

A RELEVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL E ESTRANGEIRA PARA O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

André Araújo Molina*

1. INTRODUÇÃO



Código de Processo Civil de 2015 revolucionou toda a teoria geral do processo, lançando luzes também sobre o processo do trabalho, na medida em que este, embora seja considerado como um ramo autônomo pela grande maioria dos autores trabalhistas, recebe da sua matriz original múltiplas influências¹, inclusive em relação aos temas das fontes do direito e dos requisitos essenciais de fundamentação das decisões judiciais.

Uma das principais novidades introduzidas pelo novo código foi alçar os precedentes judiciais à condição de fonte formal do direito, de modo a vincular as decisões posteriores, principalmente dos juízes de primeira instância, tendo em mira emprestar uma maior racionalidade, coerência e previsibilidade ao sistema judicial, sendo por essas razões que incluiu como

* Doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP), Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho (UCB/RJ), Bacharel em Direito (UFMT), Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT), Professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMT e Juiz do Trabalho Titular na 23ª Região.

¹ O novo CPC prevê em seu artigo 15 que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” Para um completo estudo a respeito da abrangência da influência e os critérios de aplicabilidade das normas processuais do novo código ao processo do trabalho v. MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

requisito das decisões a necessidade de o juiz observar os precedentes, podendo afastar-se deles de modo fundamentado e de acordo com as autorizações previstas no próprio código², consagrando o modelo de julgamento que teve início com as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e aproximando o nosso sistema do modelo do *common law*.³

O processo do trabalho, com a inclusão de disposições processuais para regular o julgamento de recursos de revista repetitivos, dada pela Lei 13.015/2014, também adotou as premissas próprias do *common law* de atribuir força vinculativa aos precedentes judiciais, exigindo dos magistrados trabalhistas

² Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

³ Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constituição n. 45 de 2004.

uma mudança de mentalidade na abordagem da jurisprudência como fonte do direito.

Cláudio Brandão analisou o novo incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos para concluir que o principal objetivo da nova legislação foi induzir a unidade sistêmica da jurisprudência trabalhista, a partir da necessidade de fixação de tese jurídica prevalecente, incumbindo ao Tribunal Superior do Trabalho eliminar a diversidade de interpretações possíveis em torno da questão jurídica posta ao seu exame e, ao final, fixar uma única posição, a qual se imporá, de modo obrigatório, nos planos horizontal (internamente ao tribunal) e vertical (instâncias inferiores).⁴

A proposta deste trabalho é avançar para definir, além da obrigatoriedade dos precedentes dos tribunais superiores brasileiros, qual a relevância dos julgados internacionais e estrangeiros para a jurisdição trabalhista doméstica, inserida que está em uma rede mundial de conversação jurídica permanente, cujos problemas da sociedade pós-moderna são semelhantes nos mais variados países e recolhidos por várias ordens normativas que incidem além das antigas fronteiras estatais.

2. A MULTIDIMENSIONALIDADE DAS ORDENS NORMATIVAS TRABALHISTAS

Ao final da Segunda Guerra houve mudanças importantes na geopolítica mundial, principalmente a partir da formação da Organização das Nações Unidas e a consequente relativização da soberania dos Estados. O reflexo do compartilhamento político entre os Estados e os órgãos internacionais foi a ampliação dos centros de criação normativa, migrando da exclusividade estatal para um pluralismo legislativo, notadamente pela ascensão dos tratados internacionais como fonte do direito e o reconhecimento de uma multidimensionalidade das ordens

⁴ Brandão, Incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos, p. 613.

normativas.

Migramos de um modelo legalista, em que o Estado era o único centro de imputação normativa, cuja interpretação pelo método positivista garantia segurança jurídica e previsibilidade, passando pelo modelo internacionalista dos tratados entre Estados, depois uma fase universalista com a criação de normas internacionais que vinculam inclusive aqueles que a elas não tenham manifestado adesão, culminando com o atual transconstitucionalismo da pós-modernidade.

Marcelo Neves desenvolve a tese da transconstitucionalidade do direito a partir da constatação de que a emergência de novos problemas globais, em razão dos novos desafios da sociedade mundial, convocando tanto o Estado, quanto os entes internacionais, os grupos locais e as redes privadas de atores globais para tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, concorre para o “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.”⁵

A transconstitucionalidade cuida de delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, dentro do mesmo sistema funcional jurídico da sociedade mundial atual. Cada uma das ordens normativas possui os seus próprios elementos (atos jurídicos), suas estruturas (normas jurídicas), seus processos (procedimentos jurídicos), sua reflexão (dogmática jurídica) e seus órgãos de jurisdição (tribunais).

Raciocinando a partir do paradigma da transconstitucionalidade, vemos no direito trabalhista pós-moderno o entrelaçamento de diversas ordens normativas, sem que se possa definir uma hierarquia ou uma sobreposição estática entre elas, na medida em que as suas origens são as mais diversas. Há ordem estatal, com a legislação municipal, estadual e federal, especia-

⁵ Neves, *Transconstitucionalismo*, p. 34.

lizada e extravagante, bem como a Constituição, todas incidentes nas relações de trabalho, além das ordens locais, das ordens internacionais, com os tratados, recomendações e convenções, comuns, de direitos humanos e da OIT, da ordem supranacional, ainda em fase de formação, com a incidência de normas oriundas de entes supranacionais e que não dependem de ratificação para a eficácia das suas normas (universalismo).

Também há as ordens transnacionais, oriundas de fontes extraestatais, como as normas coletivas, os regulamentos de empresa, os contratos de trabalho internacionais, as ordens normativas locais arcaicas de um povo ou comunidade, as decisões dos tribunais arbitrais do esporte, *jus cogens*, os acordos de colaboração internacional, bilaterais ou multilaterais, regionais ou universais etc.

