarial, sino en el incremento numérico de población ocupada en el que mujeres e inmigrantes, ante la ausencia de políticas efectivas de igualdad, permitían el mantenimiento de salarios bajos. El problema en el bienio previo a la crisis 2006-2007 no era por tanto la tasa de empleo (la española con tasas registradas de paro inferior al 8% (4T 2007: INE) estaba en la línea de otras economías desarrolladas como la alemana o la francesa), sino la tasa de temporalidad, especialmente intensa entre el colectivo de jóvenes y de mujeres; una tasa que había doblado la de la UE (rondaba el 10-15%) y superaba el 30% lo que desequilibraba el normal funcionamiento del mercado de trabajo español y lo convertía en uno de los más flexibles, en su conjunto, de su entorno europeo y, especialmente, en el numeroso segmento de trabajadores con contratos de duración determinada⁷.

Si a ello unimos un modelo económico especulativo desde los años ochenta (dinero fácil), una política bancaria de facilitación de crédito sin garantías suficientes (hipotecas concedidas por un importe superior al precio de mercado de la vivienda y que suponían un endeudamiento superior al razonable teniendo en cuenta

6 Según datos de Eurostat, la tasa de abandono escolar temprano se ha reducido en nuestro país entre 2007 y 2011 en 4,5 puntos hasta situarse en el 26,5%, todavía se encuentra muy lejos de las observadas en otros países europeos como Alemania y Francia (11,5% y 12%, respectivamente) o incluso de países periféricos como Grecia, Italia y Portugal (13,1%, 18,2%, 23,2%).

7 *Seminario Nacional España Documento Nacional de Referencia Anticipación y Gestión de las Reestructuraciones en España Abril 2010*. Puede encontrarse en: http://www.google.es/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CElQFjAD&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2Fjajax%2FblobServlet%3FdocId%3D5751%26langId%3Des&ei=TUBFU_ywE4yY0AWekYHYBQ&usq=AFQjCNGRmPUMfLj_k9hhHsHlKljW1zv80g&bvm=bv.64507335,d.d2k.

las rentas y garantías financieras del solicitante), que terminan creando una burbuja inmobiliaria y la disminución de la autonomía nacional para poner en marcha y ejecutar políticas de estabilización macroeconómica (consecuencia de pertenecer a la unión monetaria), el caldo de cultivo español estaba especialmente preparado para sufrir en mayor medida que otros países europeos la actual crisis.

3. Derecho del Trabajo

Es en este contexto general de crisis donde comienza la conexión crisis y Derecho del Trabajo.

Nadie duda de que la crisis actual es extra-laboral ni de que, sin embargo, rápidamente se culpabiliza al Derecho del Trabajo y a la rígida regulación del mercado laboral de la situación. Y se busca con su modificación encontrar las soluciones a un problema ajeno y estructural.

Toda crisis siempre supone introducir cambios en la regulación de trabajo. Pero no siempre y necesariamente bienestar y bonanza económica van de una mano y crisis y reducción de las mejoras sociales conseguidas de la otra. La crisis en ocasiones se aborda con políticas tendentes a reforzar la tutela de los derechos sociales como en USA con el *New Deal* tras la crisis de 1929, o en Europa con la República de Weimar –donde por vez primera en una Constitución aparece el adjetivo social para calificar un Estado-, o en la II República española⁸. O incluso en la actualidad la crisis se puede encarar con medidas proteccionistas por parte del Estado: limitando despidos, aumentando el coste, aumentando la protección frente a los riesgos (Argentina)⁹.

Cómo ha enfrentado la crisis el modelo europeo?

8 BAYLOS GRAU A., “*Crisis, modelo europeo y reforma laboral*”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 14/201, pp. 109 ss. Puede encontrarse en <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-14.html>.

9 HERMIDA URIARTE O. “*La crisis financiera global y el Derecho del Trabajo*”, Blog de derecho y actualidad de la Facultad FDER.edu. Puede encontrarse en <http://www.fder.edu.uv/contenido/r1ll/contenido/licenciatura/documentos/002.pdf>.

Ya desde la crisis de los años 90 (Guerra Irak) el Derecho del Trabajo venía siendo acompañado de una de una nueva y animada compañera de viaje: la flexibilidad¹⁰. Una compañera que siempre ha perseguido la relajación de las normas típicas del Derecho del Trabajo, ya sea en la contratación (tendiendo a la promoción de las formas de empleo flexible y la contratación atípica), en la propia organización empresarial (a través de una más ágil organización y gestión interna de la empresa), o en relación con la institución del despido buscando la rebaja de normas sustantivas formales y procesales como mecanismo para facilitar el ajuste empresarial y la competitividad ante los vaivenes de un mercado absolutamente globalizado y tecnificado. Flexibilidad de entrada, flexibilidad interna y flexibilidad de salida con un único propósito: relajar las normas laborales para que la empresa pueda enfrentar con mayor facilidad y autonomía las transformaciones incesantes de la actividad productiva.

La flexibilidad reclamada por el modelo europeo es consecuencia también de la imparable globalización. La deslocalización, la innovación y la competencia salvaje con salarios a la baja, las nuevas tecnologías, la innovación como valor añadido a la producción, la diferencia como ventaja competitiva, etc., exigen un cambio de modelo productivo y la superación de los viejos modelos fordistas y tayloristas que impiden cambios rápidos y estructuras productivas flexibles con las que competir adelantándose en el mercado mediante la diferenciación e innovación. Cambio de modelo que exige una mano de obra permanentemente adaptable, más formada y con funciones menos rígidas.

La globalización además provoca la progresiva parcelación del mundo en Regiones para hacerla frente. El ámbito nacional, marco dónde el Derecho del Trabajo encuentra su tradicional frontera, se

10 En España la EM de la reforma más relevante que hasta el momento había tenido el Estatuto de los Trabajadores de 1980, la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23), es clarividente en este sentido.

ve superado. Los Estados pierden con ello poder en la economía mundial en favor de los mercados y de las instituciones económicas internacionales, dando entrada a organizaciones no estatales (Banco Mundial, OCDE, FMI, Organización Mundial del Comercio, Unión Europea, Mercosur, entre otras) y a acuerdos de cooperación como el G20 que terminan por reducir la soberanía de los Estados imponiéndoles sus recetas incluso aunque ello sobrepase las competencias cedidas. Una gobernanza sin gobierno que presenta el mercado como instrumento de regulación no solo económica, sino social, es decir, que resucita los bien conocidos argumentos del *laissez faire, laissez passer* de Adam Smith o al menos recuerdan a los planteamientos iniciales consagrados en el Tratado de Roma originario.

El virus de la flexibilidad y la desregulación en Europa se inocua a través de las políticas de empleo, estando orquestado por las propias instituciones comunitarias. En concreto, a partir del «Libro Blanco de Delors» (Presidente de la Comisión Europea) de 1993 sobre el crecimiento, la competitividad y el empleo, donde en materia laboral se apostaba por un nuevo modelo de desarrollo que permitiera disminuir los costes laborales y aumentar la productividad y la realización de más políticas activas para luchar contra el paro, principalmente el juvenil y de larga duración.

Como en otros países europeos, en España, que pertenecía a la Unión Europea (en aquél entonces Comunidades Europeas) desde 1986, las nuevas propuestas también tuvieron una inmediata repercusión dando lugar a la mayor reforma sufrida por el Estatuto de los Trabajadores desde su aprobación en 1980, una reforma no pactada que terminó por provocar la refundición del Estatuto de los Trabajadores dando lugar al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El cambio flexibilizador fue manifiesto: con una clara retirada de espacios tradicionales de la ley

a favor de la negociación colectiva y afectando a la gran mayoría de las instituciones laborales para dotar a la vez al empresario de mayores poderes empresariales de gestión¹¹.

Y la flexibilidad fue calando en toda Europa progresivamente mediante reformas laborales que relajaban las normas que rigen el trabajo temporal pero dejando incólume la protección de los trabajadores permanentes, lo que dio lugar a una creciente segmentación del mercado de trabajo¹² y a un incremento de formas atípicas de trabajo de la que los empresarios se sirven como elemento de flexibilidad de *facto*. El hecho de que el trabajo se decline en plural, ha llevado a la búsqueda de nuevos marcos reguladores en los que al mismo tiempo se asegure un razonable nivel de flexibilidad que permita a los empresarios adaptarse a los cambios procedentes de un mercado progresivamente más abierto y competitivo, y un igualmente razonable nivel de seguridad en el empleo y en la protección social a los trabajadores: la conocida como “flexiguridad”¹³.

La flexiseguridad se basa originariamente en el sistema danés e inicialmente se sustentaba en un denominado “triángulo dorado” integrado por: a) flexibilidad en la relación de trabajo, b) sistema generosos de prestaciones por desempleo, c) y una nueva política de activación del mercado de trabajo que supere las políticas pasivas y se centre en mantener la empleabilidad de las personas a lo largo de su vida (aprendizaje de por vida)¹⁴. Su recepción en el Libro Verde

11 Ley 10/1994 de 19 de mayo y Ley 11/1994, de 19 de mayo, reformas socialistas.

12 RECIO A., “*La segmentación del mercado de trabajo en España*”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en España*, Madrid (Siglo XXI), 1995, 2ª ed., p. 101.

13 Para una detallada evolución del concepto vid. VALDES DAL-RE F., LAHERA FORTEZA J., “*La flexiseguridad laboral en España*”, *Fundación Alternativas*, núm. 157, 2010, pp. 24 ss.

14 BLANCAS C., “*Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral*”, *Revista Derecho PUCP*, núm. 68, 2012, pp. 383-402; AUER P., “*Seguridad de los mercados laborales: combinando flexibilidad y seguridad para el trabajo decente*”, *Documento OIT sobre los mercados económicos y laborales*, núm. 3, 2008, OIT, Ginebra, pp. 3-4, http://www.ilo.org/empelm/pubs/WCMS_113925/lang-es/index.htm.

“Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”¹⁵ transita hacia una ya elaborada noción en la Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y seguridad de 2007”¹⁶ donde ya se explicitan sus cuatro componentes esenciales: a) disposiciones contractuales y organización del trabajo flexibles y fiables tanto desde la perspectiva del empleador como la del empleado mediante una organización del trabajo moderna, b) políticas activas de mercado laboral eficaces que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, periodos de desempleo, la reintegración y, sobre todo, que faciliten la transición hacia nuevos puestos de trabajo para asegurar el elemento de seguridad en la transición de un puesto de trabajo a otro, c) aprendizaje efectivo de por vida para garantizar la permanente adaptabilidad y empleabilidad de todos los trabajadores permitiendo a las empresas mantener altos índices de productividad, lo que incluye disposiciones que permitan la conciliación. Y se añade como elemento crucial: d) el diálogo social “alentador y productivo” para la introducción de las políticas de flexiseguridad integrales que cubren estos componentes.

La flexiseguridad se ha proyectado sobre todos los países de la Unión Europea a través de las políticas de empleo y del MAC (Método abierto de coordinación). Un método que busca precisamente la convergencia en unos objetivos comunes. El método abierto de coordinación se basa principalmente en: la identificación y la definición común de objetivos que deben cumplirse (adoptados por el Consejo); instrumentos de medida definidos conjuntamente (estadísticas, indicadores, directrices); la «evaluación comparativa», es decir, la comparación de los resultados de los Estados miembros y el intercambio de las mejores prácticas (supervisión efectuada por la Comisión).

15 Bruselas, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708 final.

16 *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Bruselas, 27-6-2007, COM (2007) 359 final*. Disponible en la dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>.

a) Flexibilidad de entrada

Las líneas generales que en materia de flexibilidad de entrada se han venido acometiendo por los distintos países se ha apostado, en primer lugar, por una “política *activa* de empleo” en sus dimensiones de cualificación profesional y fomento del empleo. Se trata de potenciar las políticas *activas* de empleo, especialmente para determinados colectivos que se consideran más vulnerables (como mujeres, jóvenes o personas mayores), haciendo hincapié en el aprendizaje permanente para toda la vida, tanto para trabajadores en activo como para desempleados, para permitir su adaptabilidad a los cambios productivos, garantizando que todos los adultos puedan acceder a una nueva formación. La individualización de las políticas activas, tratando de realizar itinerarios personalizados, de asesoramiento especializado y de acciones formativas hechas a la medida de cada desempleado para su rápida incorporación al mercado de trabajo es otra de las directrices comunitarias.

En este afán de disminuir rigideces, se propone reconocer modalidades lícitas de prestamismo laboral, como las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) y de mejorar la intermediación y colocación en el mercado de trabajo permitiendo la participación de servicios privados de empleo junto a los tradicionales servicios públicos, facilitando su coordinación y eficiencia.

Asimismo la flexibilidad de entrada se centra en la regulación de vías contractuales que faciliten el acceso al mercado de trabajo. Frente al modelo clásico de contrato de trabajo indefinido con jornada completa, se proponen nuevas fórmulas contractuales flexibilizadas en su contenido y en su extinción como mecanismo para evitar la destrucción de empleo o la huida del contrato de trabajo. Inicialmente se fomentan modalidades contractuales temporales y jornadas parciales, con menores costes extintivos y dotados de mayor flexibilidad (minijob, call contract, etc), si bien

es cierto que aun siendo esta flexibilización la nota imperante en los años anteriores a la crisis, en la actual crisis las propuestas se dirigen más a la lucha contra la temporalidad laboral y la segmentación laboral, buscando fórmulas para su progresiva homogeneización con el contrato indefinido, aproximación de costes que en definitiva se traduce en aumento de costes de los temporales y rebajas para los indefinidos, o la unificación formal de todos ellos como en las propuestas del contrato único.

La plasmación de estas líneas de tendencia en España definitivamente con la reforma de 2012 ha supuesto una inclinación de la balanza a la flexibilidad.

De un lado en la cascada de reformas habidas dentro del modelo de flexibilidad, se fueron incorporando nuevos agentes intermediarios en la colocación de los trabajadores como las agencias privadas y las empresas de trabajo temporal, pasándose de un sistema anclado en el tradicional modelo de monopolio de servicios públicos de empleo prohibitivo de cualquier práctica de cesión de mano de obra a un modelo en el que a partir de 1994 se admiten las Empresas de Trabajo Temporal, la presencia de agencias privadas de colocación al año siguiente si bien limitadas a las que actuaban sin ánimo lucrativo, pero permitiéndose incluso las que persiguen ánimo de ganancia a partir del año 2010. El avance de la privatización deja a los servicios públicos de empleo básicamente la gestión de la política activa de empleo (programas de formación profesional y de fomento del empleo), así como de las pasivas (prestaciones y subsidios de desempleo) perdiendo protagonismo en las tareas clásicas de intermediación, colocación y formación salvo para los grupos de población con mayores dificultades como jóvenes discapacitados o trabajadores maduros.

Aunque la centralidad de los servicios públicos de empleo era reivindicada por el Libro Verde para favorecer las transiciones

entre un empleo y otro, la realidad demuestra con creces que han experimentado una clara regresión tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, es decir, de la diversificación y eficacia de las acciones llevadas a cabo por ellos en función de los diferentes tipos de desempleados¹⁷ y que se ha pasado de un régimen de monopolio público a un modelo liberalizado y competitivo en línea con lo que ocurre en otros países europeos, generándose un verdadero mercado de los servicios relacionados con el empleo¹⁸. Las reformas de estos dos últimos años rompen además con la obligación de actividad exclusiva de puesta a disposición de mano de obra temporal que caracterizaba a las ETT permitiéndolas que se conviertan en operadoras multiservicio dentro del mercado de trabajo (intermediación y colocación) abriéndoles además paso a la utilización de más modalidades contractuales a la hora de proceder a dicha cesión temporal¹⁹.

Ya por lo que se refiere a la búsqueda de vías contractuales atractivas para las empresas, puede detectarse una primera fase de flexibilización en la que el contrato de duración determinada constituye el vehículo natural de entrada al mercado de trabajo. Desde permitir contratos sin causa como los contratos temporales con exclusivos fines de fomento del empleo en 1984, los contratos causales de obra y servicio determinado así como los contratos eventuales por circunstancias de la producción demostraron ser la vía más clara de flexibilización del mercado español al terminar por reconducirse a los mismos grandes bolsos de fraude que evitaban los

17 ESCUDERO RODRÍGUEZ R., “La aplicación de la Reforma Laboral de 2012 o el anunciado requiem por la flexiseguridad”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 88.

18 RODRÍGUEZ-PINERO ROYO M.C., “El nuevo marco para la formación, contratación e inserción laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.

19 El Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo permite ya la celebración de contratos para la formación y aprendizaje con los trabajadores para ser puestos a disposición de las empresas usuarias, lo que hasta este momento no era posible.

costes del contrato modelo indefinido. La creciente segmentación del mercado laboral español, una de las más llamativas de Europa, ha llevado a que en el régimen de flexiseguridad se llame la atención sobre este problema poniendo énfasis en la necesidad de examinar “el grado de flexibilidad de los contratos clásicos para facilitar en gran medida la contratación, el mantenimiento y la progresión en el mercado de trabajo”. Lo que se traduce en una rebaja de costes de los contratos estables como vía para fomentarlos y provocar que los empresarios no necesiten acudir a vías temporales más que cuando la temporalidad sea realmente estructural. Pero diversos países europeos han admitido nuevas formas contractuales estables que han flexibilizado en muchos de ellos, su contenido y su extinción y ello no ha reducido la destrucción de empleo, demostrando que reducción del nivel de tutela de los trabajadores estables no evita de modo automático la destrucción de empleo²⁰.

Al igual que Francia, España es un buen ejemplo en este sentido al utilizarse en ambos países los contratos temporales con profusión provocando una alta segmentación del mercado de trabajo. En un alarde de compromiso democrático y ante el número de desempleados de nuestro país, los agentes sociales llegaron a un gran Acuerdo en 1997²¹ con el objeto de evitar la utilización abusiva de la contratación temporal de corta duración en el que por primera vez los sindicatos admitieron traspasar una de las líneas rojas de negociación cual es la del coste del despido. En concreto se crea un nuevo contrato, el contrato de fomento de la contratación indefinida, limitada a ciertos colectivos de trabajadores más vulnerables (jóvenes hasta 29 años, personas con discapacidad y personas a las que se convierta en indefinido su contrato temporal) cuya contratación se pretende favorecer estableciendo un régimen indemnizatorio

20 ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *cit.*, p. 75

21 Acuerdo Interconfederal para la estabilidad del empleo. Puede encontrarse en <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9797120229A/32568>

más favorable para el empresario en el supuesto de despido por causas económicas cuando sea declarado improcedente pasándose de pagar una indemnización de 45 días con un máximo de 42 mensualidades a una indemnización de 33 días con un máximo de 24 mensualidades. Conociendo el peligro de abrir la puerta a una rebaja generalizada del despido, se delimitaba temporalmente su vigencia a un periodo de 4 años.

Los temores resultaron ciertos cuando transcurrido dicho periodo, se decidió por el Gobierno conservador²², y ya sin acuerdo con los agentes sociales, extender la vigencia de dicho contrato incluyendo a nuevos colectivos (mujeres en sectores infrarrepresentados, parados de más de 6 meses) apelando al gran éxito cosechado que, en realidad, fue debido sobre todo a la regularización de las bolsas fraudulentas de contratos temporales, estableciéndose una penalización en la finalización de contrataos por obra y servicio y eventuales al llegar su extinción con una indemnización de 8 días por año trabajado para frenar este tipo de contratos. Contrato para el fomento de la contratación indefinida que ha quedado derogado con la reforma de 2012 al haberse generalizado en la reciente reforma la rebaja del despido y extenderse este régimen indemnizatorio a todos los supuestos de despido, como luego se dirá.

Reforma de 2012 que insiste en la creación de contratos formalmente indefinidos como el novedoso contrato indefinido denominado contrato de apoyo a los emprendedores dirigido a empresas que tengan menos de 50 trabajadores que debe celebrarse por tiempo indefinido y a jornada completa, con igualdad de derechos legales y convencionales con el resto de empleados y dotado de ayudas económicas para promoverlo si bien exigiendo el mantenimiento del contrato por un mínimo de tres años en impidiendo que determinadas

²² Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

empresas lo puedan usar para evitar el efecto sustitución de unos trabajadores por otros. Pero dicho contrato, presenta una gran peculiaridad que consiste en que se prevé un periodo de prueba de un año en todo caso, es decir por mandato legal y sin que ni la voluntad de las partes ni la negociación colectiva puedan limitar o condicionar su ejercicio. La desnaturalización de la figura de la prueba es evidente como también lo es que resulta cuestionable su conformidad con los compromisos internacionales²³. De hecho, ya existe una Sentencia²⁴ aunque sea de instancia que considera que la extinción durante dicho periodo de prueba debe calificarse como despido improcedente por contravenir la regulación legal el Derecho Internacional, y en concreto el artículo 4.4 de la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España donde se reconoce el derecho de los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo extrapolando una decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales²⁵ en respuesta a una queja de los sindicatos griegos sobre una de las normas dictadas como consecuencia de la intervención europea y que extendía el periodo de prueba a todos los trabajadores con independencia de cuál fuera su cualificación profesional. Del mismo modo las organizaciones sindicales más representativas españolas (UGT y CCOO) han presentado una queja ante la OIT alegando la vulneración del Convenio OIT núm. 158 por considerar que con esta regulación del periodo de prueba se instaura un despido sin causa y sin indemnización adecuada²⁶.

Por otra parte, el Libro verde apostaba por otorgar un mayor grado de protección a los trabajadores temporales, pero la legislación de los diferentes países sólo ha avanzado tímidamente en esa

23 SALCEDO BELTRÁN M.C., “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional como europea y nacional”, *Revista de Derecho Social* núm. 62/2013.

24 Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de Noviembre de 2013, autos 426/13.

25 Decisión de 23 de mayo de 2012 (reclamación 65).

26 <http://www.ugt.es/actualidad/2012/mayo/Queja%20OIT%20RDL%203-2012%20Despido.pdf>.

dirección sin que se hayan adoptado medidas eficaces para combatir el fraude de ley. Así²⁷, en Italia, se han incrementado algunas garantías de los trabajadores temporales, haciendo más rígido el control de la causa del “contratto a progetto” y más largo el plazo para renovar el contrato con el mismo trabajador, pero el número de personas con contratos temporales ha crecido de forma significativa. Y, en Francia, se ha marchado en una dirección vacilante, pues la ya mencionada Ley de 2008 suprimió el “contrat nouvelle embauche”, de duración indeterminada que podía extinguirse durante sus dos primeros años sin alegar causa y con una indemnización reducida. Pero, por contra, admitió un contrato temporal para ingenieros y cuadros de una duración entre dieciocho y treinta y seis meses. En España la reforma legal de 2013 pretende limitar la precariedad en el empleo, aumentando, por ejemplo, la cotización por desempleo de los contratos de menos de tres meses de duración; y, desde otra perspectiva, quiere dar más seguridad los contratos a tiempo parcial, fijando límites mínimos a su prestación laboral. Pero, pese a tales iniciativas, se ha incrementado mucho, en los últimos años, el número de trabajadores temporales. Además, y pese a la declarada voluntad de evitar la segmentación del mercado de trabajo, recientemente se han introducido “contratos de primer empleo joven” (RDL 4/2013) que simplemente permiten contratos temporales para el fomento del empleo sin causa empresarial y más bien con causa laboral al ser su causa la necesidad de una oportunidad de trabajar de los jóvenes.

Si a ello se añade que es creciente el número de trabajadores autónomos que, en muchos supuestos, se enmascaran bajo fórmulas distintas a los contratos de trabajo, lo que ha llevado a la extensión de derechos a los autónomos económicamente dependientes (Italia, parasubordinati, España TRADE²⁸) pero que se alejan de los propios

27 Se sigue a ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *cit.*

28 Sobre estos colectivos *vid.*, la Revista *Documentación Laboral* núm. 98/2013.

de su realidad como son los de los trabajadores por cuenta ajena que es lo que son, lo cierto es que pocas seguridades y mucha flexibilidad e incertidumbre se sigue detectando en esta dirección. De hecho en España la crisis comienza la destrucción de empleo con el sistema más flexible: la extinción de contratos temporales a la llegada de su término como mecanismo de mayor certidumbre jurídica y económica en términos de coste que las vías específicas de extinciones colectivas por causas empresariales. De hecho, se estima que en esta crisis el 90% de los puestos de trabajo eliminados han sido temporales²⁹.

b) Flexibilidad interna

Las tendencias europeas desde hace años buscan potenciar la flexibilidad interna como alternativa al despido mediante la ampliación y potenciación del poder del empresario para introducir modificaciones en las condiciones de trabajo. Ampliación que progresivamente aumenta su espacio dotando de unilateralidad empresarial a decisiones que previamente establecía unos más rigurosos controles bien por parte de la negociación colectiva, bien mediante controles de carácter administrativo. Se trata de medidas que afectan a las tareas desarrolladas por el trabajador, al alcance del poder empresarial de especificación, de modificación temporal o definitiva de las funciones y de otras condiciones de trabajo, como el tiempo, el salario o el lugar en que se desarrolla.

En Francia no hay una regulación específica sino que se extienden algunas disposiciones del Código de Trabajo a ciertas profesiones y actividades ejercidas por trabajadores independientes.

29 Vaughan-Whitehead, D. (2011): “*The effects of the crisis on work inequalities in Europe*”, *Research Conference on Key Lessons from the Crisis and Way Forward*, http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/rc_confdownload/daniel.pdf [11/04/2012].

El modelo alemán basado en la contención salarial y en la exportación ha sobrevivido a la crisis sostenido igualmente por la posibilidad de reducción temporal de jornadas laborales y en la contención salarial ha permitido mantener el empleo, el trabajo cualificado ahorrando con ello los costes del desempleo³⁰. También con las medidas de flexibilidad interna han evitado despidos en Francia. En España ya antes de la crisis se habían fomentado la flexibilidad interna sobre todo con el cambio de modelo 1994 pero es con la legislación de crisis cuando se profundiza en ella si bien con distinta óptica y enfoques según se trate de un gobierno socialista con un gobierno popular y conservador. Así mientras que en 2010 los socialistas dejan que sea la propia negociación colectiva la que impulse la flexibilidad interna y propicien la negociación en la empresa de la misma, la reforma conservadora de 2012 reduce los espacios pagados al autonomía colectiva e incluso a la individual para trasladarse los directamente al poder unilateral del empleador.

De este modo las reformas de 2012 han actuado sobre varios frentes. En primer lugar, se abandona el sistema de categorías profesionales más propio del sistema de producción fordista por uno más flexible de grupos profesionales en los que los trabajadores se agrupan por tareas y responsabilidades. Con ello se amplía el poder absoluto del empresario a la hora de especificar el objeto del contrato de trabajo. Junto a la ampliación de la movilidad dentro del grupo la movilidad funcional ascendente y descendente también se amplía mediante la relajación de las exigencias causales que la permiten.

Dentro de esta potenciación del poder de dirección unilateral del empresario se inscribe también la distribución irregular de la jornada de trabajo que antes de la crisis venía siendo regulada por la negociación colectiva y los acuerdos de empresa pero que en la

30 AA.VV., Coord. Miguel Laparra y Begoña Pérez Eransus, *Crisis y fractura social en Europa. Causas y efectos en España, Colección Estudios Sociales* núm. 35. Colección Estudios Sociales, 2012, p. 20.

legislación de crisis tanto socialista como conservadora se permite poner en marcha unilateralmente al empresario en un porcentaje máximo (5% en 2011 y 10% en 2012) en defecto de acuerdo con los representantes de los trabajadores³¹.

Asimismo la modificación sustancial de condiciones de trabajo se ha ampliado enormemente. No sólo por la ampliación de las condiciones susceptibles de ser modificadas, incluyéndose la cuantía salarial expresamente, sino por la relajación de las causas que permiten dicha modificación al exigirse tan sólo que existan razones relacionadas con la competitividad, productividad u la organización del trabajo la empresa eliminando las exigencias finalistas que obligaban a un juicio de razonabilidad entre la medida adoptada y la causa alegada. Relajación causal que se traslada igualmente a la movilidad geográfica. Asimismo se reducen los espacios de intervención de los representantes de los trabajadores en la conformación de la decisión empresarial ampliándose el ámbito de las modificaciones sustanciales individuales sin consulta de los representantes de los trabajadores. Se confía la modificación al poder unilateral del empresario, sin obstáculos o resistencias oponibles por la voluntad colectiva o la individual de todas las condiciones pactadas a título individual o con efectos colectivos³² y sólo se prevé un breve periodo de consultas de máximo 15 días con los representantes de los trabajadores o, incluso en caso de inexistencia de éstos, con una comisión elegida por los propios trabajadores de la empresa (3 máximo) cuando la modificación sustancial afecte en un periodo

31 Ciertamente con unas garantías de preaviso para el trabajador y respetando los periodos mínimos de descanso.

32 Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

de 90 días al menos a un determinado umbral de trabajadores³³ pues, de no sobrepasarse el umbral, la modificación se lleva a cabo también unilateralmente pero sin ni siquiera el periodo de consultas. El empresario puede decidir unilateralmente la reducción de las condiciones laborales incluido el salario sin otra posible para el trabajador que la de seguir trabajando por nuevo salario o rescindir su contrato de trabajo con la indemnización de 20 días de salario por año de servicio sin perjuicio de la impugnación judicial de la decisión empresarial para que el juez examine su justificación causal.