Jean-Claude Javillier, lecionando a respeito das normas internacionais do trabalho emanadas da OIT e seu diálogo com as demais normas internas incidentes nas relações de trabalho, também defende a adoção da perspectiva que fomente as complementaridades, as integrações entre as diferentes ordens. É, sem dúvida, de uma articulação entre todas as normas jurídicas, tanto internacionais como regionais e nacionais, que pode resultar uma boa governança trabalhista, à qual é atribuída grande parte da viabilidade da luta contra a pobreza, da realização da justiça social e da concretização do trabalho decente.⁶

A pluralidade de ordens normativas induz a existência de uma pluralidade de órgãos com força de autoridade no âmbito de funções legislativas, jurisdicionais e executivas, reclamando a necessidade de uma maior “conversação” entre eles, na busca de uma fertilização cruzada de ideias e consensos quanto às decisões dos litígios globais, além das antigas fronteiras estatais.

Marcelo Neves arremata a sua lição sobre o transconstitucionalismo:

⁶ Javillier, Globalização e pesquisa jurídica, p. 44.

O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.⁷

Se os mesmos problemas podem ser objeto de regramento em duas ou mais ordens normativas, o ideal é que essas ordens e os precedentes específicos oriundos dos mais variados tribunais sejam colocados em diálogo, como medida de encontrar uma solução intermediária, conciliadora, sem que se recorra à ideia de hierarquia para justificar a sobreposição de uma em face da outra, desconsiderando-se uma das ordens normativas.

3. A RELEVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL E ESTRANGEIRA

A partir da premissa do entrelaçamento das diversas ordens normativas, cujos problemas atuais demandam recurso a mais de uma delas, simultaneamente, bem assim do reconhecimento do pluralismo jurisdicional, compreendemos que no paradigma jurídico pós-moderno as decisões dos tribunais internacionais e também as dos estrangeiros são relevantes para a jurisdição doméstica brasileira, na medida em que as disposições dos tratados internacionais são interpretadas e aplicadas tanto pelos tribunais internacionais quanto pelos tribunais domésticos dos demais países que aderiram aos mesmos documentos internacionais, ou seja, a mesma fonte normativa é objeto de análise pela jurisdição internacional e pela interna dos variados países aderentes, de modo que ambas as manifestações judiciais têm relevante papel para uma melhor interpre-

⁷ Neves, *idem*, p. 121.

tação e argumentação do juiz brasileiro quando for aplicar normas das diversas ordens em suas decisões.

Para além da interpretação plural do direito internacional e supranacional, também as decisões dos tribunais estrangeiros são relevantes quando as mesmas hipóteses fáticas são submetidas à julgamento pelos juízes de países diversos, mas, em muitos dos casos, a fonte normativa é idêntica, nomeadamente em tema de direitos fundamentais em que as constituições dos países democráticos colocam a dignidade da pessoa humana na centralidade dos sistemas, tendo um rol de direitos fundamentais bastante coincidentes entre si, cuja interpretação de um tribunal local pode emprestar subsídios para a interpretação de outro tribunal estrangeiro.

O socorro às fontes normativas internacionais e de direito comparado já é autorizado pela legislação trabalhista doméstica, mas muito pouco utilizado. O único sistema legislativo brasileiro que admite a aplicação direta do direito estrangeiro é o trabalhista, quando prevê no artigo 8º da CLT que na ausência de disposições internas de direito material, está autorizado o magistrado trabalhista a socorrer-se do direito comparado como fonte de julgamento.⁸

A Consolidação das Leis do Trabalho, principal fonte de direito material que regula os contratos de emprego no país, é de 1943, de modo que embora ainda atenda a contento a fixação dos critérios contratuais gerais, por outro lado, deixa esca-

⁸ “CLT, art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” Francisco Antônio de Oliveira, em comentário ao citado dispositivo, anota que significa que em sede trabalhista a incursão no Direito Comparado está expressamente autorizada. E graças a isto, certas resistências que são encontradas no Direito Comum, não firmam residência em campo trabalhista, cuja filosofia de proteção ao hipossuficiente tem foro cosmopolita, aberto às inovações. (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 77).

par uma infinidade de situações mais recentes que foram inseridas nas relações de trabalho da atualidade, por exemplo, a responsabilidade nas terceirizações, os direitos de personalidade nas relações de trabalho, meios de vigilância eletrônicos, revistas e monitoramento do ambiente de trabalho, dos meios de comunicação informáticos e nos pertences do trabalhador, apenas para falar de alguns temas que ainda não encontram regramento normativo no direito material interno, mas que são objeto de preocupação do Código do Trabalho português de 2009, o qual pode, por exemplo, servir como pauta indicativa de comportamento para a relação de trabalho e também como critério de julgamento, com o permissivo do artigo 8º da CLT, apenas para falar de um único exemplo de direito externo.

Também há disposições do direito interno que provocam interpretações divergentes em nossa jurisprudência, cujas disposições foram positivadas entre nós com inspiração legislativa em ordenamentos de outros países, sendo esse mais um motivo para que debruçemos sobre a jurisprudência dos países de origem, mais das vezes com décadas de amadurecimento quanto à interpretação das disposições, para colaborar dialogicamente com a melhor interpretação a ser dada entre nós. O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil trata das hipóteses de responsabilidade civil objetiva nas atividades de risco, cuja disposição foi inspirada nos códigos da Itália de 1942 e Portugal de 1966, de modo que as interpretações realizadas pelos tribunais desses países é relevante para auxiliar o juiz brasileiro quando estiver julgando um caso de acidente de trabalho em que se debata o enquadramento como atividade de risco.⁹

Jean-Claude Javillier também é partícipe da necessidade de diálogo entre os diversos sistemas jurídicos como mecanismo mais eficaz de universalização do Direito do Trabalho,

⁹ MOLINA, André Araújo. Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 79, n. 2, p. 70-117, abr./jun. 2013.

principalmente das Convenções da OIT. Para o autor, o direito internacional do trabalho nasceu de uma prática dinâmica de direito comparado, sendo que da diversidade dos ordenamentos de relações de trabalho, resultam as práticas legítimas de onde se descobre suas proximidades e compatibilidades. Para ele, “o estudo e a classificação de tais práticas permitem enriquecer o conteúdo das normas internacionais do trabalho. A dialética entre universalismo e particularismo deve ser substancial e permanente.”¹⁰

Se em uma perspectiva moderna os Estados ostentavam o atributo da soberania enquanto posição de respeito aos limites geográficos, não-intervenção e autonomia de jurisdição, derivando disso a irrelevância das decisões estrangeiras para o sistema jurídico interno, repercutindo no direito internacional com o costume do *par in par non habet iudicium*, na época atual de cooperação entre as nações¹¹, a jurisdição internacional ganhou maior relevância, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, com a previsão de disposições de proteção da pessoa humana na Declaração Universal de 1948 e nos tratados posteriores que criaram os tribunais internacionais, tanto no âmbito regional da Organização dos Estados Americanos, quanto global na esfera da Organização das Nações Unidas, com as atribuições de aplicar as disposições previstas no direito internacional, tendo o ser humano como sujeito ativo (tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos).

E o Brasil tornou-se partícipe da jurisdição internacional ao reconhecer que nas suas relações internacionais rege-se á pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, igual-

¹⁰ Javillier, idem, p. 46.

¹¹ “Nesta concepção, o Estado-Nação e a noção de soberania devem ser repensados através de uma complexa sociedade interdependente e cosmopolita na qual a noção de soberania é reescrita para endossar o conceito de uma sociedade plenamente integrada e harmoniosamente interligada, baseado em princípios de tolerância e de reconhecimento mutuo em uma rede distribuída no ordenamento internacional.” (Luis Cláudio Martins de Araújo, O diálogo institucional entre cortes locais e cortes transnacionais, p. 4/5).

dade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, integração dos povos da América Latina, recepção dos tratados internacionais, bem como a sua submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e o incentivo à formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, conforme os artigos 4º e 5º, §§, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 7º do ADCT.

O país é signatário dos principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto em nível regional quanto global, em cujas disposições há a criação de tribunais internacionais para efetivar a aplicação de suas normas.¹²

E a adesão brasileira aos diversos tratados internacionais que preveem a criação e funcionamento dos variados tribunais internacionais possibilita reconhecer a jurisdição entre nós da Corte Internacional de Justiça (Decreto 19.841/1945), do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma – Decreto 4388/2002), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto 4463/2002) e do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (Decreto 4982/2004). De outro lado, embora o país tenha aderido aos três importantes tratados de direitos humanos sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, sobre os direitos civis e políticos de 1966 e contra a

¹² O Brasil aderiu à Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, a Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951, a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, o Pacto internacional dos direitos civis e políticos de 1966, o Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, a Convenção americana de direitos humanos de 1969, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984, a Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985, e a Convenção sobre os direitos da criança de 1989, a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher de 1994, a Convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994 e a Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência de 1999.

tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes de 1984, até hoje não ratificamos as normas especiais dos referidos pactos, por meio das quais submeter-nos-íamos aos tribunais competentes para avaliar as denúncias de violações das suas próprias normas.

A Corte Internacional de Justiça possui funções consultiva (pareceres) e contenciosa (sentenças), resolvendo controvérsias internacionais restritamente entre Estados-Membros, órgãos e agências das Nações Unidas, desde que os primeiros tenham manifestado aderência voluntária à sua jurisdição, bem como em relação aos dois últimos apenas em sua função consultiva e não a contenciosa, restrita aos Estados-partes (artigo 34 do Estatuto). Existem centenas de tratados internacionais e convenções bilaterais com cláusulas compromissórias prevenindo recurso à Corte Internacional de Justiça, formando a base jurídica para sua atuação, de modo que suas sentenças e pareceres, ainda que possuam legitimados restritos e eficácia jurídica *inter partes*, oferecem uma pauta de reflexão para as sentenças internas. Para citar apenas duas, tanto a decisão sobre as imunidades jurisdicionais entre Estados (*Alemanha vs Itália* de 2012) quanto o parecer sobre reparações de danos de 1949, são instrumentos valiosos para o juiz trabalhista pós-moderno argumentar e legitimar as suas próprias sentenças acerca destes temas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui funções consultiva e contenciosa para julgar as violações à Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), já tendo construído uma vasta jurisprudência em relação ao direito à vida, liberdade e, como decorrência das violações desses, em matéria de reparação. No exercício da sua atribuição consultiva, o tribunal também emite opiniões consultivas a respeito da interpretação da Convenção, sendo essa atribuição extremamente relevante e as opiniões emitidas “precisam ser levadas em conta na hora da aplicação

da Convenção no ordenamento jurídico nacional.”¹³

O sistema regional avança em relação ao global e o europeu ao permitir que qualquer pessoa, grupo, organizações não-governamentais ou Estados-partes ofereçam petições e comunicações apontando violação à Convenção, desde que tenham esgotado os recursos na jurisdição interna (inserindo no conceito a demora injustificada da decisão), atendimento do prazo de seis meses a partir da ciência da decisão interna final e não estar a matéria judicializada internacionalmente em outro tribunal. As petições serão analisadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual, após colher as primeiras informações do Estado apontado como violador e realizar diligências, pode encaminhar o caso para julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões obrigam o Brasil, posto que aderiu à sua jurisdição desde o ano de 2002, fixando-se prazo para cumprimento e arbitrando uma justa indenização.