El modelo español concibe así la flexibilidad interna como derecho “individual” del empresario, lo que ha permitido a los estudiosos de otros países calificar a la reforma española en este extremo de “primera experiencia europea”³⁴.

Cierto es que cuando se quiere llevar a cabo la modificación sustancial de las mismas condiciones, incluida la cuantía salarial, pero dichas condiciones están reconocidas en un convenio colectivo (de empresa o sectorial) estatutario (es decir, eficacia personal general y fuerza jurídica teóricamente normativa) dicha modificación sólo puede realizarse mediante un acuerdo de inaplicación o descuelgue entre la empresa y los representantes de los trabajadores, si bien, como luego se dirá, la negociación colectiva se configura en la legislación de crisis definitivamente como un mecanismo más de flexibilidad a favor de la empresa.

Del mismo modo se ha potenciado la posibilidad de proceder a suspensiones de contratos de trabajo y a la reducción temporal de

33 En concreto se consideran modificaciones de carácter colectivo las que, en un período de noventa días, afecten al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

34 CASAS BAAMONDE M.E., “*Empleo y flexibilidad*”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 17.

jornada³⁵ como mecanismo de flexibilidad interno mediante la supresión de la autorización administrativa y la agilización del procedimiento si bien, a diferencia de la modificación de otras condiciones de trabajo, la decisión empresarial aquí está sujeta en todo caso a un previo e igualmente breve periodo de consultas cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y de los afectados por la suspensión.

El resultado de la moderación salarial: incremento de salarial de la negociación colectiva en 2013: 0.5 %: traducido en pérdida de poder adquisitivo.

Asimismo, se conocen en los distintos países medidas de congelación y de reducción salarial pactadas en los propios convenios y, en España e Italia, minoraciones o congelaciones de las retribuciones del personal de las Administraciones Públicas con el objetivo de reducir el déficit público, lo que ha supuesto una pérdida de capacidad adquisitiva, aparte de una intensa devaluación interna.

c) Flexibilidad externa

El Libro Verde sobre modernización del Derecho del Trabajo proponía “una revisión legal del grado de flexibilidad en los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual y colectivo o la definición de despido improcedente”, algo que han hecho las distintas legislaciones en general ya sea en el régimen general o en el específico de causas empresariales³⁶.

35 La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.

36 En general en la síntesis se sigue el Informe sobre “*El despido individual y colectivo y su protección social en la Unión Europea*”, Cuadernos de la Fundación Iº de Mayo, núm. 3/2009.

En Alemania en los despidos colectivos se exige una causa y una adecuada selección social de trabajadores despididos así como la obligación de negociar de buena fe con vistas a llegar a un acuerdo es exigida y controlada también por los tribunales. En las empresas de más de 500 trabajadores, el acuerdo es condición indispensable para los despidos colectivos porque de no lograrlo el empresario incurre en incumplimiento del derecho de codeterminación y en las empresas de más de 20 trabajadores, el Comité de Empresa puede solicitar la presentación de un Plan Social. En todo el proceso la autoridad pública tiene una participación intensa pudiendo incluso dirigir el proceso hacia medidas de flexibilidad interna como la suspensión de los contratos de trabajo que sustituyan provisionalmente a los despidos cuando se prevea que pudieran mejorar las condiciones empresariales.

En Francia el despido colectivo por razones empresariales ha de ser fundado en una causa real (motivo económico), que el juez francés ha de averiguar y ratificar durante el proceso. Según el número de trabajadores afectados exige consulta previa a los representantes de los trabajadores, notificación a la Administración, que, como en Alemania tienen un papel muy activo. Una característica típica del proceso de consultas en Francia es la obligación del plan social con medidas de recolocación y formación de los trabajadores. Si las medidas del plan social no son suficientes, los despidos y desde luego el plan realizado se anulan, de forma que el juez puede ordenar la readmisión de los trabajadores despididos. Una reforma de 2013 establece no obstante nuevas reglas cuando afecte a más de diez trabajadores en empresas de más de cincuenta, permitiendo la fijación de su procedimiento y el contenido del plan de salvaguarda del empleo por un acuerdo colectivo mayoritario o por un documento elaborado por el empresario que ha de ser homologado por la autoridad administrativa³⁷. Pero la idea de flexiseguridad se ha hecho

37 ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *cit.*, p. 81.

efectiva especialmente en este país a partir de 2008 con la Ley de modernización del mercado de trabajo, permitiendo el despido por mutuo acuerdo. Aunque por esta vía se accede a una indemnización por despido con un régimen fiscal y social más elevada que la general por despido improcedente –que ha de ser homologada por la autoridad administrativa- también lo es para el empresario porque limita el control judicial a los casos de fraude de ley, vulneración de derechos fundamentales, vicios en el consentimiento. Se ha dicho que en Francia hay una esquizofrenia legal pues frente a un régimen muy protector del despido colectivo convive este tipo de extinciones que impiden la responsabilidad empresarial³⁸.

Por su parte en Italia los expedientes de regulación de empleo otorgan un papel muy destacado a los sindicatos y sólo en caso de desacuerdo se inicia un expediente administrativo en sentido estricto. En general las extinciones económicas colectivas se intentan reconducir también a medidas de flexibilidad interna como la suspensión de los contratos a través de una institución clave, la “Cassa Integrazione Guadagni”, que permite crear una gran bolsa de trabajadores retirados del trabajo activo pero que siguen manteniendo su vínculo con las empresas durante un período de tiempo entre uno y dos años consecutivos antes del despido, garantizando a los trabajadores un 80% del salario con unos topes mensuales. Pero también el despido colectivo económico se ha modificado en el sentido de reducir los supuestos para su nulidad al eliminar dicha calificación por faltas en el procedimiento. Y en materia de despido disciplinario improcedente se ha sustituido la condena a la readmisión por una indemnización, salvo en algún supuesto excepcional.

38 DAUGAREILHI, “*El despido individual y colectivo y su protección social en la Unión Europea*”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, núm. 3/2009, p. 26.

Reino Unido presenta el régimen de extinción más flexible. Aunque se tiene que realizar un proceso de consulta previa con los representantes de los trabajadores -en un plazo que varía en función de los trabajadores afectados- y debe notificarse a la Administración, tanto los representantes sindicales como la Administración pueden presentar contrapropuestas para eliminar el plan de despidos y sugerir otras medidas de flexibilidad interna. El intercambio y análisis de propuestas constituye un elemento característico de esta situación que el empleador no puede eludir.

Y España se parece mucho tras las últimas reformas a este modelo. Las reformas conservadoras han afectado a los siguientes elementos. En primer término como un elemento de aplicación horizontal a toda la institución se ha procedido a una rebaja del coste del despido a través de dos días. La primera mediante la rebaja directa de la indemnización por despido es improcedente. Se trata de una rebaja anunciada y que confirma los temores de los sindicatos cuando en un ejercicio de responsabilidad ya dieron el visto bueno 1997 a un contrato de fomento a la contratación indefinida que rebajaba la indemnización sólo los casos de despidos económicos individuales (por no superar los umbrales para ser calificado de despido colectivo) que pudieran declararse improcedentes. La apertura de esta puerta dio lugar como ya se ha dicho a que luego lo gobierno conservador ampliara el colectivo de personas con las que se podía hacer este tipo de contrato convirtiéndolo casi en universal. Y en universal se ha convertido con la nueva reforma conservadora de 2012 que instaura ya de modo definitivo una reducción que pasar desde los 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades a una indemnización de 33 días con un máximo de 24 mensualidades lo que supone una expectativa de la cuantía percibida por despido improcedente del 57% menor de la que había antes de la reforma con carácter general lo que, como ha anunciado la doctrina, repercutirá en los trabajadores mayores y

demás antigüedad³⁹. Pero la reforma no se ha quedado ahí sino que ha reducido también la indemnización por una vía indirecta como es la supresión de los salarios de tramitación, es decir aquellos que recibía el trabajador mientras duraba la impugnación de su despido por considerarlo improcedente. Se alega que un elemento externo a la empresa no puede aumentar las indemnizaciones por que genera incentivos ineficientes de reclamación. Los salarios de tramitación quedan reducidos a los supuestos en que el empresario procede a la readmisión del trabajador o cuando el trabajador despedido ostenta la condición de representante de los trabajadores.

En materia de despidos colectivos por causas empresariales se dota de mayor poder real a la empresa reduciendo todo tipo de límites al ejercicio de su decisión empresarial. Junto a la reducción del coste del despido declarado injusto o improcedente, que sigue las reglas generales, las reformas se centran en la eliminación de la autorización administrativa que regía desde los años 30 en España, sustituyéndola por un mero deber de comunicación del despido la autoridad laboral. A diferencia de modelos comparados en los que la autoridad laboral que la responsabilidad de buscar soluciones a los problemas planteados, el papel de la autoridad laboral tras la reforma en España mantiene las funciones de control pero sólo en el fraude en el acceso al desempleo y en los vicios de la voluntad en la consecución del acuerdo controlando las ventas de la empresa cuando el despido afecta más del 50% de los trabajadores pero ya no tiene competencias supervisión sobre otras medidas que la empresa pueda realizar para frustrar las consecuencias del despido colectivo relajándose la función de fiscalización en provecho de la parte empresarial⁴⁰.

39 CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho del Trabajo y crisis económica, Madrid (CGPJ), 2013.*

40 GARCIA MURCIA J., "El Derecho del Trabajo en España: líneas de evolución y reformas recientes", *Justicia Laboral*, núm. 53/2013, pp. 13 ss. En contra: CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA J.F., cit.

La supresión de la autorización administrativa dota de mayor relieve a la obligación de la fase de consultas con los representantes de los trabajadores sobre los motivos del despido colectivo de conformidad con las exigencias de la directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos. Pero frente a lo establecido en esta directiva que exige al empresario proporcionar a los representantes toda la información pertinente para que éstos puedan formular propuestas constructivas la realidad es que las últimas reformas han ido restringiendo los plazos máximos de consulta y la información que debe presentarse. Asimismo la inicial reforma conservadora limitaba la nulidad del despido a los casos de fraude, dolo coacción o abuso de derecho o cuando no se hubiese respetado el periodo de consultas, lo que dio pie a los jueces para realizar una interpretación extensiva considerando que no se respetaba el periodo de consultas cuando la empresa no negociaba de buena fe declarándolo igualmente un vicio invalidante. Ante el gran número de decisiones que han calificado el despido como nulo por falta de información o por incumplimiento del deber de buena fe en el periodo de consultas, las posteriores reformas conservadoras ya se han encargado de precisar que la declaración de nulidad judicial del despido colectivo se limita “únicamente” a los supuestos en que el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista⁴¹ limitando con ello el control judicial.

Pero sin duda las reformas más importantes se han centrado en la acotación de la causa que permite el despido colectivo y la limitación del control judicial para apreciar su concurrencia. En los despidos, colectivos y objetivos (que son aquellos que no llegan a un determinado número de trabajadores afectados en función de la plantilla de la empresa) por razones técnicas, organizativas, productivas o económicas, y realizando una definición casi tautológica

41 Ley 1/2014, de 28 de febrero.

de las causas que lo permiten. No es frecuente en otros sistemas jurídicos una fijación detenida de las causas y la distinción entre económicas organizativas técnicas o económicas o de producción de et al final todo a ser la conducción en General a causas económicas.

Pero lo más importante ya no es quien adopta la decisión y reconocer que compete al empresario valorar sus propias decisiones estratégicas en momentos de crisis sino sobre todo cómo se controla dicha decisión⁴². Frente a las reformas del gobierno socialista que ya habían aligerado el despido colectivo pero en las que se exigía junto a la existencia de causa que con la medida extintiva se asegurará una mejora de la productividad o de la situación competitiva de la empresa, la reforma de 2012 es contundente al establecer que en todo caso se entenderá que concurren las causas en determinados supuestos tratando de objetivarlas. En concreto para las causas económicas se considera suficiente la disminución de ventas o de ingresos –que no las pérdidas– durante tres trimestres consecutivos respecto del período del año anterior y, sobre todo se procede a eliminar los elementos finalistas o el test de razonabilidad y los despidos realizados lo que venía permitiendo un margen de valoración de las circunstancias concurrentes a los jueces y tribunales. Mientras que en el ámbito europeo la decisión empresarial de despido por causas empresariales sólo se considera justificada cuando resulta necesaria, rechazándose que pueda convertirse en una medida discrecional del empresario, en el nuevo modelo legal español, se ha suprimido expresamente la exigencia de que el despido sea necesario, o que la empresa tenga que justificar la razonabilidad de dicha medida, creando un espacio de discrecionalidad sobre el que no opera ningún género de control. Ello supone que la determinación del número de trabajadores objeto de despido, al no fijarse ninguna regla de proporcionalidad entre la reducción de facturación, ventas o ingresos, con los despidos, supone

42 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M., “La problemática aplicación del nuevo marco laboral del despido”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 22.

atribuir igualmente al empresario la capacidad para llevar a cabo el número de contratos a extinguir. De este modo en la redacción legal si la disminución de beneficios es de un euro, podrían llevarse a cabo un número importante de despidos sobre los que se pretende evadir el control judicial. Pero el control judicial de la proporcionalidad y adecuación, a mi juicio, difícilmente puede evadirse por el legislador en tanto en un sistema de despido causal como el nuestro regido también por el convenio OIT 158, siempre están en juego derechos fundamentales como el derecho al trabajo del art. 35.1 CE que deben ponderarse con el de libre empresa del art. 38 CE.

Las modificaciones también han afectado en España al despido por absentismo del trabajador justificado en el que antes de la reforma se permitía la extinción sólo con cuando concurrieran un número de faltas justificadas del trabajador pero siempre cuando también el volumen de absentismo del centro de trabajo fuera elevado. En la actualidad se ha suprimido el elemento colectivo para unos supuestos y en otros casos se ha rebajado el porcentaje de absentismo total.

d) Negociación Colectiva: descentralización

Todo el conjunto de medidas de flexibilidad se ven acompañadas por una reforma estructural del sistema de negociación colectiva con el único objetivo de que la negociación sea un instrumento y no un obstáculo para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa (EM RDL 3/2012) lo que en la práctica se traduce en no obstaculizar una intensa y extendida devaluación salarial⁴³. Resulta revelador que frente a la llamada al diálogo social y la negociación colectiva como elementos centrales para lograr el equilibrio de la flexiseguridad, la realidad, al menos en España,

43 VALDÉS DAL-RE F., “NEGOCIACIÓN Colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 31.

ponga de relieve no sólo la falta de acuerdo con los interlocutores sociales en cuanto a las medidas de la reforma, sino la marginación de las organizaciones sindicales manifiesta cuando se ha procedido a introducir modificaciones en las condiciones de los trabajadores en las Administraciones Públicas lo que, por cierto, ya ha dado lugar a que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ya hay calificado como vulneración de la negociación colectiva⁴⁴.

En cualquier caso, en la línea con las reformas llevadas a cabo en otros países, los aspectos de reforma más importantes llevados a cabo en España son:

1. En primer lugar, la preferencia del convenio colectiva de empresa respecto de los convenios colectivos de ámbito superior en la regulación de determinadas condiciones de trabajo como el salario o el horario (art. 84.2 ET). Prioridad aplicativa del convenio de empresa que opera incluso respecto al convenio de sector anterior en el tiempo, eliminando las reglas generales de solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de ámbito empresarial y sectoriales que venían siendo reguladas por estos últimos o resolviéndose por la regla de la aplicación del primero en el tiempo. Esta descentralización de la negociación colectiva aunque importantísima, al menos no llega al nivel del caso italiano donde el polémico art. 8 de la L 148/2011 reconoce el carácter erga omnes de los convenios de empresa firmados por la mayoría de los representantes de los trabajadores permitiendo incluso que puedan derogar la ley con el único límite del respecto de los principios constitucionales y de normativa comunitaria y de los Convenios internacionales europeos.

⁴⁴ Comité de Libertad Sindical de la OIT ha emitido un “informe provisional” en respuesta a las quejas que le formularon los sindicatos ante la reforma laboral del 2012 y la abolición de la negociación colectiva en el empleo público. Se trata del 371º Informe del Comité, correspondiente a la sesión realizada en Ginebra del 13 al 27 de marzo de 2014 del Consejo de Administración de la OIT.

2. La segunda reforma es la que, sin duda, mayores facultades está otorgando al empresario, cual es el de la posibilidad de descuelgue empresarial respecto a las condiciones establecidas por un convenio sectorial de aplicación erga omnes, entre ellas, las salariales (art. 82.3 ET). En este caso el descuelgue no puede ser unilateral pero si tras varias instancias (acuerdo en la empresa, acuerdo de la comisión paritaria del convenio colectivo superior, o solución por mecanismos de solución extrajudicial de conflictos) no se logra un acuerdo, basta con que una de las partes solicite un arbitraje obligatorio a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios (o a la correspondiente en el ámbito autonómico) para que pueda procederse al descuelgue si así se aprecia por el árbitro o la comisión. El descuelgue ha afectado hasta junio de 2013 a 120.000 trabajadores y producido importantes rebajas salariales. Ciertamente se trata de un mecanismo temporal, hasta la finalización del convenio del que uno se descuelga. Pero no deja de poner en entredicho la institución de la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios reconocida constitucionalmente. Sobre todo teniendo en cuenta que el descuelgue puede hacerse por un mero acuerdo de empresa alcanzado por comisiones de trabajadores elegidas ad hoc cuando no hay representación institucional.

3. Finalmente la tercera reforma importante afecta a la pérdida de vigencia de los convenios. Hasta ahora denunciado un convenio colectivo sólo perdían vigencia las cláusulas de paz y se prorrogaban las condiciones normativas hasta que se alcanzara un nuevo convenio colectivo, otorgando un claro colchón protector a los trabajadores afectados que seguían disfrutando de las condiciones negociadas. La limitación de la ultra actividad del convenio, ya fue iniciada por el gobierno socialista pero se ha dado una vuelta de tuerca al reducir a simplemente a un año la misma para forzar la renegociación de los convenios y evitar bloqueos negociales y, por qué no reconocerlo, que se mantengan los niveles salariales alcanzados en época de bonanza anterior a la crisis. Es verdad que cabe pacto en contra de los negociadores para la aplicación de la limitación de la ultra actividad,

pero las consecuencias que se producen en caso de no regular nada son graves pues si no se alcanza un nuevo convenio colectivo en el plazo de un año se aplican las condiciones del convenio sectorial, sin más, lo que supone preguntarse qué ocurre en caso de inexistencia del mismo y contestarse que en aplicación del sistema de fuentes se aplicarán las mínimas condiciones legales (por ejemplo salario mínimos).

e) La inseguridad como contrapartida

El modelo de flexiseguridad exige también una compensación a favor del trabajador en el puesto de trabajo pero, sobre todo, en las transiciones entre empleos. En las propuestas de flexiseguridad se hacía hincapié en el gasto en políticas activas del mercado de trabajo, en el aprendizaje y formación para toda la vida, en el aumento de la fiscalidad o de las cotizaciones sociales, y en gastos en prestaciones suficientes, sobre todo en caso de desempleo que favorezcan un sistema que garantice la seguridad del mercado de trabajo en lo que atañe a las transiciones entre empleos y otras situaciones laborales (la denominada movilidad protegida).

De los modelos continentales Francia y Alemania son los más equilibrados, sobre todo en materia formativa⁴⁵. Pero en general las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea han potenciado la flexibilidad en perjuicio de la seguridad. Y ello ha sido así claramente en el modelo español donde no obstante se han incorporado algunas medidas de seguridad:

45 “Francia es el país de los modelos continentales que más se ha intentado mover dentro de los parámetros de la flexiseguridad sobre todo en materia de formación a lo largo de toda la vida y coberturas de salud y desempleo añadiendo nuevos derechos colectivos en la Ley de 14 de junio 2013, que incorpora el Acuerdo interprofesional de este año, se llama significativamente de “sécurisation de l’emploi” e introduce la portabilidad de derechos formativos de los trabajadores y la cobertura complementaria de salud y los derechos recargables de la prestación por desempleo cuando cambian de empleo, en línea con una mayor seguridad en las transiciones profesionales y, también, nuevos derechos colectivos.” ESCUDERO RODRÍGUEZ R., cit., p. 73.

a) Se reconoce un permiso retribuido con fines formativos de 20 horas anuales acumulables por un periodo de hasta cinco años (23.3 ET), pero sólo se puede ejercer en el marco del plan desarrollado por la empresa o dispuesto por la negociación colectiva y de acuerdo con el empresario en defecto de negociación colectiva.

b) Asimismo, extrapolando experiencias de otros países europeos, se ha incorporado la “cuenta de formación” (DF 2ª L 3/2012), pero de momento su concreción se encuentra pendiente de toda regulación.

c) Se ha implantado el sistema de formación dual, iniciativas mixtas de empleo y formación, para cualificar a los trabajadores en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o el sistema educativo, abriendo un mayor espacio de colaboración entre instituciones académicas y organizaciones productivas⁴⁶ con contrato de formación y aprendizaje.

d) Se reconoce un derecho específico a la formación necesaria para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo que corre a cargo de la empresa y en el que el tiempo dedicado a la formación se considera siempre como trabajo efectivo.

e) En los despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores se debe ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación en dicho plan diseñado para un periodo mínimo de seis meses e incluir medidas de formación y orientación profesional.

f) Y en la extinción (52 ET) por falta adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo la empresa previamente debe ofrecer un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas abonando al trabajador el salario medio percibido.

46 RD 1529/2012, de 8 de noviembre.

f) Desprotección social

El problema es que, salvo en aumentos de formación, el hecho de que sean las propias instituciones de la Unión Europea las que imponen a los Estados una política de austeridad, provocan que la seguridad declarada y prometida se vea de inmediato cuestionada.

La reducción en gastos y protección social es generalizada. En España el Estado de bienestar no ha cambiado en su estructura pero en los últimos años se hayan aprobado medidas de austeridad como la congelación de las pensiones en 2011, el retraso de la edad de jubilación (de los 65 a los 67 años progresivamente) con un aumento de los años utilizados para calcular el monto de la pensión que pasan de 15 a 25 años, debiéndose haber cotizado 37 años para obtener el 100% de la pensión reformándose⁴⁷ el sistema de reparto tradicional mediante un nuevo factor de sostenibilidad de las pensiones que liga el aumento de la esperanza de vida de la población a las pensiones para garantizar la viabilidad del sistema. Afecta por tanto a dos ámbitos: la revalorización anual de las mismas⁴⁸, y la adecuación de las prestaciones a la evolución biológica de los españoles⁴⁹. Se

47 Ley 23/2013, de 23 de diciembre

48 *“El Factor de Revalorización Anual (FRA), un nuevo sistema de indexación que se aplicará cada año a todas las pensiones. La revalorización de las pensiones vendrá dada por la diferencia entre la tasa de crecimiento nominal de los ingresos a la Seguridad Social y la tasa de crecimiento de los gastos si no se actualizasen las pensiones. Este último término es simplemente la suma de la tasa de crecimiento del número de pensiones y el crecimiento de la pensión media debido al efecto sustitución, como consecuencia de las diferencias entre las pensiones de los nuevos pensionistas y las de quienes abandonan el sistema. En aquellos casos en que el sistema de la Seguridad Social no está equilibrado estructuralmente, el FRA también incluye un término adicional que corrige los desequilibrios presupuestarios ajustados cíclicamente en el tiempo. Todas las variables del FRA se ajustan cíclicamente utilizando medias móviles centradas de 11 años, lo que implica el uso de una previsión a 6 años.”* J. Ignacio Conde-Ruiz el 26/12/2013 <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=34547>.

49 *“El Factor de Equidad Intergeneracional (FEI) para nuevas pensiones por jubilación, como ocurre en otros países europeos, ajusta la pensión inicial de acuerdo con un coeficiente que se obtiene de dividir la expectativa de vida de quienes han accedido al sistema a una determinada edad en una fecha anterior, por la expectativa de vida de los nuevos pensionistas que se jubilan a la misma edad, pero en una fecha posterior. Y que según los expertos según las expectativas de vida a la edad de 65 años para el periodo 2014-2050 este factor implicaría un ajuste a la baja del cálculo de la pensión inicial, con una reducción media del 5% cada 10 años.”* (idem).

abordan las crisis financieras del sistema pero no se aborda el grado de eficiencia del sistema contributivo.

Los recortes en desempleo (salvo subsidio PREPARA), pero sobre todo en sanidad no se ocultan a nadie. De hecho la expulsión del sistema español de salud de los inmigrantes irregulares salvo niños, embarazadas y urgencias regulado por el Gobierno ha llevado a una condena del Comité Europeo de Derechos Sociales -perteneciente al Consejo Europeo-. El recorte en gasto social provoca, en definitiva, que la flexiseguridad se convierta en una flexibilidad insegura⁵⁰, cuando no directamente en un caballo de Troya para proceder a una desregulación del Derecho del Trabajo sin oposición.

4. Conclusión

Así las cosas cabe ya preguntarse si el fundamento tradicional del derecho del trabajo pervive o nos encontramos ante un cambio de paradigma. Como es sabido sí existe un elemento común en todos los ordenamientos jurídico laborales este reside su fundamento histórico que no es otro más que el de, por un lado, compensar la desigualdad entre los contratantes a la que abocaba la autonomía individual propia de los códigos civiles y, de otro lado, a cambio de dicha compensación integrar el conflicto dentro del estado, lo que se conoce como juridificación del conflicto con el único objetivo de mantener el statu quo y el sistema capitalista.

Como ya en el año 1982 señalara mi maestro el Profesor Luis Enrique De la Villa al inaugurar unas jornadas sobre el empleo y crisis económica, preguntándose también si se había mantenido cuando la identidad de fundamento histórico del derecho del trabajo ante los cambios operados en la normativa jurídica laboral, debe partirse de la idea de que difícilmente puede mantenerse política o jurídicamente

50 CASAS BAAMONDE M.E., *cit.*, p. 16

que los derechos laborales incorporados al ordenamiento positivo poseen una irreversibilidad absoluta. Todos los ordenamientos jurídicos han sufrido avances y retrocesos a lo largo de su historia y, por lo general, la adaptación del Derecho del Trabajo a las realidades económicas y productivas de un determinado país han conseguido con mayor o menor éxito continúe desempeñando sus funciones tradicionales en contraposición con los postulados del derecho civil.

Decía en aquél entonces mi Maestro que para que el Derecho del Trabajo continúe con su fundamento histórico son imprescindibles dos elementos. De un lado, evitar la ruptura del equilibrio que asegura derecho del trabajo. De otro, evitar que situaciones de adversa coyuntura económica den lugar a reformas permanentes del ordenamiento laboral⁵¹.

A mi juicio, el modelo de flexiseguridad europeo, que por otro lado se vende como solución para los problemas del derecho del trabajo en otras partes del mundo, en sí mismo y de modo teóricamente planteado podría constituir un modelo que evitara la ruptura del equilibrio que desde siempre ha asegurado el derecho del trabajo. Un modelo en el que el diálogo social lograra facilitar a la empresa su adecuación a los cambios para obtener beneficios, pues no otra cosa se puede esperar en un marco de libre empresa y de economía de mercado, pero que al mismo tiempo ofreciera reales contrapartidas y una cierta seguridad en los niveles de protección alcanzados, no supondría ningún cambio de paradigma. Todo lo contrario en tanto teórica integración en el mercado de trabajo de los outsiders que ya no son los temporales sino los desempleados. Modelo europeo por otro lado que no tendría por qué ser permanente

51 DE LA VILLA GIL L.E., *“Empleo y crisis económica”*, en *Jornadas sobre empleo y crisis económica*, Subsecretaría de empleo y Relaciones Laborales, MTSS, 1982, pp. 21-33.

e irreversible como pone de manifiesto la estrategia europea 2020⁵² que, precisamente por haber sido concedida antes de conocerse la dimensión de la crisis, fijaba tres objetivos claros ya en clave de progreso económico y social al aludir a:

- un **crecimiento inteligente** es decir el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación.

- un crecimiento **sostenible**, es decir promoción en economía que utilicemos éticamente los recursos que sea verde y que sea más competitiva.

- y un crecimiento integrador es decir fomento de una economía con alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica social y territorial.

Pero el problema es que el Libro Verde insta un modelo de relaciones laborales basado en la política de empleo y en el que, al menos en los países mediterráneos y claramente en el español de las últimas reformas, la flexibilidad absorbe a la seguridad.

Como señalara Lyon Caen, la disociación entre derecho del trabajo y derecho del mercado fue esencial para la emancipación del ordenamiento jurídico laboral dotándole de un marcado carácter social y protector del trabajador pero en la actualidad esta disociación se ha convertido en una subordinación de la regulación laboral al mercado⁵³. La consecuencia de esta subordinación es evidente y

52 La *Estrategia 2020*, para un “*crecimiento inclusivo, sostenible e inteligente*” —COM (2010) 2020 Bruselas, 3.3.2010— constituye el último ejemplo al configurarse como una estrategia para salir de la crisis pero sin renunciar al “modelo social europeo”. En ella la Comisión propone para la UE cinco objetivos cuantificables para 2020 que debieran traducirse en objetivos nacionales: el empleo (lograr el empleo para al menos el 75% de las personas de 20 a 64 años), la investigación y la innovación (inversión del 3% del PIB de la UE), el cambio climático y la energía (reducción de gases e incremento de la energía renovable), la educación (lograr que las tasas de abandono escolar no superen el 10% e impulso de los estudios de nivel terciario) y la lucha contra la pobreza (reducción al menos en 20 millones el número de personas en situación o riesgo de pobreza o exclusión social).

53 Sobre la cuestión vid. LYON-CAEN, A.: “*Derecho comunitario del mercado versus Europa social*”, *Relaciones Laborales* nº 13, 2009, pp. 86 ss.

tiene importantes repercusiones en el ámbito del Derecho del Trabajo, pues la regulación laboral queda sometida a las necesidades de carácter económico, y sólo se considera un buen modelo de Derecho del Trabajo a aquél que resulta útil a los objetivos económicos⁵⁴. Pasando a un segundo plano la tutela del contratante débil. Es el mercado el único garante de los intereses generales lo que recuerda bastante a la mano invisible de Adam Smith, eso sí ahora acompañada de formación.

Por otro lado cuando la seguridad queda absorbida por la flexibilidad como en el modelo español, pero no así en otros modelos europeos como pueden ser los nórdicos, lo que se genera es la ruptura de la cohesión social y a que cada vez esté más lejos alcanzar un único modelo social europeo acentuando la dimensión conflictiva e incrementando las tensiones no sólo intergeneracional, sino la emergencia de partidos políticos nacionalistas y xenófobos, o la existencia de un creciente euroescepticismo justo cuando Europa caminaba hacia un cuerpo común de derechos fundamentales.

La pregunta crucial es si la crisis va a conducir al fin del trabajo del que hablar Jeremy Rifkin en 1995 o si, cuanto menos, se ha transformado genéticamente en tanto en su ADN no se encuentra la finalidad de contrarrestar las reglas del mercado en cuanto tales, sino establecer límites al libre mercado mediante la imposición de reglas que tutelen los derechos de los trabajadores⁵⁵. Estamos o no ante un cambio de paradigma: esa es la cuestión.

A mi juicio no puede hablarse del fin del derecho del trabajo a salvo que lo hagamos en el sentido de Rifkin que se refería

54 GORELLI HERNÁNDEZ J., “*La política de empleo de la Unión Europea*”, p. 9 <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.uhu.es%2Funiporta%2Funiportadas%2Fdocumentos%2Fpoliticaempleo.doc&ei=rPNUU5jeBamK0AW-mYGwAw&usg=AFQjCNHA4pye4gTxGQTuZqUKioYgr98kLQ&bvm=bv.65058239.d.d2k>.

55 LOY G., “*La tendencia antisocial de la Unión Europea*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIV, núm. 131, mayo-agosto, 2011, pp. 625-656.

precisamente a la reducción de la jornada de la desaparición de los trabajos tal y como son conocidos como consecuencia del desempleo estructural al que llevarían las nuevas tecnologías. En esto ha tenido razón. Pero si nos preguntamos si ha llegado el fin del trabajo del derecho al trabajo en el sentido de que la flexibilización proveniente de la economía o directamente la colonización del derecho al trabajo por las reglas económicas y de mercado van a provocar su desaparición y la vuelta al tronco original que era el derecho común para tengo la sensación de que ello no va a ocurrir al menos mientras que el derecho civil no termine por convertirse en más protector que el propio Derecho del Trabajo. Y aunque en efecto algunas instituciones civiles resulten ya hoy más protectoras que las propiamente laborales, el DT entendido en un sentido amplio que incluye la protección social todavía hoy actúa de contrapeso frente a la absoluta y descarnada autonomía de la voluntad, al menos para un tipo de trabajadores, los ya empleados, que son los tradicionalmente protegidos.

De momento la crisis y la flexibilización con la regulación del derecho del trabajo ponen en “jaque” el tradicional sistema laboral. Evitar que termine en “mate” va a depender de que sea una seria reflexión sobre:

- La importancia de penalizar una economía meramente especulativa y volver a una economía productiva aunque sea de tercera generación.

- Un modelo de crecimiento basado en mano de obra formada y no basado en el uso intensivo de mano de obra no cualificada, barata y de la que se puede prescindir fácilmente.

- Tener en cuenta la diversidad empresarial y el tamaño de las empresas, permitiendo normas que no ahoguen a las pequeñas y medianas.

- Un modelo participación sindical en pequeñas y medianas empresas.

- El replanteamiento de las rentas mínimas y adecuadas. Priorizar la garantía de ingresos mínimos para llevar una vida digna

quiera algo de lo que hablaban la agenda 2020 apelando un nuevo pacto bloqueo por la inversión social.

- Una apuesta por la seguridad para los colectivos más vulnerables que ya no son sólo los tradicionales sino muchos de los que tienen contratos temporales o precarios y que declaran que no pueden llegar a fin de mes.

- Un control democrático y la aparición de contrapoderes en replanteamiento del papel del sindicato. Prestigiar la imagen del sindicato sometido a fuertes embates, dirigir su acción más allá de las condiciones de trabajo de las personas ya empleadas.

- La economía potenciar la economía del tercer sector.

- Trabajo decente.

El nuevo ejército de reserva de trabajadores en desempleo, como advirtiera Marx, sólo puede desarmarse mediante la creación por el propio sistema capitalista de nuevas necesidades que, a su vez, generen nuevos empleos. Los nuevos nichos de mercado que abre la importancia exponencial de la cibernética y los *green jobs* que debe generar un esperado cambio del modelo energético, apuntan a un futuro en el que la formación en innovación se convierte en el balón de oxígeno del futuro empleo.

El Derecho del Trabajo, en todo caso, no debiera llegar a su fin, ni conviene zarandear en exceso el fundamento que lo vio nacer. Los nuevos vientos que pretenden arrasarlo, han perdido la memoria histórica olvidando el riesgo de que cambien de dirección. Y quizás movimientos como los de las primaveras árabes o de plaza del sol 15M o plaza Tahir en Estambul, son los primeros soplos. Desconocer que las relaciones laborales son relaciones de conflicto, como señalara *Dahrendorf* y que fue precisamente la integración y juridificación del conflicto la que permitió el mantenimiento del sistema burgués capitalista, presenta el riesgo, hoy especialmente tangible, de que el ejército de reserva decida organizarse con el único objetivo de cambiar el sistema establecido.

En manos de los juristas del Derecho del Trabajo, como todos los que estamos hoy aquí, está contribuir a devolver el equilibrio a una disciplina que tanto progreso ha procurado a la humanidad. Foros de debate como el que tengo el honor de abrir, pueden resultar un nuevo Germinal para quien sabe qué futuras cosechas, en palabras de Émile Zola.

Muchas gracias.

Conferencia dada en Sao Paulo el 16 de abril de 2014
Apertura del VII Congresso Brasileiro de Direito Social

A BOA-FÉ NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Iara Alves Cordeiro Pacheco ()*

I - O Princípio da Boa-fé

Trata-se de princípio comum a todos os ramos do Direito e passou a ser mais valorizado quando surgiu o Estado do bem estar social.

De fato, no Estado Liberal o que se acolhia era a plena liberdade de contratar, visto que se considerava existir igualdade entres as partes, o que trouxe muitas injustiças, mormente com relação ao contrato de trabalho.

1. Dimensões da boa-fé

Esse princípio possui duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva.

Na dimensão subjetiva a pessoa age de acordo com sua consciência com absoluta convicção de que não está prejudicando ninguém: seria o caso, por exemplo, de recebimento de benefício previdenciário concedido irregularmente pela Autarquia, motivo pelo qual a jurisprudência tem entendido que não cabe devolução, exceto no caso de má-fé. Também podemos citar o caso de mulher que veio a se casar com homem que já era casado porque tal circunstância lhe foi omitida.

Na dimensão objetiva, a boa-fé compreende comportar-se de forma leal, honesta, como normalmente se espera das pessoas, substituindo o voluntarismo individualista. Presume a lei que os

(*) Desembargadora ap. da 15ª R. Mestre pela FADUSP. Membro Efetivo do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr.*

negócios jurídicos são realizados de forma honesta, competindo ao lesado provar a má-fé, o que pode ser feito, inclusive, com base na interpretação do princípio da boa-fé.

2. Normatização da Boa-fé

O estudo do instituto tem início na doutrina que está repleta de excelentes obras sobre o assunto, sendo certo que de uns tempos para cá passou a ser ainda mais valorizada, principalmente porque foi normatizada pelo Código Civil de 2002 e provavelmente porque a sociedade está precisando resgatar esse princípio.

Foi encampada nas discussões derivadas do Código de Defesa do Consumidor que regula campo fértil para sua aplicação, haja vista a vulnerabilidade do consumidor frente aos fornecedores de bens ou serviços.

Com o art. 422 do Código Civil de 2002 temos a transformação do princípio em cláusula geral.

No Direito do Trabalho sempre que se falava em boa-fé era para lembrar as obrigações dos empregados, sem enumerar os inúmeros descumprimentos por parte do empregador, inclusive nos dias atuais, haja vista a Lei nº 12.964, de 08/04/2014, que entrará em vigor em cento e vinte dias e que prevê aplicação de multa pela falta de registro do empregado doméstico.

3. Funções do princípio da boa-fé

São citadas três funções: interpretativa, limitativa dos direitos e como fonte de deveres anexos.

Assim, de acordo com o art. 113 do Código Civil: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

Depreende-se a função limitativa de direitos do quanto previsto no 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”*.

Já o art. 422 é considerado como fonte dos deveres, inclusive anexos, que devem sustentar o contrato, desde as tratativas preliminares e até mesmo após sua conclusão, como deveres de informação, sigilo e cooperação. Diz o dispositivo: *“Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”*.

Salienta Alice Monteiro de Barros¹:

“O fundamento da boa-fé consiste em opor valores éticos com o objetivo de evitar perigos de uma interpretação excessivamente positivista do ordenamento jurídico. Dessa forma, o princípio da boa-fé exerce uma função flexibilizadora dos institutos jurídicos, entre os quais se situa o contrato de trabalho”.

O Prof. Luiz Edson Fachin² salienta que, mormente diante desse princípio: *“quem contrata não contrata apenas com quem contrata, o contrato não começa exatamente quando principia e não acaba quando formalmente termina”*, já que o promitente comprador pode reservar o direito de indicar em nome de quem a escritura será assinada, as negociações preliminares são consideradas eficazes e, mesmo após a rescisão contratual, persistem obrigações para as partes, como, por exemplo, o sigilo quanto às informações conhecidas.

1 *Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 4ª Ed. 2005, p. 187.*

2 Palestra sobre a *“Boa-fé objetiva nos contratos”* – AASP – 04/4/2014.

O Professor Anderson Schreiber, no V Encontro Anual da AASP narrou dois casos para elucidar a temática: a) um cidadão do Rio de Janeiro colocou a venda seu carro, mencionando que era semi-novo e praticamente uma jóia. Como o preço era muito bom, um interessado do Rio Grande do Sul, viajou com sua família para conhecer o veículo e ficou desapontado com o que encontrou, o que o moveu a ajuizar ação pleiteando indenização por danos materiais (despesas de locomoção e estadia) e morais, pelo comportamento irresponsável do carioca. b) Uma pessoa foi convencida a adquirir cotas de um hospital que seria construído em três anos e que lhe renderia dividendos, além de plano de saúde. Sucede que após dois anos e meio, o hospital não havia saído do papel, motivo pelo qual resolveu parar de pagar. O credor ajuizou execução cobrando o débito, mas o devedor teve reconhecida pelo juiz a exceção de não cumprimento do contrato pelo credor.

O Professor também contou uma piada: *“Um possuidor de um sítio, que pretendia vendê-lo, pediu ao poeta Drumond de Andrade que redigisse os termos do anúncio. Drumond afirmou que era apenas um poeta e não vendedor, mas diante da insistência do amigo, aceitou. Depois de algum tempo perguntou-lhe: E daí, conseguiu vender o sítio? Respondeu o amigo: claro que não. Depois de tudo que você falou sobre o meu sítio não o vendo nunca mais.”*

Também no direito do trabalho podem ser citados muitos casos, por exemplo, de uma bancária que trabalhava seis horas e tinha outro emprego, como professora, mas o Banco mudava seu horário para impedi-la de exercer a outra profissão; casos de abuso da liberdade de não contratar: pessoas que passam na entrevista, exame médico e não são admitidas; casos de empregados públicos que passam no concurso, dentro do número de vagas e não são contratados.

II – Negociação Coletiva

Falar de negociação coletiva envolve inicialmente falar da situação do mundo do trabalho e da existência ou não de liberdade sindical.

É sabido que os sindicatos surgiram como organização dos trabalhadores para lutar contra a situação de exploração em que viviam, a partir da industrialização. O sindicato cresceu junto com a pujança do capitalismo e com a ajuda do corporativismo editado pelo Presidente Getúlio Vargas.

No entanto, várias questões surgiram com a reformulação da economia após os anos setenta, quando começou o abandono do regime fordista de produção, incentivando a terceirização (para reduzir o valor dos salários das categorias fortes), o esfacelamento da categoria e a proliferação absurda de sindicatos.

Da mesma forma, discute-se a inexistência de verdadeira liberdade sindical, haja vista que a CF/1988 manteve a unicidade sindical, a contribuição sindical e a representação por categoria.

Discute-se se continua ou não em vigor o poder normativo da Justiça do Trabalho e até, se o art. 8º, VI, da CF, que menciona a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas, tem efetiva validade ou se pode ser aplicado o art. 617, § 1º, da CLT.

Aplica-se o art. 932 do CPC (interdito proibitório) para impedir o direito de greve, que é um direito fundamental, sob o argumento de proteger a propriedade do empregador.

Alega-se, inclusive, que a flexibilização prevista no art. 7º, VI e XIV poderia ser expandida para outras matérias.

Pugna-se pela reforma do Direito coletivo e pela descentralização da negociação para o âmbito das empresas, como preconiza o direito europeu, o que, na prática, tem sido feito, ao arrepio da lei.

Portanto, por esse rápido panorama, verifica-se que não existe nenhuma calma no setor, que propicie uma negociação coletiva tranquila e consciente. Pelo contrário, tudo está em discussão, o que tem acarretado a dificuldade de aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva.

1. A boa-fé na negociação coletiva

É evidente que a boa-fé deve prestigiar a negociação coletiva e isso vem previsto no art. 99 de Anteprojeto de Lei Sindical do Fórum Nacional do Trabalho:

“Art. 99. A conduta de boa-fé constitui princípio da negociação coletiva.

§ 1º. Para os fins desta Lei, considera-se boa-fé o dever de:

I – participar da negociação coletiva quando regularmente requerida, salvo justificativa razoável;

II – formular e responder a propostas e contrapropostas que visem a promover o diálogo entre os atores coletivos;

III- prestar informações, definidas de comum acordo, no prazo e com o detalhamento necessário à negociação;

IV – preservar o sigilo das informações recebidas com esse caráter;

V – obter autorização da assembleia para propor negociação coletiva, celebrar contrato coletivo de trabalho e provocar a atuação da Justiça do Trabalho,

de árbitro ou de órgão arbitral para a solução do conflito coletivo de interesses.

§ 2º. A violação ao dever de boa-fé equipara-se à conduta anti-sindical.”

E essa conduta antissindical tem ocorrido com frequência.

Renato Rua de Almeida relata³ que em 1990 alguns sindicatos dos bancários de São Paulo passaram a celebrar anualmente acordos coletivos com o Banespa, que à época era uma sociedade de economia mista, estipulando o pagamento da PLR em substituição ao recebimento de duas gratificações anuais semestrais, que também eram pagas aos aposentados. Mas os sindicatos não ressalvaram a manutenção dessas gratificações aos aposentados e eles deixaram de recebê-las, assim como a PLR, que em princípio é devida apenas ao pessoal da ativa. O motivo disso é que a PLR não constitui base de incidência de nenhum encargo trabalhista, vindo a alteração a reduzir custos e tornar mais atraente a aquisição do Banco que se encontrava em processo de privatização.

Além disso, os acordos coletivos firmados pelo Santander, após a privatização em 2001, passaram a substituir os reajustes salariais anuais por outras vantagens, que beneficiavam apenas o pessoal da ativa, tais como indenização de licença-prêmio e quinquênio, pagamento corrigido de auxílio-creche e auxílio-alimentação, sem integração na base salarial e nos direitos trabalhistas.

Informa o Professor que *“os aposentados ficaram durante seis anos sem reajustes em sua complementação de aposentadoria, já que foram cinco anos de negociação coletiva em que se estabeleceu a substituição dos reajustes salariais da categoria dos bancários pelas vantagens devidas ao pessoal da ativa”*.

3 O Modelo Sindical Brasileiro é Corporativista, Pós-Corporativista ou Semicorporativista? Revista LTr.77-01/7, janeiro de 2013.

Para corrigir a situação os aposentados ajuizaram ação civil pública por meio da associação civil dos aposentados do Banespa – AFABESP- na qual perseguiram o restabelecimento das gratificações e a atualização da complementação da aposentadoria, sendo certo que algumas dessas ações ainda tramitam pela Justiça do Trabalho.

Relata nesse mesmo artigo que sindicatos dos metalúrgicos, filiados à Força Sindical, celebraram convenções coletivas, excluindo a estabilidade dos acidentados até a aposentadoria dos trabalhadores portadores de doenças profissionais, direito que vinha sendo assegurado há vinte anos, desde as convenções coletivas de 1978-1979.

Ao mesmo tempo, outra cláusula previa o recebimento pelos sindicatos profissionais de uma contribuição assistencial anual de 12%, calculada sobre a folha de pagamento, observado determinado teto salarial, das empresas metalúrgicas, a ser pago por elas (empresas) em razão da participação nas negociações coletivas.

Aliás, o Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo ajuizou ações de cumprimento visando a cobrança dessa contribuição assistencial e as ações foram julgadas improcedentes sob fundamento de inconstitucionalidade, por violação do art. 8º, VI, da CF/88, já que a presença obrigatória dos sindicatos na negociação coletiva implica também dever de negociar.

Como visto esses são modelos de situações em que as entidades sindicais deixaram de observar a cláusula geral da boa-fé objetiva.

2. Dispensas coletivas

Todavia, os Tribunais Trabalhistas mostraram toda a força do princípio da boa-fé nos casos das demissões em massa de

trabalhadores, que são relatados no artigo de Cláudio Jannotti da Rocha e Flávio Carvalho M. de Andrade.⁴

O caso da Embraer, que dispensou mais de 4.200 empregados, recebeu o nº 309/2009 e foi julgado pelo E. TRT da 15ª Região, tendo como Relator o Desembargador José Antônio Pancotti.

Após salientar a omissão da legislação brasileira, nos termos do art. 8º da CLT buscou as Convenções da OIT, a legislação estrangeira e a “força normativa dos princípios jurídicos” e reconheceu a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação, deferindo compensação financeira com base no art. 422 do CC.

No E. TST foi afastada a indenização compensatória, mas fixada a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. Em seu voto salientou o Ministro Maurício Godinho Delgado:

“Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada,

4 “As Recentes Decisões dos Tribunais Regionais Proferidas nos Casos de Dispensa Coletiva após o Leading Case n. 0309/2009 do Tribunal Superior do Trabalho”. Revista LTr. 77-08/969-975.

por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que – a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”

Aliás, cabe anotar que esse caso teve repercussão geral reconhecida pelo E. STF em 2013 e tem como relator o Ministro Marco Aurélio.

Todavia, não obstante a clara posição da Magna Corte Trabalhista, algumas empresas ignoraram tal posicionamento e continuaram com dispensas massivas, sem negociação coletiva.

Dão conta disso o Processo nº 00002/2009-0 (20281200800002001) do TRT da 2ª Região, que teve como Relatora a Des. Ivani Contini Bramante, declarando “*nula a dispensa em massa, devendo a empresa observar o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam:...*”

Da mesma forma, no Processo n. 00308.2009.000.03.00.5-DC, do TRT/3ª Região, cujo relator foi o Des. Caio Luiz Vieira de Mello, que observou:

“A ausência de negociação e de fixação de critérios implica no deferimento, em parte, da liminar pretendida, assegurando-se o impedimento de demissões a partir desta decisão até que sejam estabelecidos critérios para a dispensa, mediante negociação com o sindicato profissional, com a presença, se necessários do d. Ministério Público do Trabalho”.

Igualmente, no Processo TRT/ 1ª Região, nº 00000019-6802012.051.0022, da relatoria da Des. Cláudia Regina Reina Pinheiro, no qual restou salientado “*que uma dispensa coletiva viola não somente direitos e interesses individuais, mas também direitos e interesses coletivos e/ou sociais, ofendendo-se até mesmo o interesse público de forma mais ampla*”.

Um outro caso diz respeito a uma ação civil pública (TRT/1ª Reg. Processo n. 1.618/12) ajuizada pelo MPT, diante da demissão de 850 empregados de uma empresa de aviação que comprou uma outra empresa aérea. A Des. Simone Poubel Lima salientou em seu voto:

“Dessa forma, não resta dúvida de que as empresas somente podem dispensar coletivamente em casos de extrema necessidade, ou seja, que coloque em risco sua própria existência, pois a hipótese de simples diminuição do lucro não enseja suporte fático (verdadeira causa) para uma dispensa massiva. Na verdade, a diminuição de ganhos nada mais é do que fato corriqueiro e quase sempre cíclico da vida econômica”.

Esse mesmo artigo de Cláudio Jannotti da Rocha e Flávio Carvalho M. de Andrade, cuja leitura recomendo, citam ainda três casos, dos TRTs de São Paulo, Paraíba e Bahia, sendo certo que este último já foi julgado o recurso pelo E. TST, que manteve entendimento de que a dispensa coletiva tem de ser objeto de negociação coletiva prévia com o sindicato da categoria, não se tratando de mero direito potestativo do empregador.

3. Conclusão

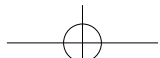
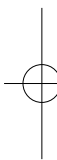
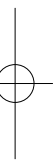
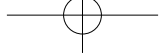
O que se quer salientar com a enumeração desses julgados é a falta de boa-fé das empresas nas relações com seus empregados, já que a solidariedade não se fez presente, sequer após a decisão do E. TST, no sentido da necessidade da negociação coletiva,

Tal circunstância de certo modo explica o rumo da sociedade atual, que demonstra extrema insatisfação e agressividade, sem a preocupação com o outro e a paz social.

Isso faz lembrar uma estória antiga: Um homem estava cozinhando e percebeu que acabara o sal. Chamou seu filho e determinou que fosse à aldeia para comprá-lo, pagando um preço justo: nem mais caro nem mais barato, já que pagar menos é demonstrar desrespeito e se aproveitar do outro. O filho estranhou e achou que não deveria se importar em pagar menos, tendo o pai retrucado: *“Também no início do mundo, a injustiça era pequena. Mas cada um que veio depois terminou acrescentando algo, sempre achando que não tinha muita importância, e veja aonde chegamos”*.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Renato Rua. *O Modelo Sindical Brasileiro é Corporativista, Pós-Corporativista ou Semicorporativista?* Revista LTr. 77. 01/7, janeiro de 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. 4ª Ed. 2005, p. 187.
- FACHIN, Luiz Edson. *Boa-fé objetiva nos contratos. Equilíbrio contratual*. Palestra no V Encontro Anual AASP
- ROCHA, Cláudio Jannotti da e ANDRADE, Flávio Carvalho M. de Andrade. *As Recentes Decisões dos Tribunais Regionais Proferidas nos Casos de Dispensa Coletiva após o Leading Case N. 0309/209*. Revista LTr. 77-08/969-975, agosto de 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Boa-fé objetiva nos contratos. Equilíbrio contratual*. Palestra no V Encontro Anual AASP.



O DIREITO À INFORMAÇÃO E A BOA-FÉ NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA¹

Marcus de Oliveira Kaufmann ()*

1. Considerações iniciais

A interseção existente entre o princípio da boa-fé e a prerrogativa sindical da negociação coletiva vem sendo explorada, à exaustão, nos fóruns acadêmicos e foros de justiça há muito tempo, mas a complexidade do tema é de tal envergadura que ainda parece permitir algum adensamento das discussões e reflexões.

Um dos reflexos desse adensamento é o estudo referente às interseções jurídicas que não se compadecem com a mera vinculação entre a boa-fé e a negociação coletiva, mas que se espraiam para trazer, ao conjunto das interseções possíveis, o direito à informação como elemento e produto indissociável da boa-fé e da negociação coletiva.

2. Relações umbilicais entre a boa-fé, a negociação coletiva e o direito à informação

Arion Sayão Romita, em sua construção exemplar, após arrolar os direitos à dignidade da pessoa; à proibição de trabalho

(*) Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Membro Efetivo e Secretário do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior* (IBDSCJ). Advogado.

1 Texto base, posteriormente revisto, decorrente da intervenção do autor, na qualidade de co-expositor, em 16 de abril de 2014, no painel dedicado ao tema “Boa fé na Negociação Coletiva”, do VII Congresso Brasileiro de Direito Social: Direito do Trabalho e da Seguridade Social, promovido pelo *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior* (IBDSCJ) em São Paulo/SP.

escravo (ou forçado); à intimidade; à vida; à honra; à imagem; à livre manifestação do pensamento; à liberdade de consciência e de crença; à liberdade de expressão e de, frise-se, *informação*; ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; à igualdade; e à proteção contra a discriminação como direitos fundamentais de cariz essencialmente individual, refere-se, ainda, aos chamados “direitos de solidariedade”, que se relacionam aos vínculos que unem os trabalhadores entre si, mais próximos ao temário do Direito Coletivo do Trabalho², como direitos fundamentais.

Segundo o autor, dentre os direitos fundamentais de solidariedade, alguns se destacam, como o direito à sindicalização, à *negociação coletiva*, à greve, à representação dos trabalhadores e dos sindicatos nas empresas, à proteção contra a despedida injustificada, ao repouso, à saúde e à segurança no trabalho e no meio ambiente do trabalho³.

Todos esses direitos são fundamentais do trabalho, do Direito Coletivo do Trabalho, porque todo o Direito do Trabalho, ainda na expressão de *Arion Sayão Romita*, persegue a obtenção de uma igualdade mínima em proveito dos trabalhadores, quer por meio da intervenção heterônoma do legislador, quer por meio da instrumentalização do apoio à atividade sindical.

Nessa mesma linha, está *Oscar Ermida Uriarte*, segundo o qual o princípio da proteção é o princípio básico do Direito do Trabalho, que se exerce de duas maneiras: a primeira, pela via heterônoma, pelo Estado, pela lei, principalmente para os fins do Direito Individual do Trabalho; a segunda, pela via autônoma, pela proteção à ação sindical, especialmente a proteção à autonomia privada coletiva e à autotutela. *Oscar Ermida Uriarte* sustenta que a lei liberta o homem

2 *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 338.*

3 *Ibidem*, p. 339.

no plano das relações individuais do trabalho, enquanto a autonomia da ação coletiva é que liberta o homem no plano das relações coletivas do trabalho. A autonomia sindical, que garante a proteção à ação sindical, é que, no Direito Coletivo do Trabalho, faz valer o princípio protetivo⁴ do Direito do Trabalho.

Um dos direitos fundamentais de solidariedade, de cariz coletivo, é o da negociação coletiva, que ser perfaz, no mundo dos fatos, pela garantia de que o sistema reagirá à desordem pela via da instrumentalização normativa da autonomia coletiva livre, ou seja, pela instigação ao desenvolvimento de uma plena autonomia coletiva, imbuída de boa-fé.

Como o Brasil se encontra em contexto de mitigada e tolhida liberdade sindical, não se tem dúvidas de que, como ferramenta para, ainda nesse sistema, identificar verdadeiras e legítimas representatividades sindicais e para impulsionar verdadeiras e fortes autonomias coletivas baseadas em boa-fé, é preciso que sejam utilizadas, no campo da dogmática, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados que permeiam a legislação civil.

Pelas cláusulas gerais, as normas fornecem diretrizes ao julgador para decidir a partir de um patamar de liberdade decisória, o que permite que o magistrado possa, eventualmente, integrar determinado negócio jurídico ao conceder conteúdo concreto às enunciações abstratas inerentes à cláusula geral. São exemplos de cláusulas gerais na nova codificação civil a expressão “função social” no artigo 421 como limite à autonomia privada e as referências à “boa-fé objetiva” e “probidade” no artigo 422. Pelos conceitos legais indeterminados, há, pela abstração, imprecisão e generalidade de uma expressão, vinculação, pela lei, a uma consequência jurídica

4 *Primera Lectura de la Ley 17.940 de Protección de la Actividad Sindical. Derecho Laboral. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, tomo XLIX, n° 221, enero-marzo: 237-259, 2006, p. 244.*

determinada, como é o caso das expressões “atividade de risco” para a caracterização de responsabilidade objetiva no artigo 927 e “perigo iminente” como causa excludente da ilicitude do ato no artigo 188, inciso II.