Cançado Trindade ensina que há uma verdadeira linha de evolução com os tribunais regionais de direito humanos, os quais têm resgatado a posição dos indivíduos como *verdadeiros sujeitos do direito internacional dos direitos humanos*, assim como do direito internacional público, deixando de ser simples objetos de proteção, mas dotando-os de plena capacidade jurídica de atuar no plano internacional em defesa de seus direitos.¹⁴

A compreensão da criação e atribuições dos tribunais internacionais retro citados possibilita que reconheçamos a inexistência de hierarquia entre eles, visto que cada qual vela pela aplicação de uma porção específica do direito internacional, com legitimados distintos, instalando uma relação de coordenação e diálogo entre as suas próprias decisões e os Estados

¹³ Nádya de Araújo, A influência das opiniões consultivas, p. 229.

¹⁴ Cançado Trindade, Os tribunais internacionais contemporâneos, p. 26/27.

receptores.¹⁵

É pela inexistência de hierarquia entre os tribunais internacionais que Luis Cláudio Martins de Araújo defende que são os diálogos judiciais o mecanismo para o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática, na medida em que nos procedimentos internos travados nas democracias é que reside a legitimidade das decisões judiciais, as quais devem operar a partir da construção de um processo deliberativo para a viabilidade do diálogo entre as instituições, de maneira a aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre os Poderes e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, a partir da conciliação dos interesses, em uma comunidade democrática na sociedade mundial atual.¹⁶

As decisões das cortes internacionais cuja parcela de jurisdição aderimos incute nos juízes brasileiros o dever de observação da sua jurisprudência como referência para fundamentação. Já em relação aos demais órgãos competentes internacionalmente para julgamento de questões afetas ao tratados internacionais de direitos humanos, muito embora as suas decisões ainda não nos vincule quanto ao cumprimento – até que ratifiquemos as suas disposições jurisdicionais –, também servem como pauta argumentativa, na medida em que as disposi-

¹⁵ “(...) ao invés de hierarquia, o que há entre os tribunais internacionais contemporâneos é coordenação e complementaridade. Cada tribunal internacional tem sua jurisdição fundamentada em um tratado ou instrumento internacional distinto, e tem seu próprio direito aplicável. Todos conformam uma rede policêntrica de tribunais internacionais (possível embrião de um futuro Judiciário internacional), que, em meu entender, longe de ameaçar fragmentar o Direito Internacional contemporâneo (como apregoam alguns conservadores e retrógrados), ao contrário, o enriquecem, na medida em que afirmam e confirmam a aptidão do Direito Internacional para resolver os mais distintos tipos de controvérsias internacionais, nos planos tanto interestatal como intraestatal.” (Cançado Trindade, *Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional*, p. 46).

¹⁶ Araújo, *Supremacia ou diálogos judiciais*, p. 1/2.

ções de direito material dos tratados foram ratificadas e possuem eficácia interna, ficando a salvo apenas da jurisdição internacional. Por outras palavras, ainda que as decisões internas brasileiras não sejam suscetíveis de revisão pelos órgãos externos, o conteúdo dos precedentes internacionais que aplicam as disposições dos pactos internacionais lançam luzes sobre a interpretação que o magistrado brasileiro fará quando da aplicação da mesma disposição internacional no sistema jurídico interno.

Na medida em que os tratados internacionais são normas jurídicas válidas e eficazes nos países signatários, as suas disposições passaram a ser objeto de interpretação e aplicação tanto em nível internacional quanto no sistema jurídico dos diversos países convenientes, de modo que também passa a ser muito relevante ao jurista pós-moderno a instauração de um diálogo com as decisões estrangeiras¹⁷, enquanto um dos mecanismos de legitimação das suas próprias decisões. Dito de outro modo, é relevante para a jurisdição interna tanto verificar como os tribunais internacionais interpretam os tratados quanto esses mesmos documentos são interpretados pelos tribunais locais dos demais países democráticos.

Inseridos em uma sociedade global pluralista e hiper-complexa, na qual se identifica uma multiplicidade de modos de vida, a justiça que se quer também global deve buscar a previsibilidade, a racionalidade e a coerência não somente nas suas próprias decisões anteriores – precedentes internos, como determina o novo CPC –, mas também nas decisões estrangeiras e internacionais, de modo a construir uma rede global de reciprocidade democrática em busca do consenso internacional que tenha em foco a dignidade da pessoa humana em escala

¹⁷ É preciso refinar semanticamente para esclarecer que entende-se como jurisprudência internacional àquela formada pelas decisões dos tribunais internacionais e jurisprudência estrangeira a oriunda dos tribunais locais de cada país, as quais, em um ambiente de diálogo e de direito supraconstitucional, ganham relevância no debate jurídico pós-moderno.

mundial.

Luís Roberto Barroso está entre os que defendem que a transposição jurídica, considerada a importação por um país do direito e das instituições jurídicas desenvolvidas em outro, tornou-se uma ferramenta importante no desenvolvimento institucional dos países democráticos. Tribunais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo envolvendo citação mútua, principalmente em matéria constitucional, conferências de intercâmbio acadêmico e organização de fóruns públicos de debate. O principal fator que contribuiu para o aprofundamento desse processo é que nos países onde o Estado de Direito foi instaurado mais recentemente, seus tribunais se espelham, com frequência, na experiência das democracias mais sedimentadas, sendo a Suprema Corte norte-americana e o Tribunal Constitucional da Alemanha os que têm desempenhado um significativo papel de modelo para as novas democracias. Embora o fluxo de ideias seja mais intenso em um sentido do que em outro, também é verdade que, como em qualquer outra forma de intercâmbio, esta é uma avenida de mão dupla.