Por esses instrumentos, o julgador, ativando-se nas relações jurídicas, preenche a vagueza de cláusulas gerais ou conceitos legais indeterminados para, atuando em concreto na solução dos conflitos sob o mote da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade, emprestar solução prospectiva e legítima para dado problema.

Dentre essas ferramentas disponibilizadas ao julgador pela nova estrutura civil, tem especial destaque a cláusula geral da “boa-fé objetiva”, integrante do conceito de eticidade, por meio da qual, em qualquer relação ou negócio jurídico, o ordenamento jurídico brasileiro impõe regra de conduta, ínsita aos artigos 187 e 422 do Código Civil, para as partes envolvidas e, pelo artigo 113, regra de interpretação ao julgador⁵, com o que o magistrado e os tribunais, no sistema aberto querido pelo Código Civil, terão a difícil incumbência de adequar o direito ao caso concreto, propiciando, em consequência, uma permanente atualização para adequar a solução jurisdicional aos princípios maiores constitucionais, aos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, como é o caso da pouca liberdade sindical que se apresenta na norma de fachada do artigo 8º da Constituição Federal.

Ao proibir a conduta do *venire contra factum proprium*, a boa-fé objetiva implementa, normativamente, no Brasil, a crença na aparência de licitude ou da convicção de não se estar a lesar direito

5 ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; e ANDRIGHI, Vera. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: Das Várias Espécies de Contratos; Do Empréstimo; Da Prestação de Serviço; Da Empreitada; Do Depósito. Arts. 579 a 652. Rio de Janeiro: Forense, Volume IX, 2008, p. 15.* A boa-fé objetiva entendida como regra de conduta e regra de interpretação também é aceita na doutrina estrangeira. Nesse passo, em Portugal, JOÃO ABRANTES, José. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 178-179.*

alheio no tráfego negocial⁶, além de fomentar um dever, aos agentes sociais (e aos sindicatos, à organização sindical), de transparência, de cooperação para que os vínculos relacionais (para os sindicatos, na negociação com o lado patronal e vice-versa e, ainda, na estrutura interna, na comunicação, no debate constante com as bases representadas em assembleia) atendam aos interesses legítimos de todos os envolvidos, sem surpresas, uma que vez que a boa-fé objetiva impõe a consideração dos interesses da outra parte.

A aplicação da cláusula geral da boa-fé à negociação coletiva é perfeita para ilustrar a vinculação dos embates em relações coletivas de trabalho aos preceitos da eticidade, em alinhamento ao disposto no item 2 da Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, de 1998, segundo o qual “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

Toda essa construção dogmática que une a boa-fé à negociação coletiva, no entanto, não se vivencia na prática ou não se sente como deveria.

Um dos motivos que surgem para explicar esse contínuo e permanente interesse pelo debate a respeito da fundamentalidade da boa-fé no processo de negociação coletiva ou da inexistência de

6 MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Arts. 304 a 388. Rio de Janeiro: Forense, Volume V, Tomo I, 2003, p. 43.*

negociação coletiva sem a presença da boa-fé é a constatação, um tanto quanto tranquila, de que o Brasil ainda não é um país a respeito do qual se poderia dizer ter atingido a maturidade ou a experiência necessária na vivência de um sistema normativo que contemple a relação umbilical entre a boa-fé e a negociação coletiva.

Para que a negociação coletiva seja imbuída de boa-fé e para que a boa-fé conduza a negociação coletiva, há de se assegurar a eficácia ao direito à informação.

Isso porque o direito à informação não só é um direito tido por fundamental, mas como, ao mesmo tempo, é também caracterizado como um (i) dos deveres anexos (ou de proteção) que surgem das funções da boa-fé objetiva⁷ (funções interpretativa, criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e delimitadora do exercício de direitos subjetivos), extraído da cláusula geral do artigo 422 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e extensível a todo o ordenamento jurídico trabalhista por intermédio do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); bem como um (ii) princípio⁸ ou um elemento essencial à ritualística da negociação coletiva.

7 PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011, pp. 100 e 110; e CRUZ, Claudia Ferreira. *A Boa-Fé Objetiva e os Deveres Anexos*. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); OLMOS, Cristina Paranhos (org.). *Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho. Volume II*. São Paulo: LTr, p. 20-38, 2012, pp. 28 e 29.

8 MAISTROJR., Gilberto Carlos. *O Princípio da Boa-Fé Objetiva na Negociação Coletiva*. São Paulo: LTr, 2012, pp. 234 e 235. Já é bastante conhecida e explorada, no direito brasileiro, a qualificação do direito à informação como um dos requisitos ou princípios da negociação coletiva, por vezes considerado caracterizador do princípio da lealdade e da transparência. Para o trato do direito à informação ou do princípio da informação na negociação coletiva, ver, por todos, LEBRE, Eduardo. *Direito Coletivo do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 93; DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 54; SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos Humanos na Negociação Coletiva: Teoria e Prática Jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004, p. 117; HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89; AROUCA, José Carlos. *Curso Básico de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2006, pp. 281-282; MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação Coletiva no Local de Trabalho: A Experiência dos Metalúrgicos do ABC*. São Paulo: LTr, 2008, pp. 48-49; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito Sindical: Análise do Modelo Brasileiro de Relações Coletivas de Trabalho à Luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT – Proposta de Inserção da Comissão de Empresa*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 152; e PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 190.

Se isso não bastasse, o direito à informação, no amálgama que forma com a boa-fé objetiva e com a negociação coletiva, também constitui o primeiro nível a partir do qual se pode raciocinar, a partir da participação do trabalhador na gestão da empresa, a integração do trabalhador à empresa em prol da criação de verdadeira cidadania na empresa ou de uma democracia industrial.

Para os fins deste estudo, é possível, ainda que com certas reservas, incluir o procedimento de negociação coletiva como um método possível, ainda mais no Brasil, de participação dos trabalhadores no governo ou na gestão da empresa. É que não se pode negar a influência que, nos rumos da empresa, podem determinar os instrumentos coletivos de trabalho (desde acordos marco setoriais ou globais até os instrumentos, nacionais, como a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho no Brasil e acordos outros, com índole intraempresa, em outros países), ainda que a negociação coletiva de trabalho tenha origem externa à empresa⁹, enquanto deliberada mediante modos e cenários externos à empresa, mais próximos à ideia, principalmente no Brasil, da coletividade aperfeiçoada no conceito de categoria, ainda que fracionada no caso de acordo coletivo de trabalho. Nesse sentido, a negociação coletiva de trabalho pode servir como um exemplo de uma participação externa dos trabalhadores no governo ou na gestão da empresa.

Para impulsionar a autonomia coletiva pela via do instrumental Direito Coletivo do Trabalho, a negociação coletiva de trabalho, portanto, prescinde do direito à informação como dever anexo da boa-fé objetiva, que não só é fundamental, mas como possui, também, natureza instrumental¹⁰ e, portanto, a serviço do exercício de outros

9 Considerando a negociação coletiva ao lado do direito à informação, ambos aptos a incentivar a participação dos trabalhadores no governo da empresa, posiciona-se MARCOS-SÁNCHEZ, José. *Negociación Colectiva y Código de Conducta: Diagnóstico y Propuestas para los Sindicatos de Nestlé en América Latina*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 80.

10 GARRIDO PÉREZ. *La Información en la Empresa: Análisis Jurídico de los Poderes de Información de los Representantes de los Trabajadores*. Madrid: Consejo Económico y Social (CES), 1995, p. 47.

direitos e funções sindicais de intensidade maior para a efetivação da autonomia coletiva, como é o caso da própria negociação coletiva.

Não é possível dissociar, já de início, portanto, a boa-fé da negociação coletiva, assim como não é possível dissociar a boa-fé e a negociação coletiva do direito à informação, o que garante a formulação da conclusão no sentido de que, sem boa-fé, não há negociação coletiva e de que, de forma mais contundente, sem o direito à informação, não há boa-fé que venha a caracterizar a eticidade nas relações coletivas de trabalho.

3. O direito à informação em primeiro plano

Em dezembro de 2000, o Conselho Europeu, em *Niza*, reunido para adaptar o funcionamento das instituições europeias à futura incorporação de novos Estados-Membros, fez proclamar a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, na qual, pela primeira vez, os direitos sociais, de natureza mais coletiva (nos artigos 12, 27 e 28), assumiram e compartilharam o protagonismo, em um mesmo documento, com os outros direitos de caráter civil e político já tradicionalmente reconhecidos como direitos fundamentais.

Tais direitos de natureza coletiva foram organizados em três grandes blocos: (i) o da liberdade sindical e associativa; (ii) o de negociação coletiva e de ação coletiva; e, destaque-se, (iii) o de informação e de consulta na empresa¹¹.

11 FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén. *La Participación de los Trabajadores en el Derecho Social Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 45. Do texto da “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, tem-se: “Artigo 12.

Liberdade de reunião e de associação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses.
2. Os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União.

Para o trato dos direitos à informação e à consulta, o Parlamento e o Conselho da União Europeia, em 11 de março de 2002, estabeleceram um quadro geral alusivo à informação e à consulta dos trabalhadores mediante a Diretiva nº 2002/14/CE¹².

Em sua parte normativa, a Diretiva nº 2002/14/CE reforçou o entendimento, calcado no princípio da subsidiariedade do direito comunitário¹³, de que na definição ou na implementação das regras em matéria de informação e de consulta segundo as legislações e práticas nacionais, o empregador e os representantes de trabalhadores devem agir em espírito de cooperação e com o respeito pelos direitos e deveres recíprocos (artigo 1º, item 3), lição importante para a negociação coletiva.

Deixando a consulta de lado, mas particularmente em relação ao direito à informação, a Diretiva nº 2002/14/CE, em seu artigo 2º,

(...)

Artigo 27

Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa

Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito da União e pelas legislações e práticas nacionais.

Artigo 28.

Direito de negociação e de acção colectiva

Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve”.

12 A diretiva é uma espécie de ato legislativo da União Europeia que, como o próprio nome revela, indica diretrizes a trilhar, impondo um resultado a ser alcançado pelos Estados-Membros, a ser perseguido com uma certa dose de flexibilidade por esses Estados quanto aos caminhos jurídicos a percorrer, de acordo com as práticas nacionais.

13 A respeito do princípio da subsidiariedade, *Ari Possidonio Beltran* assevera que ele serve de critério ordenador do exercício das competências, mas que não se pode exigir que ele delimite, de forma rígida, as fronteiras entre as competências da União Europeia e dos Estados-Membros (*Os Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho: Globalização e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 1998, p. 161).

item “f”, tratou da informação como sendo a transmissão de dados por parte do empregador aos representantes dos trabalhadores a fim de que os trabalhadores tenham conhecimento do assunto e possam analisá-lo.

Ainda segundo a Diretiva nº 2002/14/CE (artigo 4º, item 2, alíneas “a”, “b” e “c”), o direito à informação compreende (i) a informação sobre a evolução recente e a evolução provável das atividades da empresa ou do estabelecimento e a sua situação econômica; (ii) os dados sobre a situação, a estrutura e a evolução provável do emprego na empresa ou no estabelecimento; e (iii) os dados sobre as decisões suscetíveis de desencadear mudanças em matérias de organização do trabalho ou dos contratos de trabalho. No item 3 do artigo 4º da Diretiva nº 2002/14/CE, dispõe-se que a informação é prestada em momento, na forma e com conteúdo suscetíveis de permitir que os representantes de trabalhadores procedam a um exame apropriado, de modo a poderem se preparar para o início do rito negocial.

No item 4 do artigo 4º, por sua vez, determina-se que a informação é realizada (i) em locais, forma e conteúdo apropriados; (ii) no nível adequado de direção e de representação obreira; (iii) com base no parecer dos representantes dos trabalhadores; e (iv) deve permitir, aos representantes de trabalhadores, que se reúnam com o empregador e obtenham uma resposta fundamentada.

A instrumentalização das possibilidades e meios dos direitos de informação no âmbito dos atos legislativos da União Europeia demonstra que, em países fora do eixo europeu, como é o caso do Brasil, há um longo caminho a trilhar no que diz respeito a alavancagem da ideia de que o acesso, livre, à informação é um desdobramento natural do direito fundamental de que possuem os trabalhadores para o desenvolvimento de uma voz ativa por meio de suas representações sindicais na construção de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social ou, em outras palavras, para o desenvolvimento de negociações coletivas fundadas na boa-fé.

A garantia à eficácia do direito à informação, como forma de garantir a existência de negociações coletivas embasadas em boa-fé é fundamental porque as empresas, e suas representações sindicais, não possuem vocação para assumirem a mesma função de integração social que os sindicatos assumem, uma vez considerados como atores inevitáveis da gestão dos conflitos de trabalho¹⁴.

Sindicatos são organizações políticas, enquanto que as empresas são organizações hierárquicas. Os gerentes empresariais são lembrados a serem sensíveis às pressões políticas enfrentadas por um dirigente sindical, enquanto que os dirigentes sindicais são lembrados a serem alertas quanto aos obstáculos hierárquicos enfrentados por um gerente¹⁵.

Diante das circunstâncias expostas, os entraves à negociação coletiva só podem ser ultrapassados se garantido, normativamente, o acesso à informação com a garantia da boa-fé, cenário que o Brasil ainda está, infelizmente, longe de atingir.

Se serve como exemplo do que se pode alcançar em termos de Direito Coletivo do Trabalho, a Diretiva nº 2002/14/CE da União Europeia, depois acompanhada pela Diretiva nº 94/45/CE¹⁶ sobre os comitês de empresa europeus¹⁷, bem ilustra que o direito

14 SERVAIS, Jean-Michel. *Globalização, Competência Econômica e Solidariedade: Um Papel Renovado para os Sindicatos*. Revista LTr Legislação do Trabalho (Revista LTr 68-06). São Paulo: LTr, vol. 68, nº 6, junho: 674-684, 2004, p. 677.

15 VERMA, Anil; CUTCHER-GERSHENFELD, Joel. *Joint Governance in the Workplace: Beyond Union-Management Cooperation and Worker Participation*. In: KAUFMAN, Bruce E.; KLEINER, Morris M. (ed.). *Employee Representation: Alternatives and Future Decisions*. Madison: Industrial Relations Research Association, p. 197-234, 1993, p. 226.

16 Posteriormente reformatada na Diretiva nº 2009/38/CE, de 6 de maio de 2009.

17 *As duas peças de legislação da União Europeia mais significativas no campo da informação e da consulta nos últimos anos* (BARNARD, Catherine. *Worker Representation in the U.K.* In: BLANPAIN, Roger; OUCHI, Shinya; ARAKI, Takashi (ed.). *Decentralizing Industrial Relations and the Role of Labour Unions and Employee Representatives*. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 83-101, 2007, pp. 96-97).

de informação desempenha¹⁸, no mundo moderno, “*um papel de primeiro plano nas relações colectivas de trabalho*”¹⁹ também para incrementar a importância da negociação coletiva para o mundo externo às empresas.

Não sem razão é que *Arion Sayão Romita* leciona no sentido de que o moderno Direito do Trabalho “assiste à evolução do direito de informação como direito individual, para direito em sentido coletivo”²⁰.

O direito de informação (de informar, de informar-se e de ser informado) constitui um direito fundamental²¹ que possui a particularidade de assumir o carácter de um direito coletivo, sem deixar de ser um direito individual. O direito de ou à informação é,

18 Esses direitos não podem ser considerados de forma distanciada dos direitos de os empregados terem acesso, nos locais de trabalho, a um devido processo legal, à livre manifestação e à livre expressão, bem como à liberdade sindical ou à associação (HECKSCHER, Charles C. *The New Unionism: Employee Involvement in the Changing Corporation*. Ithaca: Cornell University Press, 1996, p. 175).

19 SUPIOT, Alain; EMILIA CASAS, Maria; DE MUNCK, Jean; HANAU, Peter; JOHANSSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; VAN DER HEIJDEN, Paul. *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 149. Segundo *Arion Sayão Romita*, o acesso a informações e a proteção da intimidade constituem um dos nove assuntos mais relevantes tratados por leis e demais atos normativos promulgados no mundo até, ao menos, o ano de 2000. Os demais assuntos são a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego, o direito à sindicalização, o acesso à justiça, a não-discriminação no emprego, a saúde e a segurança no trabalho, a proteção contra o assédio sexual e o constrangimento moral, a liberdade de manifestação do pensamento e a proibição ao trabalho forçado (*Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 32).

20 *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 37.

21 O Tribunal Constitucional espanhol, se bem que tratando do direito à informação entre os trabalhadores e uma dada entidade sindical, já teve a oportunidade de se manifestar a respeito de sua fundamentalidade, no sentido de que “*el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el Sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y el pluralismo sindicales*” (SPIWAK LEW, Patricia. *Uso del Correo Electrónico de la Empresa para Fines Sindicales*. *Derecho Laboral*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, tomo XLIX, nº 221, enero-marzo: 141-168, 2006, p. 159).

em verdade, um direito elementar em todo o espaço que compreende as relações de trabalho²², mormente os das relações coletivas e o da negociação coletiva de trabalho.

Segundo *Héctor Zapirain*, com base em *Oscar Ermida Uriarte*, são quatro os possíveis aspectos da informação no Direito do Trabalho nesse contexto: (i) como um dos graus da participação dos trabalhadores na gestão da empresa, que demanda um outro estudo; (ii) como um dos requisitos (ou, mesmo, princípio) da negociação coletiva, tal como já asseverado anteriormente; (iii) como um requisito para os casos de encerramento de estabelecimento e de redução de pessoal; e (iv) como um direito genérico, verdadeiro dever anexo derivado da boa-fé, contrapartida natural e necessária do dever de lealdade tão essencial ao Direito Coletivo do Trabalho (enquanto elemento, mesmo, do princípio da liberdade sindical) como, também, ao Direito Individual do Trabalho²³ (enquanto decorrente do princípio geral da boa-fé objetiva).

Obviamente, a despeito dos avanços que, normativamente, se constata na Europa, seja pelo Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, de 1950; pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000; pelo Tratado sobre a Constituição Europeia, de 2004, que consagra a liberdade de expressão e de informação; seja, nas Américas, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”), de 1969; sem desconsiderar a incorporação do direito à informação na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU e nas Constituições que consagram explicitamente o direito da liberdade de acesso à informação como um direito fundamental,

22 ZAPIRAIN, Héctor. *Derecho de Información y Negociación Colectiva*. Montevideo: *Fundación de Cultura Universitaria*, 2006, p. 12.

23 ZAPIRAIN, Héctor. *Derecho de Información y Negociación Colectiva*, pp. 31-32 e 42.

como é o caso da Lei Fundamental Alemã de 1949 (artigo 5º, § 1º); o fato é que o direito de informação se firmou como direito fundamental em diplomas constitucionais como a Constituição da Espanha de 1978 (artigo 20.1), a Constituição de Portugal de 1974 (artigo 37), a Constituição do Paraguai de 1992 (artigos 26 e 28), a Constituição do Peru de 1993 (artigo 2º, nº 4) e, felizmente, também, a Constituição Federal brasileira de 1988 (artigos 5º, incisos XIV e XXXIII²⁴; e 220, *caput*²⁵).

O direito à informação, que compreende o direito de transmitir informações, de colher informações, de se manter informado, de comunicação, de investigação²⁶ e de indagação, e de recepção livre de fatos ou notícias, possui um núcleo que vai mais além do que um direito simplesmente individual, uma vez que se constitui em uma liberdade cuja existência é pressuposto para o exercício e para a garantia de outras liberdades. O sujeito obrigado a prestar informações, o Estado ou o ente privado (empregador), não podem,

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

(...)

XIV – é assegurada a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

25 “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”

26 Por investigação, quer-se referir ao direito, por exemplo, que sindicatos possuem de se manter atualizados sobre as informações da empresa, seus concorrentes e seus consumidores, de modo a conhecerem, mediante trabalho de investigação leal, os planos estratégicos e operacionais da empresa para avaliar os impactos potenciais nos trabalhadores e no sindicato, algo bastante útil para o sucesso, ou não, de uma negociação coletiva (LAZES, Peter; SAVAGE, Jane. *New Unionism and the Workplace of the Future*. In: NISSEN, Bruce (ed.). *Unions and Workplace Reorganization*. Detroit: Wayne State University Press, p. 181-207, 1997, p. 188).

simplesmente, se abster de adotar medidas restritivas ou limitativas ao exercício da liberdade (de investigar e de receber informação), uma vez que devem facilitar o acesso a fontes de informação e, sobretudo, de proporcionar a informação que se deseja de forma célere e desimpedida²⁷.

No plano das relações coletivas de trabalho, o direito à informação, dada a sua conexão com os mecanismos de autotutela sindical, assume um caráter típico dos institutos de Direito Coletivo do Trabalho, ou seja, um caráter instrumental, de meio mediante o qual contam as organizações sindicais de trabalhadores para o exercício de suas missões constitucionais, entre as quais a de desenvolverem a negociação coletiva com boa-fé.

No seio da OIT, várias normas fazem referência ao direito de informação, em diferentes níveis. É o caso da Recomendação nº 129, de 1967, sobre as comunicações dentro da empresa²⁸.

No item 2, número 1, prevê-se que tanto os empregadores e suas organizações, como os trabalhadores e suas organizações, devem, em seu interesse comum, reconhecer a importância que tem um clima de compreensão e de confiança mútuas favoráveis tanto para a eficácia da empresa quanto para as aspirações dos trabalhadores. No item 2, número 2, prevê-se que, para a promoção do referido clima de compreensão e de confiança, deve haver a difusão e o intercâmbio rápidos de informações tão completas e objetivas quanto seja possível, sobre os diferentes aspectos da vida da empresa e das condições sociais dos trabalhadores. A direção da empresa, nesse

27 ZAPIRAIN, Héctor. *Derecho de Información y Negociación Colectiva*, pp. 26 e 27.

28 Antes da Recomendação nº 129, a OIT já havia versado o tema, de alguma forma, na Recomendação nº 94, de 1952, sobre a consulta e a colaboração entre empregadores e trabalhadores no âmbito da empresa, e na Recomendação nº 113, de 1960, sobre a consulta e a colaboração entre as autoridades públicas e as organizações de empregadores e trabalhadores nos setores da atividade econômica e no âmbito nacional. De maneira geral, essas Recomendações reduzem-se à estimulação e à promoção de uma colaboração entre as partes.

sentido, deve, nos termos do item 2, número 3, adotar as medidas apropriadas para aplicar uma política eficaz de comunicações com os trabalhadores e seus representantes.

No item 3 da Recomendação nº 129 de 1967, prevê-se que uma política eficaz de comunicações deve assegurar que sejam difundidas informações e que se efetuem consultas entre as partes interessadas, na exata medida em que a revelação das informações não cause prejuízos a nenhuma das partes, antes que a direção adote decisões sobre assuntos de maior interesse. No item 4, prevê-se que os métodos de comunicação não devem desconsiderar a liberdade sindical, não devem causar prejuízo aos representantes livremente eleitos dos trabalhadores, nem as suas organizações, e não devem limitar as atribuições dos organismos que, em conformidade com a legislação e as práticas nacionais, representem os trabalhadores.

No item 5, prevê-se que as organizações de empregadores e de trabalhadores devem proceder a consultas recíprocas e a intercâmbios de opiniões para examinar as medidas que devem ser adotadas com o fito de fomentar a aceitação e a aplicação efetiva de uma política de comunicações intraempresa.

No item 6, prevê-se que os Estados devem adotar medidas para oferecer, aos interessados, uma formação sobre a utilização de métodos de comunicação e para lhes oferecer, dentro do possível, dados necessários para a compreensão de todas as circunstâncias que devem ser objeto das comunicações intraempresa.

No item 7, prevê-se que, para estabelecer e para aplicar uma política de comunicações, a direção da empresa, as organizações de empregadores e de trabalhadores, os organismos representativos dos trabalhadores e, quando for apropriado em virtude das condições nacionais, as autoridades públicas, deverão se fundar nos pressupostos de que toda a política de comunicações deve se adaptar à natureza da empresa interessada, levando-se em conta a

sua importância e a composição dos interesses de seus empregados (item 8); toda a política de comunicações deve tratar de assegurar uma comunicação real e regular entre os representantes da direção (chefe da empresa, chefe do departamento, capataz, etc. (item 9, alínea “a”) e dos trabalhadores, entre o chefe da empresa, o diretor de pessoal e qualquer outro representante da alta direção e os representantes sindicais ou qualquer outra pessoa que, em virtude da legislação ou da prática nacional ou de contratos coletivos, esteja encarregada de representar os interesses dos trabalhadores dentro da empresa (item 9, alínea “b”).

No item 10, prevê-se que quando a direção deseje comunicar informações aos representantes dos trabalhadores, e esses estejam prontos a aceitá-las, as informações deverão ser postas à disposição mediante meios que as transmitam de forma rápida, e completa, aos trabalhadores interessados.

No item 11, prevê-se que, ao eleger o meio ou os meios de comunicação que considerem apropriados para o tipo de informação que se propõe a transmitir, a direção deverá levar em consideração a diferente natureza das funções dos supervisores e dos representantes de trabalhadores, a fim de não debilitar suas posições.

A eleição dos meios apropriados de comunicação e do momento de a efetuar deverão fundar-se no contexto das circunstâncias de cada situação particular tendo em conta a prática nacional (item 12).

O item 13 da Recomendação nº 129 de 1967 dispõe, ainda, que os meios de comunicação poderão apresentar as facetas de reuniões encaminhadas a permitir o intercâmbio de pontos de vista e de informações (letra “a”); de meios destinados a determinados grupos de trabalhadores, como boletins e manuais de política de pessoal (letra “b”); de meios de comunicação e de informação de grande difusão, como revistas e periódicos da empresa, circulares e folhetos de informação de grande aceitação, tabelas de avisos, informativos anuais e financeiros redigidos de maneira que possam

ser compreendidos por todos os trabalhadores, cartas ao pessoal, exposições, visitas à fábrica, filmes, rádio e televisão (letra “c”); e de meios destinados a permitir que os trabalhadores façam sugestões e expressem sua opinião sobre questões relativas ao funcionamento da empresa (letra “d”).

No item 14, prevê-se que as informações que devam ser comunicadas, bem como a sua apresentação, deverão determinar-se com o fito da mútua compreensão, em que se respeitem os problemas apresentados pela complexidade das atividades da empresa.

O item 15 dispõe que as informações que sejam disponibilizadas pela direção da empresa devem dirigir-se, segundo a sua natureza, aos representantes dos trabalhadores ou aos integrantes de pessoal, e devem compreender, na medida do possível, todas as questões de interesse dos trabalhadores que se refiram à marcha e às perspectivas futuras da empresa e à situação presente e futura dos trabalhadores, à medida que as informações sejam reveladas e não causem prejuízos às partes (número 1); e devem proporcionar informações sobre as condições gerais de emprego, incluídas a contratação, a transferência e à terminação da relação individual de trabalho (número 2, alínea “a”)²⁹, a descrição das tarefas dos diversos postos de trabalho e de sua correspondente posição na estrutura da empresa (número 2, alínea “b”), as possibilidades de formação profissional e perspectivas de ascensão na empresa (número 2, alínea “c”), as condições gerais de trabalho (número 2, alínea “d”), os regulamentos de segurança e higiene do trabalho e instruções sobre a prevenção de acidentes e enfermidades profissionais (número 2, alínea “e”), os procedimentos para o exame de reclamações, assim como as modalidades de seu

29 Os esquemas de representação de trabalhadores invariavelmente pressupõem a prestação de informações pela gerência da empresa (FREEMAN, Richard B.; ROGERS, Joel. *Who Speak for Us? Employee Representation in a Nonunion Labor Market*. In: KAUFMAN, Bruce E.; KLEINER, Morris M. (ed.). *Employee Representation: Alternatives and Future Directions*. Madison: Industrial Relations Research Association, p. 13-79, 1993, p. 50).

funcionamento e as condições de sua utilização (número 2, alínea “f”), os serviços de bem-estar para o pessoal (assistência médica, sanidade, restaurantes, alojamento, atividades de descontração, serviços financeiros e bancários) (número 2, alínea “g”), os diferentes sistemas de seguridade social ou de assistência social existentes na empresa (número 2, alínea “h”), a regulamentação dos regimes nacionais de seguridade social a que estejam sujeitos os trabalhadores por seu emprego na empresa (número 2, alínea “i”), a situação geral da empresa e perspectivas ou planos de desenvolvimento futuro (número 2, alínea “j”) ³⁰, a explicação das decisões que provavelmente tenham efeitos diretos ou indiretos sobre a situação dos trabalhadores na empresa (número 2, alínea “k”) e os métodos de consulta, discussão e cooperação entre a direção e seus representantes de uma parte e os trabalhadores e seus representantes de outra.

Ainda no item 15, no número 3, prevê-se que se se trata de questão que tenha sido objeto de negociações entre o empregador e seus trabalhadores ou seus representantes na empresa, ou de um convênio coletivo concluído a um nível que excede do marco da empresa, as informações transmitidas deverão conter uma referência expressa a tais negociações ou convênios coletivos.