E arremata a sua lição:

Sociedades plurais e altamente complexas se deparam com desafios em áreas que vão da segurança nacional até questões religiosas, raciais e sexuais. Controvérsias, ideias, argumentos jurídicos, inferências morais e propostas de soluções são similares e recorrentes por todo o mundo, e as visões e percepções dos juízes de um país podem enriquecer o raciocínio dos juízes de outras jurisdições. Decisões judiciais estrangeiras podem oferecer novas informações e perspectivas, e também ajudar na construção de consensos. (...) Como intuitivo e fora de qualquer dúvida, as decisões judiciais estrangeiras têm apenas uma autoridade persuasiva, não sendo vinculantes.¹⁸

As referências às decisões estrangeiras providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil, à medida que o

¹⁸ Barroso, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, p. 35.

Poder Judiciário tenha que lidar com questões complexas, propiciando uma outra fonte de opiniões que poderá auxiliar os juízes, quando forem confrontados com temas idênticos, agregando racionalidade, legitimidade e unidade às decisões domésticas, segundo nos ensina Luis Cláudio Martins de Araújo. A criação dessas redes globais de citação mútua, em que os tribunais nacionais permanecem conscientes de sua independência, mas assumem a necessidade de cooperação e validade de abordagens diferentes para o mesmo problema jurídico, aprendendo e se legitimando com outras experiências, é bastante salutar. E conclui que: “o uso de decisões transnacionais permite que haja uma saudável fertilização cruzada de ideias, em que a análise das abordagens externas a temas semelhantes, enriquece a compreensão da corte acerca da questão.”¹⁹

Virgílio Afonso da Silva acrescenta argumentos em defesa da observação da jurisprudência dos tribunais internacionais pela jurisdição interna, principalmente com o objetivo de emprestar maior racionalidade e previsibilidade para as decisões locais ao realizarem o sopesamento dos direitos fundamentais. Ao se observar, além das decisões domésticas, as decisões internacionais como um ônus argumentativo a favor de uma posição jurídica, as decisões locais que ponderam princípios jurídicos ganham em segurança jurídica, na medida em que a previsibilidade dos resultados também é condicionada pelos precedentes externos. Para ele, embora não haja hierarquia e subordinação entre as decisões internas e internacionais, essas últimas devem ser levadas em consideração no âmbito nacional, isto é, as autoridades internas e os tribunais têm que dela se ocupar de forma explícita e, se for o caso, fundamentar por que não adotam a interpretação supranacional anterior, de modo que rejeitar as decisões supranacionais é possível, mas o ônus argumentativo é enorme. “Nesse sentido, a decisão incorreta não é aquela que se desvia das decisões de tribunais supra-

¹⁹ Araújo, O diálogo institucional entre cortes constitucionais, p. 244.

nacionais, mas aquelas que, quando o fazem, não enfrentam o ônus argumentativo que sua superação impõe.”²⁰

Um bom exemplo é a experiência do Tribunal Constitucional alemão que em julgamento de 1999 decidiu que a captura de imagens fotográficas e divulgação das atividades cotidianas da princesa Caroline de Mônaco não violava de forma desproporcional o seu direito fundamental de privacidade.²¹ Insatisfeita com a decisão local, ajuizou ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual, interpretando os mesmos fatos, concluiu de forma diversa, considerando que houve violação do seu direito fundamental e humano à privacidade.²² Após a decisão da corte internacional em 2004, o Tribunal Constitucional alemão disse que as decisões da Corte Europeia não vinculam o Tribunal Constitucional, mas apenas as partes do litígio, entretanto as suas decisões devem ser levadas em consideração como um valor argumentativo, de modo que o Tribunal alemão está autorizado a julgar em sentido contrário de um precedente internacional, porém deve fundamentar de forma consistente por que não segue a interpretação supranacional, mostrando as razões da sua dissidência.²³

O principal argumento utilizado pela corte alemã para firmar essa posição é que o artigo 53 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ressalva que as suas disposições não podem ser interpretadas de modo a limitar ou prejudicar os direitos fundamentais previstos nas constituições dos países aderentes, como de resto também previsto no artigo 29 da Convenção Americana e no artigo 19, § 8º, da Constituição da OIT, vigentes entre nós, e que, por isso, o raciocínio e a experiência alemã são válidos para a realidade dos juízes brasileiros, de modo que incumbiria à jurisdição local emprestar relevância às decisões dos tribunais internacionais, ao mesmo tempo que se mantém a

²⁰ Silva, *Colisões de direitos fundamentais*, p. 109.

²¹ BVerfGE 101, 361 (1999).

²² CEDH, *Caroline von Hannover v. Germany, Application n. 59320/2000*, de 2004.

²³ BVerfGE 111, 307 (2004).

necessidade de proteção dos direitos fundamentais previstos internamente, quando mais favoráveis à pessoa, rejeitando o precedente internacional que reduza o nível de proteção.

Comentando a posição do Tribunal germânico, Marcelo Neves diz que no direito constitucional alemão, as normas da Convenção Europeia e a respectiva jurisprudência do Tribunal Europeu servem como meios auxiliares de interpretação para determinar a conteúdo e a amplitude dos direitos fundamentais, desde que não levem à redução ou limitação da proteção prescrita na Lei Fundamental. Contudo, uma negação narcisista das decisões internacionais por parte dos tribunais locais não parece suportável no grau de integração europeia. Daí porque imprescindível, também para os tribunais nacionais envolvidos na solução de questão relativas aos direitos humanos, o desenvolvimento de uma racionalidade transversal em face da ordem jurídica supranacional. Qualquer tentativa de unilateralidade pode ter efeitos destrutivos, irracionais, sobre a integração no âmbito dos direitos fundamentais.²⁴

Tratando das convenções e do papel da Organização Internacional do Trabalho como fomentadora da globalização dos direitos trabalhistas mínimos, Jean-Claude Javillier também é da opinião que deve ser dada uma particular atenção ao encontro de juristas de diversos sistemas do direito, representantes de órgãos nacionais e internacionais, teóricos, juízes e praticantes do direito. Da mesma forma, convém reunir não apenas diferentes áreas do Direito em diálogo, como direito do trabalho, previdenciário, internacional, mas também disciplinas cujas contribuições são determinantes, como a economia, a sociologia e a antropologia, mantendo uma articulação permanente entre elas. “Não se atinge o efeito de compreensão do direito e desenvolvimento de uma ação normativa pertinente sem passar por tais estágios de profunda reflexão. (...) Reforçamos esse diálogo, para que seja possível um alcance em âmbito mundial,

²⁴ Neves, Transconstitucionalismo, p. 139.

como no seio da OIT.”²⁵

A posição adotada pelo magistrado brasileiro em relação à jurisprudência internacional e estrangeira pode oscilar desde uma completa resistência, passando pela mera referência retórica, assimilação como mecanismo de comparação, positiva ou negativa, em relação à sua própria decisão, até a posição de incorporação e efetiva utilização enquanto ferramenta de argumentação jurídica e decisão.

Os principais argumentos utilizados pelos juízes mais conservadores em relação ao uso das decisões externas agrupam-se na alegação de soberania estatal e independência do sistema jurídico nacional; particularismo legal, cultural e histórico de cada Estado; falta de legitimidade das cortes estrangeiras, que estão a salvo do controle popular exercido pelos cidadãos do país receptor da jurisprudência; e o principal argumento é o da arbitrariedade judicial, a permitir que o magistrado profira sua decisão sem maiores compromissos democráticos e, depois, para justificá-la, teria um catálogo amplo de decisões estrangeiras para procurar autolegitimar-se, cujas decisões podem ser oriundas de realidades muito díspares da vivenciada no país receptor.

Na outra extremidade, dos defensores da utilização ampla, os argumentos mais invocados são o da capacidade de autodeterminação, incumbindo ao próprio tribunal receptor verificar a compatibilidade e adequação da invocação dos acórdãos estrangeiros, sem qualquer imposição externa, não falando em perda da soberania; a necessidade de diálogo transnacional em relação aos conceitos e normas comuns, mais das vezes originadas de compromissos internacionais ou inspiração legislativa; a globalização jurídica, com a miscigenação dos sistemas de *commom law* e *civil law* acenando para um modelo híbrido, traço que aproxima as jurisdições; a democracia jurisdicional e a necessidade de fundamentação analítica das decisões judi-

²⁵ Javillier, Globalização e pesquisa jurídica, p. 48/49.

ais, de modo que quanto mais aberta e dialogada for a decisão, mais legitimada ela será.

Tentando compatibilizar as duas posições equidistantes, Guilherme Peña de Moraes defende uma posição moderada²⁶ e sugere que três etapas devem ser seguidas pelos magistrados brasileiros para a correta utilização da jurisprudência, primeiro verificando os pressupostos de admissão, depois os requisitos de aplicação e, ao final, algumas limitações de ordem formal e material.

O primeiro pressuposto é verificar a conexão histórica entre o país que vai utilizar a decisão estrangeira e o país de sua origem, para que se identifiquem traços comuns no modo de vida e na formação jurídica de ambos, inclusive é importante detectar proximidade das instituições constitucionais, quanto aos regimes políticos vigentes. Em palavras outras, o reforço argumentativo da decisão externa é tanto mais intenso quanto maior houver sido o relacionamento com o Estado de onde provém a decisão, da mesma forma que decisões de tribunais inseridos em regimes democráticos são mais propícias que decisões de regimes totalitários. Pressuposto importante a verificar, também, é a similaridade entre os sistemas jurídicos dos

²⁶ “A nosso ver, em que pese o amplo debate teórico que a matéria trem provocado, quer-nos parecer haver uma confusão entre as definições de validade (*validity*) e de peso (*weight*). Os precedentes estrangeiros não detêm validade normativa, isto é, qualidade da norma jurídica produzida em consonância com o ordenamento nacional, mas, ao contrário, a jurisprudência dos tribunais estranhos à justiça constitucional de cada país dispõe de peso argumentativo, ou seja, qualidade do raciocínio por intermédio do qual ocorre a articulação de meios e de técnicas, com a finalidade de provocar e de obter a adesão a teses sustentadas em face de auditórios, no processo de tomada de decisão. A utilização de elementos estrangeiros, nos sistemas jurídicos contemporâneos, não somente é legítima *in abstracto*, mas também, em grande medida, é *louvável in concreto*, desde que o órgão de justiça constitucional, na moldura do processo constitucional orgânico, imanente ao controle de constitucionalidade, ou do processo constitucional das liberdades, inerentes à proteção processual dos direitos fundamentais, logre êxito em demonstrar que a atividade de último interprete da Constituição nacional é conduzida pelo fio de uma disciplina rigorosa para a manipulação de materiais internacionais.” (Moraes, Constitucionalismo multinacional, p. 45).

dois países, se da família do *commom law* ou de *civil law* (cuja divisão, atualmente, cada vez mais perde sentido, com a miscigenação dos sistemas).