De tudo, constata-se que, na Recomendação nº 129, de 1967, da OIT, um pouco mais engenhosa do que a Diretiva nº 2002/14/CE da União Europeia, o que não quer dizer que ambos os instrumentos não se completem, a informação é instrumental à negociação coletiva. Assim, é possível sustentar que a privação ilegal do direito

30 Com informações atinentes à organização econômica, financeira e jurídica da empresa; às atividades e estratégias de produção e de comercialização; à organização da produção e do trabalho; aos planos de inovação tecnológica e programas de reestruturação; à transferência da empresa, fusão, redução ou encerramento de um setor ou estabelecimento; e à política de pessoal (ZAPIRAIN, Héctor. *Derecho de Información y Negociación Colectiva*, p. 131).

de informação impedirá, para os trabalhadores, para além dos muros da empresa, o desenvolvimento da negociação coletiva de forma coerente com a realidade³¹.

Reconhece-se, assim, ao direito de informação, um suporte imprescindível para a atividade sindical (ou em outros países que admitem a negociação coletiva sendo conduzida por organismos não sindicais), especialmente para a negociação coletiva. Nessa perspectiva, tem-se o caso da Convenção nº 154, de 1981, sobre a negociação coletiva, da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992, e que, muito embora não possua previsão expressa quanto à comunicação de informações aos trabalhadores, faz deduzir, por sua importância, que a obrigação de prestar informações se encontra reconhecida de forma implícita quando do trato da negociação coletiva.

A Recomendação nº 163, de 1981, sobre a negociação coletiva, complementar à Convenção nº 154 da OIT, já é um pouco mais explícita. Prevê que, caso seja necessário, os Estados deverão adotar medidas adequadas para que as partes possam dispor de informações necessárias para poder negociar com conhecimento de causa, com o que os empregadores, públicos e privados, bem como as autoridades públicas, devem proporcionar, diante de pedido das organizações de trabalhadores, as informações necessárias para o processo de negociação coletiva com conhecimento de causa.

No Brasil, que vivencia um modelo de desprestígio à negociação coletiva, diante do sistema da unicidade, da representação por categorias, de contribuição sindical obrigatória e de um ainda latente poder normativo da Justiça do Trabalho, o dever de informação, assim considerado para o lado dos empregadores, poderia impulsionar a prática da negociação coletiva mediante a imposição de obrigação, pela via judicial, eventualmente, a que a empresa revele

31 SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. *Los Efectos Patrimoniales Derivados de la Conducta Antisindical del Empresario*. Albacete: Bomarzo, 2004, p. 42.

as informações necessárias para a negociação da participação nos lucros e/ou resultados da empresa³² nos moldes do artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 10.101/2000, quando a prática desleal da empresa não segue a principiologia própria da boa-fé objetiva.

Com fundamento no princípio da liberdade sindical, o direito à informação relaciona-se, portanto, a um dever jurídico do empregador em prestar informações, que tem caráter positivo e de prestação contínua³³, sempre, nos meandros de um constante diálogo social, que a informação for exigida para o trato de determinada questão, assim como um dever de tutela por parte do Estado. Fundado na liberdade sindical, o direito à informação encampa, por tudo, uma faculdade de informação ativa por parte dos trabalhadores ou de seus organismos de representação, que compreende a liberdade de investigação e acesso às fontes, bem como a liberdade de comunicar e difundir as informações. Também encampa uma faculdade de informação passiva, que é a de os trabalhadores e suas representações receberem informações do empregador³⁴.

O trato da informação como objeto do direito, e, particularmente, do Direito do Trabalho, é revelador quanto à sua imprescindibilidade porque, ao se focar a missão de a informação servir como um ou como o primeiro grau possível para que se possa imaginar um sistema de efetivação concreta do direito à negociação coletiva embasada em boa-fé, enfrenta-se a realidade da absoluta falta de trato normativo que tal importantíssimo direito possui em países como o Brasil.

32 ALMEIDA, Renato Rua de. Negociação Coletiva e Boa-Fé Objetiva. *Revista LTr Legislação do Trabalho (Revista LTr 74-04)*. São Paulo: LTr, vol. 74, nº 4, abril: 393-396, 2010, p. 395.

33 GARRIDO PÉREZ, Eva. *La Información en la Empresa*, p. 152. Sem envolver o direito à informação em uma relação de direitos e deveres, sustenta-se, com a mesma finalidade, que o direito à informação é um direito de “dupla direção”. Uma, ascendente (a faculdade em se obter a informação) e, outra, descendente (a faculdade de informar). Unidas ambas as direções, criam-se instrumentos de democracia industrial e de expressão da cidadania na empresa (GARCÍA ARCE, María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción Social en la Empresa, Madrid: Trotta, 2004, p. 81*).

34 *Idem, ibidem, p. 84*.

4. O sistema das práticas desleais e o tratamento de seu combate: um primeiro rascunho de uma resposta brasileira

Foi-se o tempo em que o sindicalismo, nos territórios nacionais, era forte, presente e respeitado nas sociedades industriais entre os anos de 1945 e 1970. A filiação sindical se manteve estável somente nos países onde os sindicatos, de algum modo, foram integrados como parceiros sociais na administração estatal (como na Bélgica e nos países escandinavos) ou foram convidados a participar do processo decisório empresarial (o exemplo mais paradigmático é o alemão, quer na negociação coletiva, quer na cogestão), o que não significa que não se tenha identificado diminuição das filiações sindicais.

De toda a sorte, os sindicatos, atualmente, estão sob ataque, tendo, a reboque, atacada a prerrogativa à negociação coletiva embasada em boa-fé e com garantia de acesso à informação.

As explicações para esse fenômeno são atribuídas às crescentes oposições patronais, à inadequação das leis e das instituições nacionais para frear o ânimo reprodutor do capital em escala transnacional e, principalmente, à inadequação do sindicato em se adaptar e em responder a tais ataques³⁵, o que se dá em escala internacional.

O enfraquecimento sindical impulsionou a verificação de crescentes práticas antissindicais de origem patronal e, já no âmbito das relações coletivas de trabalho, das denominadas práticas desleais³⁶.

35 GORDON, Michael E.; TURNER, Lowell. Going Global. In: GORDON, Michael E.; TURNER, Lowell (ed.). *Transnational Cooperation among Labor Unions*. Ithaca: Cornell University Press, p. 3-25, 2000, pp. 5 e 9.

36 Para o exame das práticas desleais, ver KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das Práticas Anti-Sindicais às Práticas Anti-Representativas: Sistemas de Combate e a Tutela de Representações Coletivas de Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2005, pp. 277 a 294, *passim*; e KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *O Combate às Práticas Desleais: Uma Perspectiva Comparada das Relações Coletivas de Trabalho*. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, nº 135, julho-setembro, p. 112-165, 2009, *passim*.

No artigo 1º da Convenção nº 98 da OIT de 1949 (ratificada pelo Brasil em 1952 e com vigência a partir de 18 de novembro de 1953) e destinada à tutela do direito de sindicalização e de negociação coletiva, encontra-se o trato principiológico do combate às práticas antissindicais, quer para o âmbito individual, quer para o âmbito coletivo. No combate às práticas antissindicais, inclui-se, em um primeiro momento, o sistema de foro sindical, mais direcionado, no sistema restrito brasileiro, à tutela de dirigentes sindicais (por meio da estabilidade e da inamovibilidade de lugar e de função) e ao exercício de suas competências e respeito às suas prerrogativas, mas que, em um sistema de foro sindical amplo, poderia ser estendido a qualquer militante sindical quando do exercício de sua liberdade sindical individual positiva e negativa. Em um segundo momento, encontrar-se-ia o sistema de práticas desleais para o combate às práticas antissindicais coletivamente consideradas, mais direcionadas – não à tutela da liberdade sindical individual como se daria na hipótese do foro sindical –, mas, isso sim, à tutela da liberdade sindical coletiva, afeta às várias possibilidades de atuação sindical na negociação coletiva, na greve e nos demais conflitos coletivos de trabalho³⁷.

37 Segundo Arturo S. Bronstein, com “*pocas excepciones, siendo las más notorias México y el Uruguay, la legislación latinoamericana ampara de una manera específica a los dirigentes sindicales, y as veces también a otros delegados o representantes de los trabajadores. Esta protección es conocida bajo el nombre de ‘fuero sindical’, denominación que es equívoca pues el tal ‘fuero’ no ofrece ninguna inmunidad en el sentido jurídico del término, ni tampoco confiere a sus beneficiarios el derecho a ser ‘desaforados’, ni menos aún juzgados por un tribunal o un órgano especial constituido por sus pares. En realidad, como lo precisan varias legislaciones, el supuesto ‘fuero’ es tan sólo una garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa, la cual debe ser previamente calificada por una autoridad judicial o administrativa. En ningún caso confiere una protección absoluta, pues no es oponible a una causal de despido justificado por una falta grave del trabajador, ni tampoco a una terminación por fin de contrato, cuando el contrato de trabajo ha sido concluido por una duración determinada o por obra o servicios determinados*” (Protección de la Libertad Sindical. In: ERMIDA URIARTE, Oscar; OJEDA AVILES, Antonio (coord.). *El Derecho Sindical en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 87-109, 1995, p. 98).

Quando as práticas antissindicais se destinam a ferir ou a dificultar o exercício da liberdade sindical coletiva (e não mais, tão somente, a faceta individual), o combate à antissindicalidade adota o sistema do regramento das *práticas desleais*, que, em suma, se referem (i) às condutas patronais exemplificadas em certos atos de ingerência nas organizações de trabalhadores, referendados por condutas do tipo das *company unions* ou “fantasmas sindicais”; (ii) à obstrução do exercício dos direitos sindicais pelas organizações de trabalhadores; e, frise-se por importante, (iii) à recusa à negociação coletiva³⁸, tanto por empregadores, quanto por trabalhadores, ou seja, de forma bilateral.

Originárias, as práticas desleais, das relações coletivas de trabalho norte-americanas, foram elas, primeiramente, tratadas pela *National Labor Relations Act* (NLRA) de 5 de julho de 1935, a chamada *Wagner Act* e que, verdadeiramente, na linha das primeiras legislações³⁹ que versaram a liberdade sindical nos Estados Unidos

38 SILVA, Otavio Pinto e. *A Contratação Coletiva como Fonte do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 100.

39 Como a *Sherman Act* ou lei antitruste de 1890, que proibiu a formação de coalizões que obstaculizassem a liberdade de comércio, entre as quais se incluíam as associações de trabalhadores; a *Clayton Act* de 1914, que excluiu os sindicatos que atuavam licitamente de suas determinações e proibições; a *Norris-LaGuardia Anti-Injunction Act* de 1932, que permitiu uma maior independência aos trabalhadores para negociar coletivamente, para eleger livremente seus representantes e para se associarem, sem pressões, à entidade sindical de sua preferência, além de ter exterminado a prática judiciária, por via dos *injunctions*, de perseguição a sindicatos; e a Lei Nacional de Recuperação Industrial (NIRA) de 1933, que, reiterando as disposições das leis anteriores, mormente a da *National Railway Labor Act* de 1926, serviu de ponte à edição da *Wagner Act* de 1935 (BOF, Jorge A. *Acciones Tutelares de la Libertad Sindical: Querella por Práctica Desleal. Acción de Amparo Sindical. Trámite de Exclusión de Tutela. Acción de Reinstalación. Facultades de la Autoridad Administrativa*. Buenos Aires: La Rocca, 1991, pp. 55-56; MARSHALL, F. Ray; RUNGELING, Brian. *O Papel dos Sindicatos na Economia Norte-Americana. Tradução Elcio Gomes de Cerqueira*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1976, pp. 58, 59, 63, 88, 101, 102 e 103; e RAMOS, Sergio Motejunas. *O Sindicalismo Norte-Americano*. In: FREITAS JR, Antonio Rodrigues; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (coord.); CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Passos (org.). *Direito Coletivo do Trabalho em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 89-126, 2009, pp. 90-98).

da América (EUA), afirmou a liberdade sindical e a negociação coletiva como direitos coletivos, (i) instituindo a representação oficial dos trabalhadores pelos sindicatos e, enfim, (ii) introduzindo o conceito das práticas desleais (*unfair labor practices*) por parte dos empregadores, além de ter (iii) criado o *National Labor Relations Board* (NLRB) como organismo administrativo competente a reconhecer as associações sindicais e controlar a observância das disposições da NLRA, inclusive mediante a atribuição de qualificar como prática desleal qualquer atitude que pudesse inviabilizar os desígnios da legislação.

O contexto jurídico das relações coletivas de trabalho norte-americanas foi completado, posteriormente, quando a NLRA foi emendada pela *Labor-Management Relations Act* (LMRA) de 1947, conhecida como a *Taft-Hartley Act*⁴⁰.

A *Taft-Hartley Act* bilateralizou as condutas tidas por “desleais” por parte dos empregadores e previu as condutas exercidas pelas organizações de trabalhadores em prejuízo dos mesmos trabalhadores e, também, pela primeira vez, em prejuízo dos empregadores⁴¹.

40 Em referência aos senadores norte-americanos *Robert Taft* e *Fred Hartley*.

41 Um dos produtos do malogrado Fórum Nacional do Trabalho (FNT), o Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais (ALRS), a exemplo da legislação, por exemplo, colombiana e chilena, pela primeira vez no histórico legislativo brasileiro propugnou, expressamente, um sistema de práticas desleais do tipo bilateral. O debate doutrinário em torno do sistema, de maneira geral, de combate às práticas antissindicais é ainda muito tímido no Brasil considerando, nesse aspecto, a relevância do tema e do que se propunha no ALRS. No entanto e nessa temática, o tema aflorou muito recentemente. Para tanto, ver CASTAN, Vitor Manoel. *Abuso do Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2008, pp. 131-138; FIORAVANTE, Tamira Maira. *Sindicato, Educação e Liberdade*. São Paulo: LTr, 2008, pp. 47-50; FREIRE, Lucas Alves; SILVA, Wellington Rodrigo Batista da. *As Práticas Anti-Sindicais e sua Repressão no Direito Brasileiro*. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.). *A Reforma Sindical: No Âmbito da Nova Competência Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 265-274, 2005; KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das Práticas Anti-Sindicais às Práticas Anti-Representativas*, pp. 117 a 330, *passim*; OLIVEIRA, Florença Dumont. *Ação de Prevenção e Repressão à Conduta Anti-Sindical*. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.). *A Reforma Sindical: No Âmbito da Nova Competência Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 215-223, 2005, *passim*; SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho: nos Estados Unidos da América, na União Européia, no Mercosul e a Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 247-255; e, mais recentemente, MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 406-409.

Além disso, previu as condutas dos empregadores em prejuízo dos empregados, entre as quais se poderia arrolar o uso da violência, a intimidação pela pressão econômica tendente a obrigar o empregado a eleger o sindicato como seu representante ou pela concessão de benefícios para o ingresso no sindicato, a contratação da cláusula sindical da *union shop* (mediante a qual todos os empregados de uma determinada unidade de negociação precisam se tornar filiados ao sindicato, mesmo que, antes da contratação, o trabalhador não tenha sido sindicalizado e o empregador o tenha admitido sem lhe impor qualquer tipo de discriminação nesse sentido) e a recusa em negociar, *o que envolve a abusividade da negociação sem a boa-fé*, como é a hipótese do empregador não proporcionar informação suficiente ao sindicato *pro negotiatione*⁴², ou, em outras palavras, sem a garantia de acesso à informação ou sem direito à informação no rito da negociação coletiva.

Nessas circunstâncias, as práticas desleais podem ser consideradas como todas aquelas condutas que desconhecem, obstaculizam ou impedem o exercício da liberdade sindical coletiva, atacando a liberdade associativa ou coletiva e lesionando o interesse coletivo de determinada categoria mediante a afronta à ética nas relações coletivas de trabalho, como aquela que se efetiva com uma negociação coletiva embasada em boa-fé.

O Brasil se aproximou, e depois se distanciou, no trato das práticas desleais para a tentativa de coibir a conduta de se empreender uma negociação coletiva sem a boa-fé e sem o intrínseco direito à informação.

Afora a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 369/2005, um dos resultados empreendidos pelo Fórum Nacional

42 VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. *Antisindicalidad y Relaciones de Trabajo (Un Estudio de la Conducta Antisindical en la Empresa)*. Madrid: Civitas, 1994, p. 327.

do Trabalho (FNT) do primeiro governo “Lula” foi a formatação de um extenso *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* (ALRS) que pretendeu instituir as reformas mais interessantes e contundentes previstas no ordenamento jurídico para o novo modelo de organização sindical, de negociação coletiva e de solução dos conflitos coletivos de trabalho⁴³.

De uma forma não tão organizada sob o ponto de vista da técnica legislativa, mas, ainda assim, desenvolvendo excelentes critérios de delimitação das práticas antissindicais, o modelo adotado pelo ALRS precisaria ser, a despeito das críticas que ainda poderá ensejar, louvado.

Subscrevendo a forma intermediária e híbrida entre a generalidade e a especificidade, mediante o qual se enuncia, em primeiro lugar, um princípio geral da proteção contra os atos discriminatórios, seguido de uma enumeração, em dez incisos, não exaustiva dos principais atos proibidos, o ALRS, para o tema deste estudo, dispõe, em seu artigo 175, que, sem prejuízo de outras hipóteses previstas em lei, configura conduta antissindical todo e qualquer ato do empregador que tenha por objetivo impedir ou limitar a liberdade ou a atividade sindical, tais como a violação do dever de boa-fé na negociação coletiva (inciso X), o que, nesse último caso, constitui situação repetida na previsão do § 2º do artigo 99 do Anteprojeto, segundo o qual a violação ao dever/princípio de boa-fé equipara-se à conduta antissindical ou, em outros termos, a prática desleal.

O Anteprojeto prosseguiu tratando do combate às chamadas práticas desleais, espécie de práticas antissindicais, para o temário relacionado à defesa da negociação coletiva com boa-fé, no § 1º do artigo 103, segundo o qual a recusa reiterada à negociação coletiva

43 Em destaque às “alterações paradigmáticas” do novo modelo sindical sugerido, ver RAMOS FILHO, Wilson. O Fórum Nacional do Trabalho e o Sistema Sindical Brasileiro: Algumas Críticas sobre o Modelo de Soluções de Conflitos Coletivos. In: MACHADO, Sidnei; e GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Reforma Trabalhista e Sindical: O Direito do Trabalho em Perspectivas. Homenagem a Edésio Franco Passos*. São Paulo: LTr, p. 263-316, 2005, pp. 265-267.

caracteriza conduta antissindical e sujeita as entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores à perda da personalidade jurídica sindical; e no artigo 177, segundo o qual são vedadas, à entidade sindical de trabalhadores, violar o dever de boa-fé na negociação coletiva (inciso III), de resto já destacada na previsão do inciso X do artigo 175 e no § 2º do artigo 99 do Anteprojeto.

Em que pese o longo caminho que ainda se tem que travar, até porque jamais o ALRS tramitou oficialmente no Congresso Nacional, ou mesmo na Casa Civil da Presidência da República para o mote de torná-lo imperativo, o ALRS pode ser considerado inserido nos primeiros passos em prol de um mecanismo razoável e, até o momento, louvável, de tutela da liberdade sindical individual e coletiva, quando permitiu, no Capítulo III (“Da Ação de Prevenção e Repressão à Conduta Anti-Sindical”), do Título VII (“Da Tutela Jurisdicional”), que, quando houver um comportamento antissindical, haverá previsão de reversão judicial da atitude lesiva mediante um procedimento ágil e simplificado, uma vez que, no artigo 173, sempre que o empregador (o mesmo valendo para o trabalhador e suas organizações sindicais) comportar-se de maneira a impedir ou limitar a liberdade e a atividade sindical (como para impedir ou obstruir a negociação coletiva ou como para ensejá-la sem boa-fé e sem o direito à informação), o juiz do trabalho, em decisão imediatamente executiva poderá ordenar a cessação do comportamento ilegítimo e a eliminação de seus efeitos. Ademais, o ALRS prevê que possuem legitimidade concorrente para o ajuizamento da denominada ação de prevenção e/ou repressão à conduta antissindical a entidade sindical e o trabalhador diretamente lesionado (artigo 174).

Como não há perspectiva, em médio prazo, para o desenvolvimento dos aspectos positivos do ALRS, o modelo de negociação coletiva brasileiro continuará, em verdadeiro absurdo, permitindo que os sindicatos entrem em negociação sem informações⁴⁴ e, portanto, sem boa-fé e sem direito à informação,

44 INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Globalizar Direitos: Sindicatos e Relações Trabalhistas no Brasil, na Holanda e na Alemanha*. Florianópolis: IOS, s/a, p. 23.

conseguidas por outras vias (eventualmente até de forma voluntária pelas representações econômicas, quando a categoria compraz empresas sérias), mas não pela via da garantia normativa impositiva da caracterização de prática desleal quando verificada a negociação coletiva sem a boa-fé e sem o direito à informação.

5. O anteprojeto de lei do acordo coletivo com propósito específico: um segundo rascunho de resposta brasileira

Digna de nota é a proposta, formulada no Brasil e capitaneada pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, contida no anteprojeto de lei para a implantação de um novo instrumento coletivo de trabalho, dotado de características próprias, intitulado de “acordo coletivo de trabalho com propósito específico” ou, simplesmente, “acordo coletivo especial”.

A despeito das injustas críticas que a imprensa e certos setores do sindicalismo brasileiro desferiram contra o projeto (quicá por desconhecimento; quicá por medo de tudo o quanto imponha, aos sindicatos, as suas responsabilidades; quicá por medo de enfrentar o novo em razão do velho sistema comodista e paternalista; quicá por teimosia ignorante ou por ignorância teimosa) por conta da sugestão, contida nos artigos 2º, inciso II; e 6º⁴⁵, de adequação setorial negociada de condições de trabalho, o que mereceria um

45 “Art. 2º. Para os fins desta Lei considera-se:

I - (...)

II - Acordo Coletivo de Trabalho com Propósito Específico, o instrumento normativo por meio do qual o sindicato profissional, habilitado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e uma empresa do correspondente setor econômico, estipulam condições específicas de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa e às suas respectivas relações de trabalho;

(...)

Art. 6º. As partes signatárias do Acordo Coletivo de Trabalho com Propósito Específico deverão consignar no instrumento normativo as razões que justificam a adequação nas relações individuais e coletivas de trabalho e na aplicação da legislação trabalhista.”

outro espaço para a discussão, o fato importante a revelar é o avanço consignado na exigência de que a conduta de boa-fé é explicitamente tida como um princípio da prática sindical e da negociação coletiva (artigo 2º, inciso VI).

O Anteprojeto que institui o chamado acordo coletivo de trabalho com propósito específico, ademais, pela via do garantismo normativo, nesses tempos ainda necessário para a garantia de observância da lei e da eticidade nas relações jurídicas, mormente nas de índole coletiva, previu, em seu artigo 3º, que constitui conduta de boa-fé, e para a negociação coletiva, (i) a participação em negociações coletivas quando requeridas por ofício (inciso I); (ii) a formulação, a resposta, a propositura e a elaboração de contrapropostas que visem à promoção do diálogo e da negociação entre o sindicato profissional e a empresa (inciso II); (iii) a prestação de informações, definidas de comum acordo, no prazo e com o detalhamento necessário ao exercício da negociação coletiva (inciso III); (iv) a preservação do sigilo das informações recebidas quando houver expressa advertência quanto ao seu caráter confidencial (inciso IV); e (v) a obtenção de aprovação dos trabalhadores para a celebração do convênio coletivo de trabalho (inciso V). O § 1º do artigo 3º do Anteprojeto, alinhado à eticidade, ainda destaca que o dever de participar de negociações coletivas não obriga a empresa ou o sindicato profissional a celebrarem acordos coletivos; enquanto que o § 2º do artigo 3º do Anteprojeto destaca que a recusa à celebração de acordos coletivos não pode caracterizar, por si só, a recusa à negociação coletiva.

A falta de boa-fé nas negociações coletivas é tão simples de ser verificada no mundo dos fatos que o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC sentiu a necessidade de explicar, normativamente, o que viriam a ser condutas de boa-fé. Muito embora a eticidade, que surge

naturalmente das cláusulas gerais de direito previstas nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, devesse ser naturalmente sentida, o garantismo do Anteprojeto realça a fraqueza do ordenamento jurídico na fixação de um cenário jurídico onde se possa vivenciar a experiência concreta de negociações coletivas embasadas em boa-fé e com garantia de efetividade ao direito à informação, a tal ponto de o Anteprojeto ter tornado, como suas, várias das qualificações que, ao direito à informação, são conferidas pela Diretiva 2002/14/CE da União Europeia e pela Recomendação nº 129, de 1967, da OIT.

É certo que o anteprojeto ainda se fecha ao mundo sindical a partir das modernas experiências dos metalúrgicos do ABC, mas, em matéria de representação de trabalhadores, ilustra um enorme avanço para um sistema, como o brasileiro, que não oferece garantia concreta de que as negociações coletivas se efetivem com boa-fé e com direito à informação⁴⁶, a não ser pela via genérica das cláusulas gerais de direito e dos princípios gerais de direito tão facilmente deturpados aqui e ali, mormente quando o dever anexo do acesso à informação praticamente só é regrado em normas constitucionais de perfil programático e abstrato.

O avanço normativo que, para preencher essa lacuna, o Anteprojeto apresentava, infelizmente, sumiu do noticiário a partir do final do ano de 2012, depois que o documento foi entregue, em 2011, oficialmente e pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, à Casa Civil da Presidência da República para debates com a sociedade.

46 A respeito do acordo coletivo com propósito específico e suas benéficas, úteis e importantes sugestões, ver MEIRELLES, Davi Furtado. *Em Defesa do Acordo Coletivo com Propósito Específico*. *Revista de Direito do Trabalho ("RDT")*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 39, nº 150, março-abril: 129-147, 2013, pp. 133-135; e SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Acordo Coletivo com Propósito Específico*. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). *CLT 70 Anos de Consolidação: Uma Reflexão Social, Econômica e Jurídica*. São Paulo: Atlas, p. 205-216, 2013, pp. 212-214.

6. Algumas conclusões

Com o ALRS formatado no FNT, após os lineamentos acima expostos, bem como com as provocações do Anteprojeto do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, o Brasil, sem dúvida alguma e em matéria de combate às práticas desleais, quando verificadas negociações coletivas sem boa-fé e sem o direito à informação, e em matéria de caracterização normativa de condutas envolvidas na ideia de eticidade nas relações coletivas de trabalho, daria um enorme salto em direção à modernidade de sua legislação de tutela dos variados aspectos da liberdade sindical e em direção à civilidade no trato das relações coletivas de trabalho.

No entanto, quando, por circunstâncias alheias ao querer jurídico, a PEC nº 369/2005 deixou de tramitar no Congresso Nacional, relegada que foi para um outro momento, mais propício (?), na história futura da República Federativa do Brasil, eliminando o contexto no qual o ALRS poderia tramitar no Poder Legislativo; e quando o Brasil deixou de dar destaque à importância do que o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC propôs para a construção do acordo coletivo com propósito específico, o Brasil, inexoravelmente, parece sempre tender à estaca zero de seu rotineiro e constrangedor papel de prever abstratamente grandes realizações normativas, sem que grandes esperanças possam, efetivamente, se concretizar a partir do chão de fábrica, em prol de um ambiente jurídico propício que garanta a realização de negociações coletivas de trabalho embasadas em boa-fé e com direito à informação.

Propostas existem para sanar esse vazio, tal como ilustrativamente demonstradas no ALRS e no Anteprojeto do Sindicato dos Metalúrgicos, mas interesses outros, em matéria coletiva, sempre aparecem para manter o *status quo* do artificialismo da estrutura

sindical brasileira e, por consequência, do fracasso e da inércia na condução das políticas públicas de incentivo e de verdadeira promoção da negociação coletiva, com garantias à realização da eticidade nas relações coletivas e com o alinhamento nacional aos avanços que países mais avançados já conseguiram na tutela ao imprescindível, mas por vezes esquecido, direito à informação, considerando que, sem garantias ao direito à informação, não há boa-fé objetiva e, sem boa-fé, não há negociação coletiva eivada de eticidade.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Renato Rua de. Negociação Coletiva e Boa-Fé Objetiva. *Revista LTr Legislação do Trabalho (Revista LTr 74-04)*. São Paulo: LTr, vol. 74, nº 4, abril: 393-396, 2010.
- ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; e ANDRIGHI, Vera. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). ***Comentários ao Novo Código Civil: Das Várias Espécies de Contratos; Do Empréstimo; Da Prestação de Serviço; Da Empreitada; Do Depósito. Arts. 579 a 652***. Rio de Janeiro: Forense, Volume IX, 2008.
- AROUCA, José Carlos. *Curso Básico de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2006.
- BARNARD, Catherine. Worker Representation in the U.K. In: BLANPAIN, Roger; OUCHI, Shinya; ARAKI, Takashi (ed.). *Decentralizing Industrial Relations and the Role of Labour Unions and Employee Representatives*. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 83-101, 2007.
- BELTRAN, Ari Possidonio. *Os Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho: Globalização e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 1998.
- BOF, Jorge A. *Acciones Tutelares de la Libertad Sindical: Querella por Práctica Desleal. Acción de Amparo Sindical. Trámite de Exclusión de Tutela. Acción de Reinstalación. Facultades de la Autoridad Administrativa*. Buenos Aires: La Rocca, 1991.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito Sindical: Análise do Modelo Brasileiro de Relações Coletivas de Trabalho à Luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT – Proposta de Inserção da Comissão de Empresa*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

- BRONSTEIN, Arturo S. Protección de la Libertad Sindical. In: ERMIDA URIARTE, Oscar; OJEDA AVILÉS, Antonio (coord.). *El Derecho Sindical en America Latina*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, p. 87-109, 1995
- CASTAN, Vitor Manoel. *Abuso do Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2008.
- CRUZ, Claudia Ferreira. A Boa-Fé Objetiva e os Deveres Anexos. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); OLMOS, Cristina Paranhos (org.). *Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho. Volume II*. São Paulo: LTr, p. 20-38, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. Primera Lectura de la Ley 17.940 de Protección de la Actividad Sindical. *Derecho Laboral. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, tomo XLIX, nº 221*, enero-marzo: 237-259, 2006.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén. *La Participación de los Trabajadores en el Derecho Social Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- FIORAVANTE, Tamira Maira. *Sindicato, Educação e Liberdade*. São Paulo: LTr, 2008.
- FREEMAN, Richard B.; ROGERS, Joel. Who Speak for Us? Employee Representation in a Nonunion Labor Market. In: KAUFMAN, Bruce E.; KLEINER, Morris M. (ed.). **Employee Representation: Alternatives and Future Directions**. Madison: Industrial Relations Research Association, p. 13-79, 1993.
- FREIRE, Lucas Alves; SILVA, Wellington Rodrigo Batista da. *As Práticas Anti-Sindicais e sua Repressão no Direito Brasileiro*. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.). *A Reforma Sindical: No Âmbito da Nova Competência Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 265-274, 2005.