Os requisitos são a similaridade dos problemas jurídicos enfrentados na corte de origem e na do julgamento em causa; a uniformidade e contemporaneidade da jurisprudência no país de origem, no sentido de invocar-se posições atuais e bem sedimentadas nas cortes emissoras. Um exemplo interessante para o magistrado do trabalho é o julgamento da ação cujo objeto seja acidente do trabalho em atividades de risco, quanto à jurisprudência dos tribunais italianos, franceses e portugueses, cujas legislações serviram de fonte de inspiração para a positivação, entre nós, do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, serão enriquecedoras para a definição de quais atividades empresariais são consideradas de risco acentuado.

E em relação aos limites, adverte Moraes que as decisões externas devem servir como reforço argumentativo em torno de princípios ou regras extraídos da Constituição do Estado de onde provém a decisão, utilizando-se as razões da decisão estrangeira com o objetivo de persuasão dos interlocutores do discurso argumentativo judicial. Porém, a jurisprudência estrangeira não pode servir de único fundamento do pronunciamento do tribunal nacional ou essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto, na medida em que a legislação estrangeira, sobre a qual o tribunal externo construiu sua decisão, não tem eficácia no Brasil.²⁷

O último requisito indicado quanto aos limites da utilização das decisões estrangeiras apenas para fins de fundamentação, atende ao sistema brasileiro que exige a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça para que esta tenha força executiva interna²⁸. Já as decisões dos tribunais

²⁷ Moraes, *Ibidem*, p. 46/49.

²⁸ Artigos 15 e 17 da LINDB, artigo 483 do CPC de 1973 e Resolução n. 09/2005 do

internacionais, de outro lado, não necessitam de homologação, sendo diretamente executáveis no plano interno, por exemplo, conforme o artigo 68, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sendo da nossa praxe política internalizá-las por meio de decreto presidencial²⁹, já havendo projeto legislativo que dispensa este último.³⁰

Dito de outro modo, a decisão estrangeira pode tanto ostentar a natureza de título executivo, quando atender o procedimento de homologação, quanto pode ser utilizada dialogicamente como instrumento de argumentação e legitimação das decisões judiciais nacionais. E é nessa segunda perspectiva que defendemos a sua utilização pela jurisprudência trabalhista da atualidade.

O diálogo institucional entre cortes constitucionais – defende Luis Cláudio Martins de Araújo – propicia a saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, promovendo um constante intercâmbio com os demais sistemas jurídicos, em uma rede jurisdicional interdependente e interpenetrante, que se desenvolve em um espaço não hierárquico e policêntrico, passando as decisões estrangeiras a cumprir o papel de ser um ponto de apoio para a racionalidade das decisões locais.³¹

Na mesma obra acima referida, Guilherme Peña de Moraes fez um rico inventário do comportamento da Suprema Corte norte-americana em relação ao uso da jurisprudência estrangeira em suas decisões, quando observou três fases bem

Superior Tribunal de Justiça.

²⁹ A título de exemplo, a primeira decisão em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi internalizada pelo Decreto n. 6.185/2007, seguindo por outra condenação do mesmo tribunal internacional e aqui internalizada pelo Decreto n. 7.307/2010, cujos atos presidenciais autorizaram a União a promover os atos necessários ao atendimento das decisões.

³⁰ Projeto de Lei n. 4.667/2004, prevendo que as decisões dos tribunais internacionais de defesa dos direitos humanos que o Brasil tenha aderido produzirão efeitos jurídicos imediatos no ordenamento interno, inclusive ostentando a natureza imediata de título executivo judicial a autorizar a execução em face da União.

³¹ Araújo, O diálogo institucional entre cortes constitucionais, p. 225/226.

marcadas: a primeira delas foi a de rejeição do uso do direito comparado; a segunda de admissão de forma generalista do direito estrangeiro, mas não das decisões de outros países; e a partir do século XXI a terceira fase especialista, em que a Corte admite a utilização da jurisprudência estrangeira como suporte argumentativo para as suas próprias decisões. Mesmo na sua primeira fase, o *Justice John Marshall*, no *leading case Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, de 1815, já dizia que “as decisões dos tribunais de cada país, na medida em que são baseadas em uma lei comum a todos os países, devem ser usadas não com autoridade, mas com deferência.”³²

Rosalind Dixon, falando da realidade norte-americana, defende que as disposições transnacionais devem cumprir a função limitadora da discricionariedade judicial interna, em uma perspectiva lógica e coerente, de modo que as fontes externas possam auxiliar os magistrados locais a se engajarem em um processo abrangente de discussão e decisão fundamentadas, justificadas e legitimadas.³³

A Corte Constitucional sul-africana tem se destacado entre os tribunais nacionais de todo o mundo ao promover um rico debate transconstitucional em tema de direitos humanos, valendo-se referir à decisão do caso *State v. Makwanyane* de 1995³⁴, quando foi declarada a inconstitucionalidade da pena de morte, e entre as razões da decisão foram utilizados como precedentes argumentativos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte canadense, do Tribunal Constitucional alemão, da Suprema Corte norte-americana, da Suprema Corte indiana, do Tribunal Constitucional húngaro e do Tribunal de Apelação da Tanzânia.

A partir dessa iniciativa inovadora da sua Corte Constitucional, a África do Sul assumiu posição de vanguarda ao dis-

³² *Ibidem*, p. 44/74, *passim*.

³³ Dixon, *Transnational Constitutionalism*, *passim*.