- GARCÍA ARCE, María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción Social en la Empresa*, Madrid: Trotta, 2004.
- GARRIDO PÉREZ. *La Información en la Empresa: Análisis Jurídico de los Poderes de Información de los Representantes de los Trabajadores*. Madrid: Consejo Económico y Social (CES), 1995.
- GORDON, Michael E.; TURNER, Lowell. Going Global. In: GORDON, Michael E.; TURNER, Lowell (ed.). *Transnational Cooperation among Labor Unions*. Ithaca: Cornell University Press, p. 3-25, 2000.
- HECKSCHER, Charles B. *The New Unionism: Employee Involvement in the Changing Corporation*. Ithaca: Cornell University Press, 1996.
- HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Globalizar Direitos: Sindicatos e Relações Trabalhistas no Brasil, na Holanda e na Alemanha*. Florianópolis: IOS, s/a.
- JOÃO ABRANTES, José. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das Práticas Anti-Sindicais às Práticas Anti-Representativas: Sistemas de Combate e a Tutela de Representações Coletivas de Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. O Combate às Práticas Desleais: Uma Perspectiva Comparada das Relações Coletivas de Trabalho. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 35, nº 135, julho-setembro, p. 112-165, 2009.

- LAZES, Peter; SAVAGE, Jane. *New Unionism and the Workplace of the Future*. In: NISSEN, Bruce (ed.). *Unions and Workplace Reorganization*. Detroit: Wayne State University Press, p. 181-207, 1997.
- LEBRE, Eduardo. *Direito Coletivo do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MAISTRO JR., Gilberto Carlos. *O Princípio da Boa-Fé Objetiva na Negociação Coletiva*. São Paulo: LTr, 2012.
- MARCOS-SÁNCHEZ, José. *Negociación Colectiva y Código de Conducta: Diagnóstico y Propuestas para los Sindicatos de Nestlé en América Latina*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2000.
- MARSHALL, F. Ray; RUNGELING, Brian. *O Papel dos Sindicatos na Economia Norte-Americana*. Tradução Elcio Gomes de Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1976.
- MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Arts. 304 a 388*. Rio de Janeiro: Forense, Volume V, Tomo I, 2003.
- MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação Coletiva no Local de Trabalho: A Experiência dos Metalúrgicos do ABC*. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. *Em Defesa do Acordo Coletivo com Propósito Específico*. *Revista de Direito do Trabalho ("RDT")*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, nº 150, março-abril: 129-147, 2013.
- OLIVEIRA, Florença Dumont. *Ação de Prevenção e Repressão à Conduta Anti-Sindical*. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.). *A Reforma Sindical: No Âmbito da Nova Competência Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 215-223, 2005.

- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002.
- PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011.
- RAMOS, Sergio Motejunas. *O Sindicalismo Norte-Americano*. In: FREITAS JR, Antonio Rodrigues; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (coord.); CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Passos (org.). *Direito Coletivo do Trabalho em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 89-126, 2009.
- RAMOS FILHO, Wilson. *O Fórum Nacional do Trabalho e o Sistema Sindical Brasileiro: Algumas Críticas sobre o Modelo de Soluções de Conflitos Coletivos*. In: MACHADO, Sidnei; e GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Reforma Trabalhista e Sindical: O Direito do Trabalho em Perspectivas*. Homenagem a Edésio Franco Passos. São Paulo: LTr, p. 263-316, 2005.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos Humanos na Negociação Coletiva: Teoria e Prática Jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004.
- _____. *Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho: nos Estados Unidos da América, na União Européia, no Mercosul e a Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. *Los Efectos Patrimoniales Derivados de la Conducta Antisindical del Empresario*. Albacete: Bomarzo, 2004.
- SERVAIS, Jean-Michel. *Globalização, Competência Econômica e Solidariedade: Um Papel Renovado para os Sindicatos*. *Revista LTr Legislação do Trabalho (Revista LTr 68-06)*. São Paulo: LTr, vol. 68, nº 6, junho: 674-684, 2004.

SILVA, Otavio Pinto e. *A Contratação Coletiva como Fonte do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Acordo Coletivo com Propósito Específico*. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). *CLT 70 Anos de Consolidação: Uma Reflexão Social, Econômica e Jurídica*. São Paulo: Atlas, p. 205-216, 2013.

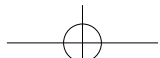
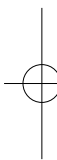
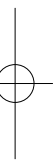
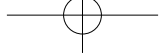
SPIWAK LEW, Patricia. *Uso del Correo Electrónico de la Empresa para Fines Sindicales. Derecho Laboral*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, tomo XLIX, nº 221, enero-marzo: 141-168, 2006.

SUPIOT, Alain; EMILIA CASAS, María; DE MUNCK, Jean; HANAU, Peter; JOHANSSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; VAN DER HEIJDEN, Paul. *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. *Antisindicalidad y Relaciones de Trabajo (Un Estudio de la Conducta Antisindical en la Empresa)*. Madrid: Civitas, 1994.

VERMA, Anil; CUTCHER-GERSHENFELD, Joel. *Joint Governance in the Workplace: Beyond Union-Management Cooperation and Worker Participation*. In: KAUFMAN, Bruce E.; KLEINER, Morris M. (ed.). *Employee Representation: Alternatives and Future Decisions*. Madison: Industrial Relations Research Association, p. 197-234, 1993.

ZAPIRAIN, Héctor. *Derecho de Información y Negociación Colectiva*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.



DESAPOSENTAÇÃO

Adauto Correa Martins ()*

Desaposentação é tema judicial complexo de extrema atualidade e interesse de toda sociedade, em especial do INSS e de milhões de pessoas que continuaram ou voltaram ao trabalho depois de aposentadas, encontrando-se sob o crivo do Pleno do Supremo Tribunal Federal que lhe atribuiu os efeitos de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 661.256. Evidentemente, o que decidir o Pleno do STF será estendido aos processos em curso e servirá como norte para todos os envolvidos.

Nosso objetivo nessa palestra é apenas o de traçar os contornos jurídicos do tema para permitir sua melhor compreensão e o de levantar alguns aspectos que possam contribuir para uma discussão mais ampla da questão.

Definição

Começemos pela definição dada pelo professor **FÁBIO ZAMBITTE**, no sentido de que a desaposentação é “*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário*” (*Curso de Direito Previdenciário, 16ª Edição, 2011, Ed. Impetus, pg. 701*).

(*) Advogado. Membro Efetivo do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

Por ela se vê que o propósito da desaposentação é permitir que o aposentado troque de aposentadoria, deixando de receber a que lhe está sendo paga para que possa receber uma outra, nova, de valor maior.

Origem da Discussão

As discussões judiciais sobre a desaposentação foram iniciadas por aposentados pelo INSS e que depois de aposentados prestaram concurso e ingressaram no serviço público, passando a ter expectativa de recebimento de uma nova aposentadoria estatutária, cujo valor seria muito maior do que o da aposentadoria que recebiam. Como havia proibição legal de contagem do mesmo tempo de contribuição em mais de um sistema, os servidores sustentaram judicialmente ter o direito de renunciar à aposentadoria do INSS e de obter certidão do tempo de contribuição antes utilizado, sem devolução dos valores recebidos na vigência da aposentadoria renunciada, para fins de averbação e concessão de nova aposentadoria no regime estatutário.

Questões Jurídicas

A posição do INSS sempre foi a de recusar o pleito administrativo de renúncia à aposentadoria sob fundamento de ausência de previsão legal e de que a concessão constitui ato jurídico perfeito que não pode ser desfeito por simples vontade da parte, bem como de recusar o fornecimento de certidão do tempo de contribuição contado para a aposentadoria concedida, porque já utilizado, só admitindo o fornecimento com a devolução prévia de todos os valores recebidos enquanto durou a aposentadoria.

Provocado pelos funcionários públicos, os Tribunais rejeitaram as objeções do INSS e acolheram o pleito, reconhecendo o direito à renúncia e à conseqüente obtenção da certidão de tempo de contribuição sem devolução dos valores recebidos, em face da

natureza alimentar dos proventos da aposentadoria. Em assim decidindo, permitiu-lhes a obtenção de aposentadorias estatutárias de valores muito superiores aos que recebiam do INSS, até porque dizia-se, no passado, que a aposentadoria estatutária era um prêmio e a previdenciária um castigo. Daí a troca do castigo pelo prêmio.

Desaposentação no Mesmo Regime

Quanto aos que se aposentaram pelo regime geral e continuaram ou voltaram a trabalhar e a contribuir pelo mesmo regime, houve dois fatos jurídicos relevantes que motivaram a busca judicial pelo reconhecimento do direito à desaposentação.

O primeiro, foi a extinção do pecúlio, que era um benefício devido ao aposentado que voltava ao trabalho e era obrigado a contribuir em razão da atividade, correspondente à soma das suas próprias contribuições, acrescidas de correção monetária e juros, como se fosse uma caderneta de poupança. O pecúlio foi extinto pela Lei nº 8.870/94, que liberou da contribuição o aposentado que voltasse ao trabalho, e não foi restabelecido pela Lei nº 9.032/95, que novamente impôs a obrigatoriedade da contribuição. Dessa forma, a partir de então, o aposentado que voltasse ao trabalho ficava obrigado à contribuição, sem ter nenhum outro direito além do salário família e à reabilitação profissional, quando empregado.

O segundo e mais contundente, foi a criação do fator previdenciário pela Lei nº 9.876, de 26/11/1979, cujo escopo foi o de reduzir os proventos da aposentadoria por tempo de contribuição, conjugando o tempo de contribuição com a idade e a consequente expectativa de vida do aposentado: quanto menor a idade e menor o tempo de contribuição, menor o valor do benefício; quando maior a idade e maior o tempo de contribuição, maior o valor do benefício. No sentir do aposentado, não é justo que seus proventos sejam

reduzidos apenas porque exerce seu direito quanto tem menos idade, já que isso decorre do fato de ter iniciado mais cedo no trabalho, com prejuízo de sua educação e de sua qualidade de vida.

Para ilustrar a redução dos proventos do segurado com o fator previdenciário, basta ressaltar que a aposentadoria integral do homem, correspondente a 100% da média dos seus salários de contribuição, é devida a partir dos 35 anos de contribuições. Porém, com esse tempo de contribuição, se tiver 50 anos de idade, seu fator previdenciário arredondado será 0,59, ou seja, a renda mensal inicial de sua aposentadoria será reduzida em 41%; se tiver 55 anos de idade, o fator será de 0,70%, com redução de 30%; se tiver 60 anos de idade, o fator será 0,86%, com redução de 14%; só a partir dos 64 anos de idade e 35 de contribuição deixar de sofrer redução com o fator previdenciário.

Essas duas alterações, percebidas como causas de prejuízos, motivaram a corrida ao judiciário do aposentado que continuou ou voltou ao trabalho depois da aposentadoria.

Entendimento Jurisprudencial

Já dissemos que a orientação jurisprudencial definitiva sobre a desaposentação será dada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal quando julgar o Recurso Extraordinário nº 661.256, ao qual atribuiu os efeitos de repercussão geral. Porém, até aqui, o entendimento prevalente é o de que *“é cabível a renúncia à aposentadoria e não há impedimento para que o segurado que continue a contribuir para o sistema formule novo pedido de aposentadoria sem ter que devolver os valores recebidos, pelo regime geral de previdência social ou em regime previdenciário próprio”*, como se pode ver da ementa seguinte do Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso Especial. Matéria Repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recurso Representativo de Controvérsia. Desaposentação e Reaposentação. Renúncia a Aposentadoria. Concessão de Novo e Posterior Jubilamento. Devolução de Valores. Desnecessidade.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.” (RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.488/SC, PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, V.U., RELATOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN, J. 08/05/2013, DJe 14/05/2013).

Valor Da Nova Aposentadoria

Pois bem, quando o aposentado que continua trabalhando procura o advogado para obter informações sobre a tese judicial da desaposentação, quer saber, em primeiro lugar, o que ganhará com a troca, em quanto sua aposentadoria será aumentada se a ação judicial for acolhida. É evidente, só vai arcar com os custos de uma ação judicial se o resultado possível valer a pena.

Alguns órgãos e profissionais divulgam, especialmente pela internet, critérios prévios que visam a orientar sobre as vantagens ou desvantagens da desaposentação. Por exemplo, seria vantajoso: se trabalha há mais de cinco anos depois da aposentadoria; se aposentou com proventos proporcionais (menos de 35 anos de contribuição se homem e menos de 30 anos se mulher); se o nível contributivo é maior ou igual ao que tinha quando da aposentadoria. Seria desvantajoso: se tem poucas contribuições; se seu nível contributivo é inferior ao da aposentadoria.

Embora os critérios gerais sejam válidos, eles não são absolutos. A resposta à pergunta fundamental do candidato à desaposentação exige cálculo e embora o cálculo individual seja trabalhoso, não pode deixar de ser feito.

O cálculo a ser feito é o da renda mensal inicial da nova aposentadoria, a que substituirá aquela que vem sendo paga, em caso de procedência da ação. Na elaboração do cálculo, deve-se proceder como se o segurado não tivesse se aposentado, considerando todo seu tempo de contribuição, sua idade e o valor dos seus salários no período básico de cálculo.

O valor resultante da nova renda mensal inicial deverá ser comparado ao valor da renda mensal atual que está recebendo: se for maior, haverá vantagem com a desaposentação, se for igual ou menor, não haverá.

Na elaboração desses cálculos se encontram algumas surpresas que penso vale a pena compartilhar.

Poucas Contribuições Depois da Aposentadoria

Um aposentado me procurou dizendo ter sempre contribuído sobre o limite máximo do salário de contribuição mas que estava ganhando muito pouco de aposentadoria e queria saber se havia algo que pudesse ser feito para majoração dos seus proventos. Ele nasceu em 1/4/1950 e se aposentou em 2/4/2007, quando tinha exatos 57 anos de idade e 35 de contribuição. Obteve aposentadoria integral, com coeficiente de cálculo de 100%, porém, a renda mensal inicial não correspondeu à média dos salários de contribuição utilizados no cálculo porque antes houve a aplicação do fator previdenciário de 0,7620.

Muito bem, ao contrário do que normalmente acontece, esse senhor se aposentou porque não queria mesmo continuar trabalhando. Tinha economias e achava que podia manter seu padrão de vida. Por isso, ficou no emprego tão somente até que a aposentadoria fosse concedida e que a empresa providenciasse sua substituição. Dessa forma, se aposentou em 2/4/2007 mas continuou trabalhando mais quatro meses, até 2/7/2007.

Analisei a situação previdenciária e constatei que o valor da aposentadoria estava conforme a legislação, nada havendo que pudesse ser feito. Entretanto, como ele havia trabalhado mais quatro meses depois de aposentado, achei prudente fazer os cálculos para fins de desaposentação. Feito o cálculo, apurei, não sem alguma surpresa, que a mensalidade de uma nova aposentadoria, se acolhida a desaposentação, seria 28% maior do que a que estava recebendo. Ou seja, por ter trabalhado e contribuído mais quatro meses depois da aposentadoria, poderia obter, com a desaposentação, um aumento real de 28%.

Parece incrível mas é verdade. E quais seriam as razões para o fato?

A primeira e fundamental razão, é que ele não tem mais a idade que tinha quando se aposentou. Recordemos que tinha 57 anos de idade e agora tem 64. Como consequência única do aumento da idade, o fator previdenciário do seu benefício que era de 0,7620 agora é de 1,0147; antes reduzia seus proventos em 24%, agora até lhe dá pequeno acréscimo. A segunda, é que o cálculo é feito com 80% dos melhores salários de contribuição, não podendo o divisor ser inferior a 60% do número de meses existentes de julho de 1994 até a aposentação, o que permite uma falha bastante grande de salários.

Como a desaposentação não exige um número mínimo de contribuições depois da aposentadoria, podemos concluir que todo aposentado que contribuiu depois da aposentadoria, seja por um mês, seja por anos, pode ter significativa vantagem com a troca, porque o tempo fluirá inexoravelmente e estará mais velho depois da data em que se aposentou.

Repetição da Desaposentação

Outro aspecto interessante da desaposentação, tal como tem sido sustentada nos tribunais, é que ela pode ser repetida, desde que o aposentado continue a contribuir. Quer dizer, o segurado que se desaposentou e passou a receber uma nova aposentadoria, pode se desaposentar e trocar essa nova aposentadoria por uma mais nova ainda. A rigor e extremando o raciocínio, poderia, poderia se desaposentar anualmente - ou até em intervalo inferior - desde que a cada novo cálculo tivesse direito a mensalidade maior do que a recebida.

Subversão do Fator Previdenciário

Obviamente, se o segurado tiver direito à aposentadoria por tempo de contribuição e não quiser parar de trabalhar, deverá requerer o benefício e receber o valor mensal que for fixado, ainda que o fator previdenciário lhe seja muito desfavorável. O valor recebido da aposentadoria lhe permitirá a formação de uma poupança. Continuando a trabalhar e a contribuir, poderá, quando lhe for mais conveniente, requerer a desaposentação, passando a receber valor maior, com fator previdenciário menos desvantajoso. Esse procedimento poderá adotar quantas vezes quiser.

De outra parte, se reunir as condições legais necessárias e quiser mesmo se aposentar e parar de trabalhar, mesmo lhe sendo desfavorável o fator previdenciário, melhor será que requeira a prestação e faça o sacrifício de continuar trabalhando por mais alguns meses, digamos quatro meses, como no caso narrado, para que fique habilitado, no futuro, a pleitear a desaposentação, anulando ou reduzindo, a partir daí, o efeito redutor do fator previdenciário.

Diante desse quadro, pode-se dizer que a desaposentação serve como instrumento de subversão do fator previdenciário, quebrando sua espinha dorsal.

Necessidade de Regulamentação

De conseguinte, quer nos parecer que o acolhimento da tese da desaposentação pelo Supremo Tribunal Federal, ratificando o entendimento das instancias infraconstitucionais, exigirá alterações na regulamentação da aposentadoria por tempo de contribuição.

Anova regulamentação poderá acabar com o fator previdenciário, causa da redução dos proventos, o que permitirá que o segurado se aposente com a efetiva média dos seus salários de contribuição. Poderá, também, se mantido o fator previdenciário, dispensar de contribuição o aposentado que continua ou retorna ao trabalho. Poderá, ainda, restabelecer o pagamento do pecúlio, formado com as contribuições pagas depois da aposentadoria.

Outras alterações, com certeza, serão sugeridas pelo Governo e pelas entidades representativas dos segurados e aposentados, com as quais a questão terá que ser discutida.

O certo é que a desaposentação, se reconhecida como direito, não poderá, por suas implicações, deixar de ser regulamentada, sob pena de termos um verdadeiro caos na relação dos aposentados com o INSS.

A ÉTICA NA MAGISTRATURA: PONDERAÇÕES SOBRE NORMAS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE INTERFEREM NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL¹

Luiz Henrique Sormani Barbugiani ()*

Introdução

As questões que permeiam a ética na Magistratura são eminentemente variadas, uma vez que inúmeros fatores interferem na conduta a ser implementada por um juiz, no exercício pleno e efetivo da prestação jurisdicional, aplicando a norma posta ao caso concreto, no intuito de pacificar as demandas sociais.

Esse breve estudo pretende apresentar um panorama geral sobre esse assunto, traçando comentários sobre a ética e a moral, códigos de ética, normas constitucionais e infraconstitucionais de direcionamento ético na Magistratura, Conselho Nacional de Justiça, Deontologia na Magistratura, circunstâncias que afligem a Magistratura e, mais especificamente, a Justiça do Trabalho para, ao final, apresentar uma perspectiva do que se espera do juiz contemporâneo.

(*) Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil, Direito Material e Processual do Trabalho, Saúde Pública e Direito Sanitário. Membro Pesquisador do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*, Seção brasileira da “*Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*”.

1 Texto base utilizado para palestra proferida no dia 16 de abril de 2014 no VII Congresso Brasileiro de Direito Social realizado na cidade de São Paulo pelo *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior* sob a coordenação da Professora Doutora Marly A. Cardone.

Ética e Moral

A Ética e a Moral são conceitos que se entrelaçam e apresentam conteúdos plúrimos, com diversas acepções, o que os aproximam dos conceitos vagos, típicos de algumas normas jurídicas.

Os conceitos vagos ou indeterminados autorizam uma diversidade de compreensão, possibilitando um “maior campo de atuação do aplicador do Direito”,² justamente pela viabilidade da construção de interpretações por meio dos variados sentidos do termo.

Essa multiplicidade de sentidos atinge a concepção de ética e moral, motivo pelo qual o pleno entendimento desses conceitos é um trabalho árduo e, na maioria das vezes, inatingível.

José Renato Nalini concebe que “ética é uma das palavras mais pronunciadas em todos os discursos, por encarnar o ideal de uma restauração de costumes e de valores”.³

Apesar dessas dificuldades decorrentes da cultura e das influências étnicas, religiosas, sociais, econômicas e políticas de cada um, que interferem na concepção apreendida dos termos, há um sentido comum que pode ser trabalhado pela doutrina.

A Moral tem sua origem no termo latino “moralis”, apresenta uma conotação mais ampla do que a ciência do Direito, impondo ao ser humano deveres que, muitas vezes, não se inserem no ordenamento jurídico como obrigações, mas decorrem dos costumes sedimentados na sociedade, o que sob o aspecto substantivo representa mais precisamente “a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é *honesto* e *virtuoso*, segundo os

2 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 328.*

3 NALINI, José Renato. *Ética no Terceiro Milênio. Cadernos Jurídicos. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.2. n.3. p.121-6. jan./fev. 2001. p. 121.*

ditames da consciência e os princípios da humanidade.”⁴ A palavra moral também se origina de “mores” do latim.⁵

A Moral apresenta ainda um aspecto adjetivo relacionado à qualificação de atos referentes a ideia da moral cultuada no meio social.⁶

A Ética relaciona-se com a Moral na medida em que ela é reputada como a “ciência da moral”, tendo origem no designativo latino “ethicu” e no termo grego “ethicos”⁷ ou, ainda, “ethos”.⁸

A expressão “ética profissional” envolve a compreensão de que se trata de um “complexo de normas estabelecidas pelos usos e costumes” em que há a representação da “soma de *deveres*”, que direciona “a *norma de conduta* do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com o cliente e todas as demais pessoas com quem possa ter trato”.⁹

Esses conceitos direta e indiretamente relacionam-se com a concepção de “consciência psicológica” e “consciência moral”, em que a primeira é “uma simples testemunha que observa o que é” e a segunda “uma ‘voz’ interior que prescreve o que se deve fazer”.¹⁰

A consciência, em si, sob o aspecto moral, depende de um paradigma, a fim de possibilitar que haja juízo de reprovação ou

4 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 929.*

5 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ética na Magistratura. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.14, p.52-9. 2001. p. 53.*

6 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 929.*

7 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 571.*

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ética na Magistratura. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.14, p.52-9. 2001. p. 53.*

9 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 571.*

10 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A Ética e a Magistratura na Visão de um Juiz do Trabalho. LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 471.*

aprovação sobre determinada conduta,¹¹ motivo pelo qual a educação e os exemplos dados no meio social representam um elemento importante nessa análise.

O Desembargador André Nabarrete entende por ética “a conduta adequada à realização de valores tidos importantes por um grupo ou sociedade, num determinado espaço e época histórica”.¹²

A ética somente pode ser ponderada num ambiente social sem pressões externas e internas que aniquilem a vontade livre e consciente do indivíduo, visto que o sentimento ético não pode ser artificial, apesar de poder ser direcionado pelos valores vigentes na sociedade.

André Nabarrete esclarece que “a conduta ética esperada é aquela livre, voluntária e consciente. Se é imposta, obrigatória ou inconsciente, não se pode falar em ética”, concluindo ainda em suas ponderações que não há ato ético quando derivado de coação psicológica ou física.¹³

Há uma distinção comumente estabelecida entre ética pessoal, de grupo e profissional, sendo a primeira atinente aos valores e à moral do indivíduo, moldada pelas experiências e estudos da pessoa ou conduzidas em seu caráter pelas pressões sociais do grupo a que pertence.¹⁴

A ética de grupo não se confunde com a ética individual e fica difícil, *a priori*, de estabelecer, quando há conflito entre elas, qual a mais adequada, salvo na análise do caso concreto, segundo parâmetros morais aceitáveis para a situação vivenciada, podendo ser casuisticamente mais aprimorada ou deficiente.¹⁵

11 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ética na Magistratura. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.14. p.52-9. 2001. p. 53.*

12 NABARRETE, André. *Ética da magistratura. Revista do Tribunal Regional Federal. 3ª Região. São Paulo. n.36. p.57-60. out./dez. 1998. p. 57.*

13 NABARRETE, André. *Ética da magistratura. Revista do Tribunal Regional Federal. 3ª Região. São Paulo. n.36. p.57-60. out./dez. 1998. P. 57.*

14 Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jToDCfRI-6AJ:www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c5.htm+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> acesso em 23.03.2014.

15 Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jToDCfRI-6AJ:www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c5.htm+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> acesso em 23.03.2014.

A ética profissional acaba por regular a forma de agir dos indivíduos que exercem uma específica profissão ou atividade, com alguma uniformidade, independentemente dos países e locais em que elas são desenvolvidas.¹⁶

Códigos de Ética

O eminente Ministro Sidnei Beneti, em palestra sobre o Código de Ética na Magistratura, na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, externou que:

“A ética é, essencialmente, a prática da virtude do bem, intrínseca à atividade jurisdicional, sintetiza o ministro. Se a jurisdição não primar pela ética, não será jurisdição, mas sim uma deturpação da jurisdição, um arremedo de jurisdição.”¹⁷

Assim, se ao dizer o direito no caso concreto como exercício da jurisdição deve alcançar o bem comum como objetivo principal, naturalmente que se justifica a edição de Códigos de Ética nessa seara.

O Ministro Sidnei Beneti, ao relatar sobre os diversos Códigos de Ética da Magistratura em vigor, consignou que o surgimento dessa preocupação remonta ao ano de 1920, com poucos princípios nos Estados Unidos. Num momento seguinte, internacionalizaram-se as disposições, ganhando corpo mais avantajado na Organização

16 Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jToDCfRI-6AJ:www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c5.htm+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> acesso em 23.03.2014.

17 Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Em palestra na Escola Judicial da 15ª, ministro Sidnei Beneti fala sobre ética na Magistratura. Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/noticias/3108263/em-palestra-na-escola-judicial-da-15-ministro-sidnei-beneti-fala-sobre-etica-na-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

das Nações Unidas, como, por exemplo, “os princípios de conduta judicial de Bangalore”, elaborado na Índia e chancelado em Haia, no ano de 2002. A União Internacional de Magistrados, na Ilha de Formosa, confeccionou o Estatuto Universal do Juiz e, em 2008, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou o Código de Ética da Magistratura Nacional.¹⁸

O renomado jurista Sidnei Beneti esclarece que, apesar dos enunciados genéricos e abstratos dessas normas, “quem é ético é e age como tal”, não necessitando de um código para determinar sua conduta, pois isso, decorre do “íntimo de qualquer pessoa”.¹⁹

Exemplos da independência da ética em relação a sua enunciação em um código específico direcionado ao Poder Judiciário é a situação vivenciada em determinado período histórico no Uruguai e na Venezuela.

No Uruguai, a magistrada Jacinta Balbela de Delgue, em artigo publicado, no ano de 1990, ressaltava que, nos países que possuem um código de ética, os níveis de corrupção dos juízes são maiores do que no mencionado país, não identificando, na época, a necessidade de uma positivação dessas regras de conduta.²⁰

Na Venezuela, em 1979, foi instituído o Conselho da Judicatura, órgão independente e apartado da hierarquia judicial, a fim de corrigir os problemas de corrupção identificados no país, entretanto, em pouco tempo, identificou-se um aumento dos casos que se pretendia

18 Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Em palestra na Escola Judicial da 15ª, ministro Sidnei Beneti fala sobre ética na Magistratura. Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/noticias/3108263/em-palestra-na-escola-judicial-da-15-ministro-sidnei-beneti-fala-sobre-etica-na-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

19 Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Em palestra na Escola Judicial da 15ª, ministro Sidnei Beneti fala sobre ética na Magistratura. Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/noticias/3108263/em-palestra-na-escola-judicial-da-15-ministro-sidnei-beneti-fala-sobre-etica-na-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

20 BALBELA DE DELGUE, Jacinta. *Ética del Magistrado*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. v.31. n.33-4. p.101-9. jul./dic. 1990. p. 102.

coibir, ensejando a ponderação de sua extinção, pois “*lo cierto es que las denuncias contra los jueces amigos nunca llegan a procesarse*”.²¹

Em 1989, na cidade de São Jose da Costa Rica, a Assembleia Legislativa notificou à Corte Suprema de Justiça, solicitando a renúncia de três magistrados componentes do mencionado órgão, devido ao envolvimento com o tráfico de drogas.²²

Alguns adágios demonstram a fragilidade ética do exercício profissional dos juristas, como: “é melhor um mau acordo do que uma boa demanda”, “a polícia prende mas o juiz solta o infrator” ou, em países como os EUA, “precisamos de coveiros, precisamos de lixeiros e, infelizmente, precisamos de advogados”.²³

Normas de Direcionamento Ético na Magistratura

Apesar da inexistência de uma obrigação à edição de Códigos de Ética, percebe-se que há uma sedimentação de valores na sociedade e, no caso específico da magistratura, no seio do Poder Judiciário, que embasam essas codificações.

Essa constatação é facilmente verificada pela semelhança dos preceitos éticos defendidos pelos doutrinadores, constantes nos códigos de ética editados e permeados em diversos dispositivos legais, constitucionais e internacionais sobre o tema.

Para o Ministro Sidnei Beneti, os juízes devem obediência a determinadas “virtudes éticas” de caráter universal, destacando

21 BALBELA DE DELGUE, Jacinta. *Ética del Magistrado. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. v.31. n.33-4. p.101-9. jul./dic. 1990. p. 108.*

22 BALBELA DE DELGUE, Jacinta. *Ética del Magistrado. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. v.31. n.33-4. p.101-9. jul./dic. 1990. p. 109.*

23 NALINI, José Renato. *A crise do Direito e o resgate da ética. LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. São Paulo. v.11. n.113. p.9-18. jan. 1999. p. 9.*

a discrição, serenidade, confiabilidade, educação, presteza, pontualidade, a “capacidade de ouvir o outro”, domínio da linguagem, cultura, “apresentação pessoal”, “boa imagem” compreendendo a “sobriedade pública” e a “positividade familiar”.²⁴

Na prestação jurisdicional em si, segundo Sidnei Beneti, deve-se objetivar a imparcialidade, com coerência e ausência de contradição, a não antecipação de seu posicionamento jurídico e a recusa a qualquer tipo de presente.²⁵

O magistrado deve prezar pela imparcialidade também na seara política, no intuito de não personificar na atividade jurisdicional uma determinada corrente política em detrimento dos ideais de justiça, que devem permear suas funções.²⁶

O que o ser humano realmente faz identifica o que ele essencialmente é e não o que ele diz que fará ou fez, pois “a autoridade espiritual e a credibilidade se estabelecem quando guardam coerência a conduta e o discurso do agente”.²⁷

Os defeitos e as qualidades dos indivíduos em si não interferem diretamente com a ética que se relaciona com o tratamento dado aos demais seres humanos pelo indivíduo,²⁸ apesar de poder atenuar ou acentuar condutas éticas ou não éticas, pois, muitas vezes, a ética essencialmente restringe-se não ao que se fez, mas sim à forma pela qual o ato foi efetivado.

24 Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Em palestra na Escola Judicial da 15ª, ministro Sidnei Beneti fala sobre ética na Magistratura. Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/noticias/3108263/em-palestra-na-escola-judicial-da-15-ministro-sidnei-beneti-fala-sobre-etica-na-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

25 Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Em palestra na Escola Judicial da 15ª, ministro Sidnei Beneti fala sobre ética na Magistratura. Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/noticias/3108263/em-palestra-na-escola-judicial-da-15-ministro-sidnei-beneti-fala-sobre-etica-na-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

26 NABARRETE, André. *Ética da Magistratura. Revista do Tribunal Regional Federal. 3ª Região. São Paulo. n.36. p.57-60. out./dez. 1998. p. 60.*

27 NABARRETE, André. *Ética da Magistratura. Revista do Tribunal Regional Federal. 3ª Região. São Paulo. n.36. p.57-60. out./dez. 1998. p. 60.*

28 NABARRETE, André. *Ética da Magistratura. Revista do Tribunal Regional Federal. 3ª Região. São Paulo. n.36. p.57-60. out./dez. 1998. p. 58.*

Normas Constitucionais

Alguns preceitos éticos podem ser extraídos das normas constitucionais e irradiam para o exercício da prestação jurisdicional.

Jose Renato Nalini reconhece nos critérios de promoção por merecimento, previstos no texto constitucional, um verdadeiro código de ética dos magistrados, na medida em que os juízes, na presteza, devem ser mais rápidos em seus julgamentos, sem retardo injustificado na aplicação do direito; na segurança com a “adequada apreensão da causa”, devidamente fundamentada e proveniente de constante aprimoramento não só jurídico como também metajurídico, no intuito de transformar “a criatura mais *humana*, em lugar de apenas mais *erudita*”.²⁹

Para André Nabarrete os critérios de promoção dos juízes por merecimento não se identificam plenamente com a ética na prestação jurisdicional, pois a presteza (celeridade), a segurança (equilíbrio psíquico) e a qualidade do conhecimento (frequência a cursos), independe da ética, visto que “a conduta ética refere-se ao homem”.³⁰

Curiosamente, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou a disposição constitucional presente no artigo 93, II, “c”, da Constituição Federal, modificando a forma de aferição do merecimento dos magistrados para fins de promoção, mantendo a frequência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento e a presteza no exercício da jurisdição, mas substituiu a “segurança” anteriormente exigida pela medição do desempenho por critérios objetivos de produtividade.

29 NALINI, Jose Renato. *A ética e a Magistratura do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.9. p.9-16. 1997. p. 12-13.

30 NABARRETE, André. *Ética da Magistratura*. Revista do Tribunal Regional Federal. 3ª Região. São Paulo. n.36. p.57-60. out./dez. 1998. p. 58-59.

Pondero que a alteração veio em prejuízo da prestação jurisdicional por diversos motivos:

- a) A produtividade implica na presteza que já se encontrava como critério de aferição do merecimento;
- b) A ciência jurídica demanda subjetivismos que não podem ser aferidos singelamente por critérios objetivos meramente quantitativos e não qualitativos;
- c) A alteração possibilitou a estipulação de metas para os Tribunais e juízes, que se circunscreve ao aumento de casos julgados;
- d) A pacificação social é atingida pela prestação jurisdicional justa e num tempo razoável, a solução rápida nem sempre é a melhor e, muitas vezes, a causa demanda depuração que, por sua vez, exige tempo de estudo pelo magistrado;
- e) A prestação de um serviço tão complexo como o jurisdicional não se mede por metas de produtividade quantitativa, como ocorre na linha de montagem de uma fábrica em que o produto final é previamente definido e todas as etapas imutáveis;
- f) O fim da atividade judicial é dizer o direito ao caso concreto e não terminar o processo, subvertendo e desconsiderando o objetivo principal do Poder Judiciário;

Na realidade, a alteração nos critérios de aferição do merecimento nas promoções dos magistrados enseja violação a outros preceitos jurídicos, como do juiz natural, em que assessores e assistentes acabam julgando enquanto ao magistrado cabe apenas o papel de

assinar a sentença, em prol da manutenção da produtividade.³¹ Nesse caso, percebe-se que apenas há autorização para delegação aos servidores praticarem atos de mero expediente, sem caráter decisório ou de conotação administrativa.

Além disso, não se pode apenas transportar métodos e metas da iniciativa privada sem adequá-las à realidade do serviço público. A situação ainda piora na medida em que, mesmo no âmbito privado, as metas de produtividade na prestação de serviços devem primar pela qualidade e não pela quantidade, sob pena de inviabilizar a atividade econômica na migração dos consumidores para entidades que executem a atividade de maneira mais adequada e zelosa.

A questão da produtividade de serviços é tão complexa e nefasta que não há um indivíduo que não tenha recebido ligações de gerentes de instituições bancárias, solicitando investimentos, aquisição de seguros, planos de saúde, previdência complementar, entre tantos outros serviços dispensáveis ao cidadão, com o único fim de atingir a meta estipulada pela empresa. Para isso não deixam de omitir a verdade ou mesmo contar falácias, no intuito de convencer o aceite e a contratação.

Assim, a alteração implementada no texto constitucional e o uso de elementos quantitativos para a constatação do merecimento na promoção dos magistrados deveria ser repensado e, no mínimo espaço de tempo, extirpado de nosso ordenamento jurídico, pois a necessidade de fundamentação de todas as decisões, sob pena de nulidade impede a atuação temerária e de índole meramente quantitativa.

Nos artigos 93 e 95 da Constituição Federal encontram-se diversas disposições que podem ser entendidas como preceitos éticos em prol da prestação jurisdicional de qualidade, muitos deles inseridos ou alterados pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

31 Ao terem que cumprir metas, ainda que não o desejem, os próprios magistrados são impelidos a se submeterem ao que o seu assessor direito concluiu na análise do processo, diante da total ausência de tempo para ele mesmo possa aprofundar-se no assunto.

Cite-se:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de

Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva

população; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Ainda que não se refira o texto constitucional a preceitos de ética profissional, as disposições em comento preocupam-se direta ou indiretamente com a eficiência e a qualidade do exercício da Jurisdição, com as ressalvas acima já delineadas.

A Lei Fundamental da República determina a criação do Estatuto da Magistratura por lei complementar, no intuito de demonstrar uma maior representatividade do Congresso Nacional na edição da norma que necessita de quórum qualificado e, ao mesmo tempo, dificultar, após a sua promulgação, alterações por maioria simples, protegendo de certa forma a estabilidade das normas que devem regular uma atividade tão essencial quanto a executada pelo Poder Judiciário.

O ingresso na Magistratura deve se dar por concurso público de provas e títulos, o que visa à seleção dos melhores candidatos.

A exigência de três anos de experiência jurídica inserida posteriormente no texto objetivou possibilitar o acesso a carreira de pessoas mais gabaritadas e com conhecimento jurídico e social aprimorado na militância da profissão de Advogado, contudo, a interpretação benéfica da “atividade jurídica” tem permitido a burla ao fim principal da norma, na medida em que não se admite apenas tempo de Advocacia efetiva, mas também pós-graduação na área jurídica, entre outras coisas.

Os cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção, bem como para o vitaliciamento dos juízes e o surgimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados demonstram a preocupação na manutenção do aprimoramento jurídicos dos responsáveis pela atividade judicial de solucionar conflitos e pacificar a sociedade.

A própria determinação de residência na comarca, excepcionada apenas por autorização do Tribunal, demonstra a preocupação do magistrado aproximar-se da sociedade, a fim de melhor julgar as causas que permeiam aquele ambiente social, fator temperado pela implementação do processo eletrônico e o fenômeno da globalização com o acesso à informação facilitado.

Como a atividade é essencial para a sociedade deve ser ininterrupta com regime de plantão permanente nos dias em que não haja expediente forense.

A exigência de juízes em número proporcional à população e à demanda judicial é adequada, mas como a assunção ao cargo depende de uma série de questões, desde orçamento suficiente até a aprovação dos candidatos nas provas, tal estipulação resta prejudicada por fatores externos.

A publicidade dos atos judiciais com a ponderação do interesse público à informação e à salvaguarda do direito à intimidade e ao sigilo visa à transparência da atividade em defesa da sociedade e dos próprios magistrados e das partes em litígio, da mesma forma que a publicidade das decisões administrativas e disciplinares (incluindo as remoções, a disponibilidade e a aposentadoria por interesse público), sendo estas últimas tomadas por maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça

As prerrogativas concedidas aos magistrados visam ao adequado exercício de suas funções, não podendo ser identificados como privilégios, pois consagram garantias, como a irredutibilidade de remuneração, inamovibilidade e vitaliciedade, almejando a

independência e imparcialidade dos juízes ao protegê-los no exercício da atividade de dizer o direito no caso concreto, o que pode, muitas vezes, desagradar pessoas com influências políticas e econômicas suficientes para interferir na prestação jurisdicional.³²

Essas prerrogativas e as vedações de exercerem outros cargos e funções, salvo uma de magistério; promoverem atividades político-partidária; perceberem auxílios ou contribuições de terceiros ou participação em custas ou nas causas julgadas e, por último, o período de quarentena de três anos para o exercício da advocacia, almejam a manutenção dos preceitos éticos inerentes à atividade jurisdicional.

Lei Orgânica da Magistratura

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35 de 1979) possui diversas disposições que podem ser consideradas como preceitos de ética profissional, em especial os artigos 26, 35 e 36 do mencionado diploma:

Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado):

I - em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;

32 LAZZARINI, Álvaro. *Deontologia da Magistratura: o juiz, suas atribuições funcionais, seus compromissos éticos. A Força Policial. São Paulo. n.17. p.43-65. jan./mar. 1998. p. 62.*

b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento;

c) exercício de atividade político-partidária.

§ 1º - O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.

§ 2º - Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciarse o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Parágrafo único - (Vetado.)

Código de Processo Civil

Não é só a Lei Orgânica da Magistratura que estipula regras de conduta aos juízes, podendo extrair-se alguns preceitos do Código de Processo Civil, no capítulo destinado ao magistrado.

CAPÍTULO IV

DO JUIZ

Seção I

Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.
(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Seção II

Dos Impedimentos e da Suspeição

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só

se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz

que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304).

Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135;

II - ao serventuário de justiça;

III - ao perito; (Redação dada pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992)

IV - ao intérprete.

§ 1º A parte interessada deverá argüir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o argüido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido.

§ 2º Nos tribunais caberá ao relator processar e julgar o incidente.

Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, criado e inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, em nossa Constituição, foi objeto de pequenas alterações pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009, tendo surgido como uma satisfação à sociedade na implementação de um controle mais efetivo e transparente dos órgãos do Poder Judiciário.

A composição e as respectivas atribuições e responsabilidades do Conselho Nacional de Justiça foram discriminadas no artigo 103-B da Lei Fundamental:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, d e 2009)

§ 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade

ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Como alertado por Jacinta Balbela de Delgue, o juiz possui relevância de acordo com a sua conduta social, ao externar que “su prestancia como ciudadano derivará de la dignidad con que se maneje en todas las relaciones publicas”.³³

33 BALBELA DE DELGUE, Jacinta. *Etica del Magistrado. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. v.31. n.33-4. p.101-9. jul./dic. 1990. p. 102.*

Antônio Souza Prudente esclarece que:

*“Os estudiosos da matéria se afinam assim, no entendimento de que a ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade e que o comportamento moral se distingue do comportamento jurídico porque o primeiro é ditado por uma convicção interior, individual, enquanto o segundo, por uma atitude formada exteriormente, social ou impessoal”.*³⁴

Dessa importância social surgiram recentes demandas tendentes à defesa da deontologia da Magistratura e a criação de órgãos, como o Conselho Nacional de Justiça.

Deontologia da Magistratura

A deontologia pode ser definida como a ciência que cuida das normas éticas aplicáveis à atividade profissional, especificando os valores, normas e ideais mais precisos para regular uma determinada profissão, apresentando uma origem comum decorrente de um “processo de intercomunicação concêntrica, ontológica e finalística”, apesar de distinta da ética e da moral propriamente ditas.³⁵

Álvaro Lazzarini assevera que:

34 PRUDENTE, Antônio Souza. *Ética e deontologia da Magistratura do terceiro milênio. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.12. p.43-8. 2000. p. 45.*

35 PRUDENTE, Antônio Souza. *Ética e deontologia da Magistratura do terceiro milênio. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.12. p.43-8. 2000. p. 45-46.*

“A *magistratura*, como conjunto de juizes que integram o Poder Judiciário, deve sujeitar-se ao que passo a denominar de *DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA*, com os seus *valores, ideais e normas de conduta* que orientam a atividade profissional desse segmento diferenciado da sociedade constituído por *magistrados*.”³⁶

Assim, percebe-se que a deontologia encontra-se atrelada geralmente a uma área profissional, pois “é a ciência que estabelece normas diretoras da atividade profissional sob o signo da retidão moral ou da honestidade, sendo o bem a fazer e o mal a evitar no exercício da profissão”.³⁷

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 34/169, estabeleceu o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, sintetizado em oito artigos, ressaltando, em determinado momento, que “as normas, enquanto tais, carecem de valor prático, a menos que o seu conteúdo e significado seja inculcado em todos os funcionários responsáveis pela aplicação da lei, mediante educação, formação e controle”. Apesar desse diploma aplicar-se eminentemente às autoridades que exercem os poderes de polícia, algumas disposições demonstram a sedimentação de costumes éticos que devem também ser observados pela Magistratura, como, por exemplo, os deveres insculpidos nos artigos 1º, 2º, 4º e 7º, atinentes à proteção da comunidade contra ilegalidades, a salvaguarda dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, a manutenção do sigilo de informações confidenciais e o combate à corrupção:

36 LAZZARINI, Álvaro. *Deontologia da Magistratura: o juiz, suas atribuições funcionais, seus compromissos éticos. A Força Policial. São Paulo. n.17. p.43-65. jan./mar. 1998. p. 43.*

37 LAZZARINI, Álvaro. *Deontologia da Magistratura: o juiz, suas atribuições funcionais, seus compromissos éticos. A Força Policial. São Paulo. n.17. p.43-65. jan./mar. 1998. p. 48.*

Artigo 1.º

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem cumprir, a todo o momento, o dever que a lei lhes impõe, servindo a comunidade e protegendo todas as pessoas contra actos ilegais, em conformidade com o elevado grau de responsabilidade que a sua profissão requer.

Artigo 2.º

No cumprimento do seu dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos fundamentais de todas as pessoas.

(...)

Artigo 4.º

As informações de natureza confidencial em poder dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem ser mantidas em segredo, a não ser que o cumprimento do dever ou as necessidades da justiça estritamente exijam outro comportamento.

(...)

Artigo 7.º

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem cometer qualquer acto de corrupção. Devem, igualmente, opor-se rigorosamente e combater todos os actos desta índole.³⁸

38 Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dhaj-pcjp-18.html>. Acesso em 23.03.2014.

O Código de Ética da Magistratura Nacional foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 06 de agosto de 2008, consignando entre os considerando a necessidade de aumentar a “confiança da sociedade em sua autoridade moral”, estimular a “excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça”, a prática do Poder Judiciário de “cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais” e a compilação dos princípios presentes nas norma jurídicas.³⁹

Os preceitos desse diploma complementam as disposições presentes nas normas legais vigentes, no Estatuto da Magistratura e na própria Constituição Federal, além de consagrar os princípios éticos “da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro”, nos termos estipulados em seus 42 artigos.⁴⁰

Como externado no artigo 3º, “a atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas”, sendo certo que “ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos”, segundo preconizado pelo artigo 2º do Código de Ética da Magistratura Nacional.⁴¹

O Código Ibero-americano de Ética Judicial, por sua vez, influenciou o Código de Ética da Magistratura Nacional, estipulando dentre os princípios éticos a independência, a imparcialidade, a

39 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

40 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

41 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em 23.03.2014.

motivação, o conhecimento e capacitação, a justiça e equidade, a responsabilidade institucional, a cortesia, a integridade, a transparência, o segredo profissional, a prudência, a diligência e a honestidade profissional,⁴² foi aprovado, em 2006, por 22 países (Andorra, Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, **Portugal**, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai e Venezuela) dos quais 15 já apresentam uma codificação ética, com exceção de Colômbia, Equador, Espanha, Nicarágua, Portugal, a República Dominicana e Uruguai.⁴³

Circunstâncias que Afligem a Magistratura

Em pesquisa realizada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, cuja amostra baseou-se nos Magistrados oriundos da Justiça do Trabalho, publicada no ano de 2002, constatou-se que cerca de 50% reputava o ano inicial de suas atividades o de maior índice de estresse, 31% asseverou o seu aspecto cíclico, 20% o seu caráter cumulativo:

“Quase metade da amostra considerou que o primeiro ano do exercício da carreira havia sido a mais estressante, 31% considerou que o stress ocupacional do juiz tem caráter cíclico e 20% alegou que o stress tende a se acumular, aumentando com o tempo. O alto nível de stress experimentado no primeiro ano aponta para a necessidade de uma melhor iniciação e de apoio dos colegas mais experientes no início da carreira de Magistrado da Justiça do Trabalho.

42 Disponível em http://www.sitios.scjn.gob.mx/ciej/sites/default/files/axiologicos/codigo_iber0.pdf. Acesso em 23.03.2014.

43 Disponível em: <http://www.justicaindependente.net/posicoes/codigo-modelo-ibero-americano-de-etica-judicial.html>. Acesso em 08.04.2014.

O caráter cíclico e cumulativo do stress através dos anos torna clara a necessidade de um treinamento especializado no manejo do stress que possa evitar o impacto aversivo do stress em uma população tão jovem e de tanta responsabilidade perante a sociedade.⁴⁴

Na amostra foi identificado que 71% dos juízes demonstravam sinais de estresse, com 1,3% em situação de exaustão e tão somente 29% sem indicação de afetação. Nesse quadro, a condição dos magistrados é mais grave do que a vivenciada pelos executivos (41%), enfermeiros (60%), jornalistas (62%) e policiais militares (65%) e perceptivelmente superior aos trabalhadores de minas e pilotos de avião:

“(...)as percentagens de juízes com e sem *stress* podendo-se verificar que aproximadamente 71% da amostra apresentavam sintomatologia típica de um quadro de *stress*. Observe-se também que 1,3% se encontravam na fase de exaustão do *stress*, que é a fase mais adiantada quando doenças graves já estão presentes. Somente 29% não tinham sintomas de *stress*. A incidência de *stress* nos juízes do trabalho foi a mais alta encontrada nas pesquisas nacionais sobre o *stress* ocupacional, quando se compara policiais militares com 65% (Romano, 1997); jornalistas com 62% (Proença, 1998), enfermeiras com 60% (Villar, 1992) e executivos com 41% (Proença, Bortoletto & Lipp, 1996). O alto nível de *stress* encontrado

44 Lipp, Marilda E. Novaes; Tanganelli, M. Sacramento. *Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n3/a08v15n3.pdf> Acesso 08.04.2014.

confirma a avaliação realizada pelos próprios juízes quanto ao fato de ser a profissão altamente estressante, comparando-se com dados da literatura internacional com o *stress* de trabalhadores de minas e maior do que o de pilotos de avião (University of Manchester, 1987).⁴⁵

Como causas do estresse vivenciado pelos juízes a pesquisa mapeou a quantidade de processos, a desproporcionalidade da remuneração com as responsabilidades dos magistrados, a ausência de tempo destinado para o aprimoramento profissional ou a convivência social e familiar:

“No levantamento das causas do *stress* observado, quatro itens foram mencionados por quase a totalidade dos respondentes. Eles foram: 1) número de feitos a julgar, assinalado por 96% dos juízes; 2) salários que não correspondem às responsabilidades, ao desgaste e à importância do cargo (95%), 3) falta de tempo para atualização (93%) e 4) sacrifício do tempo dedicado à vida familiar e social (92%).⁴⁶

As condições de excesso de trabalho acumuladas com o estresse do cotidiano que nos circunda interfere de maneira reflexa na prestação jurisdicional e, na Magistratura, faz várias vítimas

45 Lipp, Marilda E. Novaes; Tanganelli, M. Sacramento. *Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n3/a08v15n3.pdf>. Acesso 08.04.2014.

46 Lipp, Marilda E. Novaes; Tanganelli, M. Sacramento. *Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n3/a08v15n3.pdf>. Acesso 08.04.2014.

de doenças, como infarto, derrame, surtos psicóticos, depressão, dentre outras predispostas e, muitas vezes, intensificadas pelas condições de trabalho.

O Conselho Nacional de Justiça, diante desse quadro, resolveu identificar as doenças físicas e psíquicas que acometem os juízes, o que foi permeado nos meios de comunicação, influenciadas pela responsabilidade inerente ao exercício da jurisdição, em algumas circunstâncias agravada com ameaças veladas ou diretas à integridade do magistrado e de sua família, que interferem em suas condições de estresse.⁴⁷

Diante dos inúmeros exemplos de óbitos ou prejuízos à saúde dos magistrados no dia-a-dia de sua atividade profissional, torna-se essencial a reprodução de parte da notícia:

Não faltam exemplos de motivos para preocupação. O desembargador Vianna Santos ainda comandava o Tribunal de Justiça de São Paulo quando morreu, em janeiro de 2011, vítima, segundo laudos médicos, de um ataque cardíaco. Novo laudo constatou ainda excesso de álcool no sangue do desembargador, que sofria de diabetes. A morte ainda é investigada pela Polícia. Em agosto do mesmo ano morreria assassinada a juíza Patrícia Acioli, da Justiça do Rio de Janeiro. No último dia 10 de abril, outro desembargador do TJ-SP, Adilson de Andrade, foi encontrado morto com dois tiros em sua casa no litoral paulista. As primeiras impressões dos peritos indicam suicídio.

47 SCRIBONI, Marília. *CNJ vai mapear problemas de saúde dos magistrados*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-21/cnj-mapear-principais-problemas-saude-magistrados>. Acesso em 23.03.2014.

O Conselho Nacional de Justiça está focado na elaboração de um protocolo que vai auxiliar tribunais na identificação das principais questões que prejudicam a saúde dos magistrados e também dos servidores do Judiciário. São alvos razões de doenças físicas e psíquicas como depressão, stress, hipertensão, dores crônicas e osteomusculares. A iniciativa foi aprovada na última segunda-feira (16/4).

“O juiz auxiliar da presidência do CNJ e integrante do grupo de trabalho, Antonio Carlos Alves Braga Júnior, conta que, hoje, esse tipo de ação não é uniforme nos tribunais do país. “A ideia é recuperar o conhecimento existente, com uma metodologia regular. Espera-se que a experiência dos próprios magistrados e servidores definam fatores de risco para suas atividades, como preveni-las e tratá-las”, explica.

Na última década, por exemplo, a composição dos gastos com plano de saúde da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis) com o câncer saltou de 1% para 8%.

Já uma pesquisa feita pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), coordenada pela professora Ada Assunção, do departamento de Medicina da UFMG, revelou que embora os transtornos mentais não sejam, de modo algum, privilégio da magistratura, a classe está mais exposta a depressão do que o resto da população. O levantamento da Anamatra mostra ainda que os salários dos juízes não alteram a incidência dos casos de depressão ou outros transtornos mentais.

Apoio psicológico

A depressão entre magistrados motivou o juiz **Franklin Vieira dos Santos** a desenvolver o tema de forma mais profunda no mestrado em Poder Judiciário da FVG Direito Rio, como pode ser conferido clicando-se aqui. Em *O Magistrado e o Adoecimento no Trabalho: Aspectos Jurídicos e Psicológicos*, defendido em 2009, o magistrado relaciona a atividade jurisdicional aos sintomas de estresse.

Santos fez um levantamento com 50 magistrados do Tribunal de Justiça de Rondônia, dos quais oito possuem entre menos de cinco anos de carreira; 12 possuem entre cinco e dez anos de carreira; nove possuem entre dez e 15 anos de carreira; 13 possuem 15 e 20 anos de carreira e oito com mais de 20 anos de carreira.

Ao final da pesquisa, ele constatou que a estrutura do Judiciário atua de forma decisiva para o sofrimento profissional, em virtude da carga excessiva de trabalho e dos tipos de demandas ajuizadas, sendo necessário um apoio psicológico aos magistrados. “Deve-se ter em mente que esse profissional é visto como ente público, órgão, e, como tal, destituído de subjetividade, visto que encarna valores representativos da sociedade, enquanto aplicador da justiça, dentro de uma estrutura judiciária hierarquizada que, por si só, traz consigo pressões inerentes ao próprio cargo”, escreve.

Ele também fala sobre a responsabilidade do cargo: “Exige-se muito do julgador, mas pouco se lhe oferece para o cumprimento satisfatório de sua tarefa. A estrutura do Poder Judiciário é hierarquizada

e autoritária. Em alguns estados, os prédios ainda são antigos casarões, fato que demonstra a dificuldade de inovar no aspecto e nas ideologias do profissionalismo”.

Dedicação exclusiva

“Tivemos um caso aqui em São Paulo, o do Flávio Torres, um desembargador famoso, que não tinha filho, não fazia outra coisa na vida a não ser viver para o tribunal. Se aposentou e, dias depois, teve um enfarte fulminante. O desembargador Yussef Said Cahali teve um derrame. Ele perdeu ao mesmo tempo o cargo de desembargador e a cadeira na faculdade, por haver chegado à idade limite.” O relato é do ministro **Cezar Peluso** em entrevista concedida à **Consultor Jurídico**, dias antes de deixar a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Juiz de carreira, o ministro, pai de dois filhos também juízes, conta que não conseguiu acompanhar o crescimento dos filhos como gostaria. “Chegava em casa 9h da noite, eles já estavam dormindo, trabalhava de madrugada, ia dormir 4h ou 5h da manhã, lendo processos. Quando acordava às 10h da manhã, meus filhos já estavam na escola. Passei vários anos sem vê-los, sem aquela convivência diária da conversa após o jantar. Até que um dia decidi que não iria trabalhar mais à noite”, lembra.

Ele disse ainda que, nomeado juiz de São Sebastião (SP), tirou um mês de férias e viajou para o município do litoral de São Paulo, onde o trabalho tomou todo o tempo. “O juiz que me antecedeu deixou uma pilha de processos que estavam em via de prescrição. Fiquei

os 30 dias de férias trabalhando para colocar em dia o serviço do outro, que estava atrasado. Naquela época tivemos vários juízes jovens que morreram de enfarte, todos por causa de serviço.”

O ministro também falou acerca da pressão exercida sobre os magistrados. “Vivemos uma tensão tremenda pela exigência do serviço. Ninguém convive com o juiz para atestar isso, todo mundo acha que isso é fiada de juiz. Não é. É verdade que eles trabalham muito, não é um bordão ou cantilena corporativista”, diz.

Por isso, é favorável à manutenção dos 60 dias de férias dos juízes, mas entende que a proposta não é bem aceita pela sociedade. “Nós não temos horário para trabalhar. A sociedade pode exigir que o juiz tenha 30 dias de férias. E o juiz poderia exigir trabalhar 8 horas por dia. Bateria meu cartão, faria meu serviço, depois iria para casa e não faria mais nada. Mas é claro que isso é impossível, isso pararia o Brasil.””

Diante desse quadro, indaga-se: da mesma forma que exigimos uma conduta ética dos magistrados para com os jurisdicionados e em relação à sociedade, não é igualmente exigível uma postura ética do Estado para com eles?

Algumas situações podem ser bem discutíveis do ponto de vista ético.

No caso do Juiz Federal Marcelo Antônio Cesca, devido à demora na análise do seu retorno ao cargo pelo Conselho Nacional de Justiça, ele se manifestou pelas redes sociais demonstrando sua indignação, conforme se extrai da seguinte notícia:

“Afastado do cargo desde novembro de 2011 após sofrer um surto psicótico, um juiz federal de Brasília postou fotos em uma rede social ironizando a demora do Conselho Nacional de Justiça para analisar o pedido dele para voltar ao trabalho. Nas imagens, Marcelo Antônio Cesca, de 33 anos, aparece na praia, com a namorada.

“Eu agradeço ao Conselho Nacional de Justiça por estar há 2 anos e 3 meses recebendo salário integral sem trabalhar, por ter 106 dias de férias mais 60 dias pra tirar a partir de 23/03/14, e por comemorar e bebemorar tudo isso numa quinta-feira à tarde ao lado de minha amada gata de 19 anos! Longa vida ao CNJ e à Loman [Lei Orgânica da Magistratura Nacional]!”, escreveu na legenda de uma delas.

Em outra postagem, juiz faz referência ao tempo que está sem trabalhar e, com ironia, diz que “não é fácil viver no Brasil.”

Em entrevista ao **G1**, o magistrado disse que o surto ocorreu depois que um médico dobrou a dose de antidepressivo que ele tomava na época, devido a um tratamento contra estresse pós-traumático. O CNJ então abriu um processo administrativo para avaliar se ele tinha capacidade de voltar a atuar, disse.

Cesca afirma que passou por três psiquiatras e que, em maio de 2013, foi considerado apto a retomar suas atividades. Ainda assim, nove meses depois, o caso ainda não foi analisado pelo CNJ. O **G1** procurou o conselho, que disse que não vai se pronunciar a respeito.

O juiz, que atuava na 2ª Vara Federal e recebe salário de R\$ 22 mil, se diz indignado com a situação. “Isso é um absurdo e me afeta por vários motivos. Primeiro, não posso legalmente exercer outra profissão. Segundo, sem trabalhar, minha saúde piora, porque afeta minha autoestima. Terceiro, não posso me promover na carreira. Quarto, falta juiz, sobram processos e eu aqui olhando para o teto”, disse.

Cesca diz se considerar muito novo para estar parado e afirma que quer voltar a trabalhar. “É tudo o que eu quero.” Ele foi nomeado para o cargo em maio de 2006, no Paraná.”⁴⁸

Curiosamente, depois dessa declaração, o mencionado Juiz pediu exoneração do cargo, segundo notícias veiculadas na mídia.⁴⁹

Assim, sem promover uma análise mais apurada sobre o assunto, a fim de verificar os meandros das questões que envolvem esses relatos, o que deve ser apurado sempre na seara própria, diante de contraditório e ampla defesa a todas as partes envolvidas, algumas balizas podem ser lançadas.

A ética, em si, não demanda apenas deveres dos magistrados, mas pressupõe exigências em relação ao exercício da atividade e, evidentemente, proporcionais à relevância da função desempenhada por eles, cabendo ao Estado zelar pelo bem-estar dessa carreira essencial à democracia.

48 MORAIS, Rachel. Juiz ironiza na web demora do CNJ em aprovar a volta dele ao trabalho. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/02/juiz-ironiza-na-web-demora-do-cnj-em-aprovar-volta-dele-ao-trabalho.html>. Acesso em 23.03.2014.

49 MORAIS, Rachel. Juiz que ironizou CNJ na web pede exoneração. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/03/juiz-que-ironizou-cnj-na-web-pede-exoneracao.html>. Acesso em 07.04.2014.

Justiça do Trabalho

No Poder Judiciário trabalhista há constante suspeita de parcialidade em prol dos interesses dos empregados, entretanto, tal situação é adequadamente solucionada, na medida em que o juiz plenamente diferenciar a tutela legal aos direitos dos trabalhadores da igualdade, que deve reinar no tratamento processual aos réus e autores das demandas trabalhistas, com especial atenção na fase conciliatória.⁵⁰

O desenvolvimento linear do processo, presente no artigo 125, II, (solução rápida da demanda) e no artigo 130 (a produção das provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias), do CPC, é mais importante na Justiça do Trabalho, diante do princípio vigente de irrecorribilidade das decisões interlocutórias, somado ao dever de impedir que o processo seja utilizado como instrumento de ato simulado ou para a consecução de um objetivo vedado pela legislação.⁵¹

Ao surpreender os litigantes em condutas que merecem reprimenda, o juiz não deve exaltar-se ou atuar de modo assemelhado às partes para coibir, prevenir ou reprimir a falta.⁵²

Mesmo na repressão de desvios das testemunhas há necessidade de ponderação e cautela no combate ao falso testemunho, pois há diversos elementos que podem ocasionar uma contradição no depoimento, dentre eles, o nervosismo e o fato de se ter tomado conhecimento da situação por terceiros. Ainda que comprovada a contradição e haja fortes indícios de que o crime de falso testemunho

50 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A ética e a magistratura na visão de um juiz do trabalho*. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 473.

51 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A ética e a magistratura na visão de um juiz do trabalho*. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 472.

52 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A ética e a magistratura na visão de um juiz do trabalho*. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 473.

se efetivou, cabe ao juiz, como representante imparcial da sociedade, encaminhar os elementos para a apuração dos órgãos competentes, sem exaltações e balburdia no trato com as pessoas⁵³ por diversos motivos.⁵⁴

Os embates jurídicos devem ser travados com cordialidade e urbanidade, contudo, pequenos desvio devem ser tolerados, uma vez que as paixões são inerentes aos seres humanos e, muitas vezes, os poderes-deveres dos juízes se entrelaçam nas prerrogativas dos Advogados, merecendo muita parcimônia do magistrado na condução dos atos processuais.⁵⁵

Isso não significa que o magistrado deve aceitar qualquer tipo de conduta do causídico, pois deve zelar pela legalidade e legitimidade da prestação jurisdicional na colheita das provas e demais atos, visando à imparcialidade do juízo, que somente será consagrada se não permitir que um dos Advogados exorbite de seus deveres e prerrogativas em detrimento das atividades, deveres e prerrogativas do Advogado da parte adversa e do próprio Poder Judiciário.

Juízes Contemporâneos

O juiz, na atualidade, “além de agente transformador do mundo, no sentido de conformá-lo a uma ordem social justa, deve ser um *arauto da esperança*”, em sua acepção concreta de ideal a ser alcançado.⁵⁶

53 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A Ética e a Magistratura na Visão de um Juiz do Trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 473.

54 A impossibilidade de manutenção do detido em flagrante diante do instituto da fiança, a ausência de locais suficientes para a prisão desses cidadãos, outros crimes cotidianamente cometidos de magnitude superior devem ser priorizados, etc.

55 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A Ética e a Magistratura na Visão de um Juiz do Trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 471.

56 NALINI, Jose Renato. *A ética e a Magistratura do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a. Região. Campinas. n.9. p.9-16. 1997. p. 14.

O Corregedor Geral de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 1994 e 1995, em discurso aos novos juízes, consignou que o problema da Magistratura consiste no “elemento humano”, que pode ser exageradamente vaidoso, arbitrário, sem conteúdo intelectual adequado, deficiências de caráter e fragilidade exacerbada.⁵⁷

Como já se posicionou Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior “não é mais escusado ao juiz ignorar o problema e muito menos se ocultar por trás dos dogmas, agora questionados”, pois “é cada vez mais visível a necessidade de se superar do positivismo jurídico, que elaborou historicamente o conceito de neutralidade da lei e a concepção formal de independência e imparcialidade do juiz, transformadas em verdadeiros mitos”.⁵⁸

Não se pode mais conceber que o Poder Judiciário seja utilizado para manutenção de um sistema arcaico de desigualdades sociais, sob o aparente manto da realização da justiça na aplicação da norma no caso concreto, uma vez que “a conclusão de que a jurisprudência tradicional nada mais faz do que tomar partido das classes que exercem a hegemonia pelo discurso ideológico leva à necessidade de se elaborar uma nova ética de aplicação da lei com base na vertente crítica do pensamento filosófico”.⁵⁹

Na era hodierna, a prestação jurisdicional por meio dos juízes sofreu uma reviravolta de paradigma, na medida em que o agente público deixou sua conduta meramente passiva para uma atuação

57 LAZZARINI, Álvaro. *Deontologia da Magistratura: o Juiz, suas Atribuições Funcionais, seus Compromissos Éticos. A Força Policial*. São Paulo. n.17. p.43-65. jan./mar. 1998. p. 58.

58 CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Magistratura Democrática e o Direito Alternativo - Em Busca de uma Nova Ética de Jurisdição*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.82. n.691. p.53-8. maio. 1993. p. 53-54.

59 CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Magistratura Democrática e o Direito Alternativo - Em Busca de uma Nova Ética de Jurisdição*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.82. n.691. p.53-8. maio. 1993. p. 55.

mais ativa na aplicação da lei ao caso concreto, promovendo, muitas vezes, a integração do ordenamento jurídico ou interpretações construtivas em prol da Justiça.⁶⁰

Como bem ressaltado por Eduardo Couture, em citação reproduzida por Antônio Souza Prudente, “da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e num momento histórico determinado, o que valem os juízes como homens”, concluindo que “no dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo.”⁶¹

O cotidiano do juiz enseja a consolidação de sua postura ética, edificando e fortalecendo-se nos pequenos detalhes, sendo certo que, evidentemente, “mais importante do que *conhecer* a ciência ética é preciso *viver eticamente*”.⁶²

A pior das pobreza é a pobreza moral, como já salientou José Renato Nalini.⁶³

O mesmo estudioso ressalta também que:

“É falso dizer que, para o advogado, quanto pior melhor. Ele não pode ser o profissional que vive das crises, que se alimenta da miséria humana, que estimula os conflitos. A função do Direito, no terceiro milênio, será a pacificação da comunidade e a edificação da harmonia”.⁶⁴

60 PRUDENTE, Antônio Souza. *Ética e Deontologia da Magistratura do Terceiro Milênio. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.12. p.43-8. 2000. p. 47.*

61 PRUDENTE, Antônio Souza. *Ética e Deontologia da Magistratura do Terceiro Milênio. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.12. p.43-8. 2000. p. 48.*

62 NALINI, Jose Renato. *A Ética e a Magistratura do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.9. p.9-16. 1997. p. 9-10.*

63 NALINI, Jose Renato. *A Ética e a Magistratura do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.9. p.9-16. 1997. p. 11.*

64 NALINI, Jose Renato. *A crise do Direito e o Resgate da Ética. LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. São Paulo. v.11. n.113. p.9-18. jan. 1999. p. 17.*

A visão contemporânea dos magistrados, portanto, impede que sua função se restrinja a *bouche de la loi*, segundo a ótica de Montesquieu,⁶⁵ pois implica no exercício de suas competências de maneira mais ativa, realizando a justiça, ao interpretar a norma, segundo “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, mas não deve chegar ao extremo de que o juiz se confunda com o legislador ao em vez de declarar o significado das normas.⁶⁶

Os membros do Poder Judiciário ao usarem “os seus poderes, em verdade os exercem como *deveres* para com o povo a que servem”⁶⁷

A prudência é um ato complexo que não se resume a previdência, pois “sendo próprio da prudência a previsão do futuro, cabe-lhe, assim, distinção e comparação do passado e do presente, para disso extrair a previsão do futuro”.⁶⁸

A ética deve temperar a autoridade para evitar o autoritarismo, portanto, o princípio da separação de poderes nada mais é do que uma forma de consagrar a ética no ente estatal ao impedir a concentração de poder protegendo a democracia, a cidadania e a liberdade.⁶⁹

Na atualidade, como salientado por Antônio Rulli, “a ética exige da autoridade do juiz a isenção, a imparcialidade, a independência, a probidade, a responsabilidade e a crença nos valores humanos,

65 DIP, Ricardo. *Prudência Judicial e Consciência*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.106. n.408. p.299-316. mar./abr. 2010. p. 301.

66 DIP, Ricardo. *Prudência Judicial e Consciência*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.106. n.408. p.299-316. mar./abr. 2010. p. 301.

67 LAZZARINI, Alvaro. *Deontologia da Magistratura: o Juiz, suas Atribuições Funcionais, seus Compromissos Éticos*. A Força Policial. São Paulo. n.17. p.43-65. jan./mar. 1998. p. 43.

68 DIP, Ricardo. *Prudência Judicial e Consciência*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.106. n.408. p.299-316. mar./abr. 2010. p. 306.

69 RULLI JUNIOR, Antônio. *Autoridade, Ética e Jurisdição*. Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.7. n.2. p.7-11. jul./dez. 2006. p. 8.

respeito ao cidadão e aos Direitos Humanos” e, no caso da imparcialidade, pressupõe do magistrado “equilíbrio emocional, vocação, sensibilidade e intuição”.⁷⁰

O problema da mídia nas questões éticas é que prefere divulgar e propagandear os casos de desvio dos magistrados, deixando de prestar um serviço adequado à comunidade ao demonstrar as condições da prestação jurisdicional dos profissionais sérios que, muitas vezes, custeiam papel, tinta para impressoras e demais instrumentos necessários ao trabalho cotidiano, atingindo indevidamente profissionais abalizados e comprometidos, incentivando o descrédito nas funções públicas.⁷¹

A corrupção e atividades antiéticas devem ser concebidas em caráter amplo e não sob uma concepção restrita, em que se auferem uma vantagem indevida, em virtude de uma condição funcional privilegiada, sendo oportuna a análise das três síndromes esboçadas por José Renato Nalini.⁷²

A síndrome da rocha transforma o magistrado em um ser insensível, que procura esquivar-se de analisar o mérito das ações por meio de um formalismo exacerbado, a pretexto de ser imparcial, apega-se ao seu ego, afastando-se das partes, Advogados e auxiliares do juízo, das consequências de suas decisões e de uma linguagem transparente.⁷³

A síndrome do burocrata impele o magistrado ao exercício da “prática do mínimo esforço”, com o uso exagerado da jurisprudência e o refreamento da criatividade e do estudo apurado para

70 RULLI JUNIOR, Antônio. *Autoridade, Ética e Jurisdição*. Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.7. n.2. p.7-11. jul./dez. 2006. p. 9.

71 NALINI, José Renato. *Ética no Terceiro Milênio*. Cadernos Jurídicos. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.2. n.3. p.121-6. jan./fev. 2001. p. 122.

72 NALINI, José Renato. *Ética no Terceiro Milênio*. Cadernos Jurídicos. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.2. n.3. p.121-6. jan./fev. 2001. p. 122-124.

73 NALINI, José Renato. *Ética no Terceiro Milênio*. Cadernos Jurídicos. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.2. n.3. p.121-6. jan./fev. 2001. p. 123.

convencer-se da tese jurídica. Essa situação se agrava com o estrito cumprimento de seu horário de trabalho, sem a consciência de que as decisões merecem aprimoramento que rejuvenesce e desenvolve a jurisprudência, que deve ser dinâmica e não inerte.⁷⁴

A síndrome do semi-deus impede que o magistrado se aperfeiçoe nos estudos, em virtude da falácia de que é superior aos demais por ter vencido após as diversas fases de um concurso público muito concorrido, recusa-se a receber os Advogados, torna-se arrogante e acredita que a sua sentença por si só se sustenta por ser expressão da soberania estatal, ou, ainda, tendenciosamente aproxima-se dos meios de comunicação ou da classe dominante, visando a promoção pessoal.⁷⁵

Todas essas doenças que afetam a Magistratura podem ser consideradas falhas éticas que, muitas vezes, são combatidas pelas Corregedorias, mas o principal remédio para essas atitudes é a consciência de cada um dos juízes e, nessa seara, essencial uma “imersão na solidariedade”, a fim de combater a insensibilidade presente nos órgãos do Poder Judiciário.⁷⁶

No era hodierna, em que a globalização acabou com as fronteiras entre os Estados e as barreiras das informações divulgadas hoje praticamente em tempo real, constata-se que a legislação não se aprimorou para atender as demandas de massa, restringindo-se a manutenção das normas casuísticas tendentes a solucionar conflitos individuais com atuação no passado, mas sem preocupação com o futuro.⁷⁷

74 NALINI, José Renato. *Ética no Terceiro Milênio. Cadernos Jurídicos. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.2. n.3. p.121-6. jan./fev. 2001. p. 124.*

75 NALINI, José Renato. *Ética no Terceiro Milênio. Cadernos Jurídicos. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.2. n.3. p.121-6. jan./fev. 2001. p. 124.*

76 NALINI, José Renato. *Ética no Terceiro Milênio. Cadernos Jurídicos. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. v.2. n.3. p.121-6. jan./fev. 2001. p. 124-125.*

77 NALINI, José Renato. *A Crise do Direito e o Resgate da Ética. LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. São Paulo. v.11. n.113. p.9-18. jan. 1999. p. 10-11.*

O ensino de Direito nas faculdades responsáveis pela formação dos juristas é objeto de uma crise que necessita ser combatida por meio do treinamento adequado do profissional para sua atuação no mercado de trabalho, pois não basta decorar as normas, torna-se necessário o domínio de outras áreas do conhecimento (Sociologia, Economia, Antropologia, Psicologia etc), no intuito de “conhecer profundamente o meio circundante, as contingências humanas, ter sensibilidade para exercer a pacificação social e encontrar estratégias válidas para a solução dos conflitos”, viabilizando “o desenvolvimento da capacidade crítica” e de outras searas como “a intuição, a criatividade, a tolerância e o espírito de solidariedade”.⁷⁸

Jacinta Balbela de Delgue ressalta que “la Facultad de Derecho nos habilita para ser abogados o escribanos, pero no nos enseña a ser jueces”, pois o magistrado necessita de “un bagaje cultural que le permita conocer y comprender el medio social en que actúa, el momento histórico en que se desempeñan, el origen real del conflicto que le corresponde dirimir y el material humano con que le tocará actuar.”⁷⁹

A própria Magistratura apresenta uma crise de valores influenciada pela forma defasada de acesso à carreira por meio de concursos que valorizam o conhecimento teórico, sem um maior cuidado com “os aspectos vocacionais ou éticos do futuro julgador”, sendo recomendável uma participação mais efetiva por parte da Escola da Magistratura na seleção, que deve valorizar o “conteúdo humano” do pretense juiz e não o mero conhecimento jurídico, impedindo que os cursos para concursos sejam o principal fato de aprovação dos

78 NALINI, Jose Renato. *A crise do Direito e o Resgate da Ética. LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. São Paulo. v.11. n.113. p.9-18. jan. 1999. p. 12.*

79 BALBELA DE DELGUE, Jacinta. *Ética del Magistrado. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. v.31. n.33-4. p.101-9. jul./dic. 1990. p. 109.*

estudantes e não seu potencial como ser humano coerente e justo.⁸⁰ O conhecimento jurídico pode ser adquirido e aprimorado, mas o caráter e a vocação ética não pode ser artificialmente criado.

José Renato Nalini reconhece que “a crise do Estado, a gerar múltiplas microcrises, é manifestação do enfraquecimento dos laços de solidariedade e da debilitação do sentido da moral na vida dos homens”.⁸¹

Roberto Romano, ao tratar da Justiça, asseverou que “o tema posto em debate, justiça para todos, precisa ser encarado com delicadeza mágica. Em primeiro lugar, porque a noção de Justiça pode ser transposta dos deuses para os homens poderosos, os quais se colocam como os grandes justiceiros da sociedade, ditando regras loucas mas fortes a que todos devem submeter-se”, concluindo que a “Justiça para todos significa justiça para cada um dos humanos”.⁸²

Nessa concepção encontra-se o conflito da “ética da convicção” (prioriza o magistrado como interprete da norma de conotação subjetiva) com a “ética da responsabilidade” (valoriza o entendimento jurisprudencial e a posição dos Tribunais Superiores de caráter objetivo).⁸³

Na verdade, ambas podem conviver pacificamente, mas a justiça apenas se efetiva quando há convicção. O magistrado deve, ao analisar o caso concreto, ponderar o seu julgamento, aplicando a jurisprudência consolidada quando realmente entender cabível essa posição jurídica ou promovendo a interpretação justa da lei, segundo a sua concepção.

80 NALINI, Jose Renato. *A Crise do Direito e o Resgate da Ética. LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. São Paulo. v.11. n.113. p.9-18. jan. 1999. p. 13.*

81 NALINI, Jose Renato. *A Crise do Direito e o Resgate da Ética. LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. São Paulo. v.11. n.113. p.9-18. jan. 1999. p. 16.*

82 ROMANO, Roberto. *Justiça para Todos? Boletim dos Procuradores da República. São Paulo. v.4. n.40. p.13-9. ago. 2001. p. 18.*

83 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ética na Magistratura. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.14. p.52-9. 2001. p. 59.*

O que não poderá preponderar será a singela implementação da posição jurisprudencial, a pretexto de cumprir metas ou para terminar mais rapidamente o processo, invertendo o caráter instrumental do procedimento para transformá-lo em objeto principal da prestação jurisdicional. Jamais o meio pode ser considerado um fim e, obviamente, o ser humano de fim não deve se submeter a ser mero meio para o alcance de metas de produtividade, que apenas beneficiarão os juízes em suas promoções ou os órgãos de fiscalização, como o Conselho Nacional de Justiça, em seus monitoramentos.

Diante da dinâmica da sociedade, a sentença que, num primeiro momento, poderia ser concebida como “produto de um puro jogo de lógica formal” é confeccionada numa relação inversa do silogismo clássico em que se chega primeiro a conclusão e depois encontra-se a sua fundamentação e as premissas que a embasam.⁸⁴

Nesse sentido é a posição de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior:

“Compromissado eticamente com a justiça efetiva e não com o preceito genérico da lei, o convencimento do juiz deve vir do fato para a norma. Tomando a decisão mais justa, obriga-se a adaptá-la às leis vigentes, preenchendo lacunas e corrigindo seu conteúdo axiológico. Não pode se apegar a normas imperfeitas ou esclerosadas, ainda que tenha que formular interpretação astuciosa ou abusiva, numa criação judicial do direito cada vez mais exigível. O papel do juiz cada vez mais se afasta da tradicional descoberta do espírito da lei. Tratando de recuperá-la

84 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A Ética e a Magistratura na Visão de um Juiz do Trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 472.

e atualizá-la, pratica uma jurisprudência de interesses em lugar da jurisprudência de conceitos, numa sociedade fragmentada, complexa e cambiante”.⁸⁵

A precisa sentença de um juiz somente será alcançada se ele tomar efetivo conhecimento das provas produzidas nos autos e das peças processuais protocoladas pelas partes em litígio, mas isso demanda tempo e pode prejudicar a celeridade processual em prol da segurança jurídica, ambas respeitadas nas práticas cotidianas dos Fóruns, em que os processos são separados pela sua complexidade.⁸⁶

Os Vinte Mandamentos do Juiz idealizado pelo magistrado francês RANSSON demonstra o espírito que deve imbuir os juízes em sua atividade:

1. O juramento prestado guardarás - Com retidão e estritamente
2. A hora marcada comparecerás - À audiência, exatamente.
3. As partes bem tratarás - Como a todos, afavelmente.
4. Para os deserdados tu serás - Mais que para os outros, benevolente.
5. Da popularidade fugirás - E da publicidade, igualmente.
6. Os litigantes reconciliarás - Quando tu couber, corajosamente.
7. Teus méritos apreciarás - Com eqüidade, facilmente.
8. Sem nenhum pesar te absterás - Cada vez mais modestamente.
9. Da rotina te amedrontarás - Como da peste, seguramente.

85 CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Magistratura Democrática e o Direito Alternativo - Em Busca de uma Nova Ética de Jurisdição*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.82. n.691. p.53-8. maio. 1993. p. 57.

86 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A Ética e a Magistratura na Visão de um Juiz do Trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 473.

10. Teu erro confessarás - Em todo ensejo, humildemente.
11. Em caso de dúvida absolverás - Sem hesitar, imediatamente.
12. Aos empedernidos te mostrarás - Severo, impiedosamente.
13. Sem nenhum pesar te absterás - Do gracejo, muito severamente.
14. As formas simplificarás - Sempre que puderes, impunemente.
15. Todas as peças tu lerás - Lenta e cuidadosamente.
16. A solução tu adotarás - Nem rápida, nem lentamente.
17. Os suplicantes ouvirás - Sem bocejar visivelmente.
18. Tuas sentenças redigirás - Curtas e completas,
19. Na promoção não pensarás - Senão no domingo somente.
20. Servidor das leis te conservarás - Até a morte, simplesmente.⁸⁷

Em situação assemelhada, na presença de “máximas de comportamento”, Amauri Mascaro Nascimento, ao final de uma lista de 15 itens de observação obrigatória pelo juiz, conclui, após o relato, “se fores assim, não és um juiz, és um super-homem”.⁸⁸

Na realidade, nem tudo que almejamos conseguimos alcançar, mas a estipulação de um ideal distante tem o benefício de propiciar ao menos que continuemos a seguir o caminho que nos levará ao destino ou como preferem alguns ao norte indicado pela bússola. Apesar de jamais encontramos um local denominado norte, a bussola sempre permitirá que nos direcionemos naquele sentido e isto, no momento, já é suficiente para termos esperança.

87 LEVENHAGEN, Antonio José de Barros. *A Ética e a Magistratura na Visão de um Juiz do Trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v.61. n.4. p.471-4. abr. 1997. p. 474.

88 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ética na Magistratura*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas. n.14. p.52-9. 2001. p. 59.

Considerações Finais

As normas de cunho ético que influenciam a atividade dos Magistrados não se restringem ao Poder Judiciário, visto que em diversas oportunidades os poderes-deveres dos juízes se entrelaçam com prerrogativas de outros operadores do direito, sem mencionar as partes em litígio e os demais servidores e auxiliares da Justiça, cujo trato exige uma conduta escorreita sob o ponto de vista ético.

As diversas disposições escritas e não escritas de conotação ética, essenciais para a prestação jurisdicional, não se esgotam nas normas copiladas em códigos ou diplomas legais, pois tais preceitos são dinâmicos e em contínua evolução para se adequar às exigências vigentes no âmbito social.

Os juízes contemporâneos devem exercer sua profissão com parcimônia, urbanidade, imparcialidade, dentre outros princípios, priorizando e aprimorando o seu lado humano com o desenvolvimento de percepções metajurídicas, que devem ser incentivadas desde a formação nas Faculdades de Direito até a seleção nos concursos públicos para a Magistratura.

Apenas se o meio social conscientizar-se da importância dos preceitos éticos para o aprimoramento das estruturas de poder inerente ao Estado é que os exemplos serão concretizados e plenamente divulgados no serviço público em geral, mas, para tanto, o comprometimento da Magistratura é prioritário para as bases de um eticidade mais humanitária e menos artificial em prol do cidadão e do bem comum, sendo este estudo um pequeno passo em direção à plena conscientização social.