³⁴ Caso *State v. Makwanyane and Another*, n. CCT/3/94, j. 06.06.1995.

por no artigo 39 da Constituição de 1996 os mecanismos de interpretação que devem ser utilizados, entre os quais o de que “ao interpretar a Carta de Direitos, um tribunal ou fórum deve promover os valores que fundamentam uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade; deve considerar o direito internacional e pode considerar o direito estrangeiro.”³⁵

No âmbito do Tribunal Constitucional espanhol, embora não haja previsão expressa na Constituição de 1978 para o diálogo institucional, já houve referência de que embora a jurisprudência constitucional estrangeira não seja vinculante, deve-se notar que as normas constitucionais, como o princípio da igualdade, têm uma origem histórica comum, “de modo que as decisões dos tribunais são, pelo menos, a autoridade de um compromisso doutrinal para despertar dúvidas intelectuais, além de crenças políticas subjetivas.”³⁶

Em nossa experiência jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal tem cada vez mais recorrido ao diálogo com as decisões dos tribunais internacionais, bem assim fertilizado jurisprudencialmente as próprias decisões a partir de julgados de tribunais domésticos dos países democráticos. Dois exemplos eloquentes deram-se com as decisões de não mais exigir diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, em cujo acordão os ministros invocaram o entendimento já exposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva de n. 05³⁷, como também ao considerar

³⁵ “Art. 39. Interpretation of Bill of Rights. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum - (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.”

³⁶ Sentencia n. 12/2008 – BOE 29.02.2008, p. 52.

³⁷ A Corte nacional decidiu que o artigo 4º, V, do Decreto-lei 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, na medida em que a exigência de curso superior para o exercício da profissão de jornalista restringiria o pleno, incondicionado e efetivo exercício da democracia e da liberdade jornalística, para tanto pautou-se pelo mesmo raciocínio da Corte Interamericana de Direitos

crime de racismo a publicação de livros com conteúdo antisemita, quando fez várias referências à jurisprudência estrangeira.³⁸

A Corte Suprema ao apreciar a questão da definição da competência para o julgamento dos casos em que menores são subtraídos de sua residência habitual, sem o consentimento do genitor que possuía a sua guarda, recorreu à Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980 e a sua interpretação pelos Tribunais Internacionais e Cortes estrangeiras para fixar a interpretação de que a regra de competência prevista nos tratados internacionais deve prevalecer sobre a regra do direito infraconstitucional interno brasileiro.³⁹

Mesmo nos limites da doutrina trabalhista, Oscar Ermi-da Uriarte defende que as disposições constitucionais e internacionais têm incidência nas relações de trabalho e que o juiz, ao aplicar as segundas, deve optar pela interpretação feita “de conformidade com a jurisprudência dos órgãos internacionais encarregados de seu controle.”⁴⁰

No final de toda essa mudança de enfrentamento dos novos paradigmas da pós-modernidade e para que haja segurança jurídica na atuação jurisdicional, é preciso que haja uma profunda mudança de mentalidade entre os juízes brasileiros para que migrem da concepção do livre convencimento para uma perspectiva de indispensabilidade do diálogo e da harmonização entre as posições divergentes, com maior disposição ao aprendizado e consequente ajuste dos posicionamentos pesso-

Humanos que considerou uma legislação similar da Costa Rica, que exigia a filiação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional para o exercício da profissão, como violadora das garantias previstas nos artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (STF – Pleno – RE 511.961 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJE 13.11.2009).

³⁸ STF – HC 82.424 – Min. Red. p/ac. Maurício Corrêa – DJ 17.09.2003.

³⁹ STF – Plenário – ADPF 172-MC-REF – Rel. Min. Marco Aurélio – DJE 21.08.2009.

⁴⁰ Uriarte, Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais, p. 141.

ais, de modo a alcançar uma síntese comum entre os conflitos interpretativos dos problemas atuais.

Com frequência verifica-se nos julgamentos dos órgãos colegiados a existência de posições antagônicas que não são colocadas em cheque, testadas e dialogadas construtivamente na busca de uma posição harmonizadora intermediária, mas, geralmente, opta-se pela votação meramente numérica para buscar a solução do caso concreto, por maioria de votos, substituindo a democracia judicial material pela meramente formal. A opção é por uma cultura do “data vênia”, no sentido de que os votos divergentes não são colocados em discussão aprofundada, as suas premissas não são questionadas, mas apenas ressalva-se que discorda da posição contrária, com todo o respeito, para culminar com a indesejada votação numérica.

Ao contrário de uma disposição ao debate aprofundado, ao confronto de teses, com apoio nos precedentes internacionais e estrangeiros, ainda, entre nós, o debate jurisprudencial crítico é visto como desrespeitoso ao entendimento contrário, por mais questionável que possa ser. Também é comum a jurisprudência rejeitar as críticas da doutrina⁴¹, as invés de incorporá-las, mesmo que seja para rebatê-las e fortalecer a sua própria posição.

4. UM EXEMPLO DE DIÁLOGO POSSÍVEL COM PRECE-

⁴¹ “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.” (STJ – 1ª Seção – AgRg nos EREsp 319.997/SC – Red. p/ Ac. Min. Humberto Gomes de Barros – DJ 07.04.2003).

DENTE ESTRANGEIRO

Com o desenvolvimento da tecnologia e a sua utilização como ferramenta de trabalho, um dos problemas mais atuais é definir qual o limite do poder diretivo do empregador em relação à fiscalização do uso e do conteúdo das comunicações do trabalhador, como nos casos do e-mail, comunicadores instantâneos, telefone celular etc. O problema se agrava ao não haver previsão na legislação trabalhista brasileira que imponha requisitos para balizar o conflito entre direito fundamental da intimidade e a proteção da propriedade do empregador, indicando uma solução conciliadora (pré)ponderada legislativamente que seja clara às partes contratantes da relação de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho julgou o caso de um empregado que teve o conteúdo das mensagens do e-mail corporativo fiscalizado pelo seu superior ao argumento de que havia suspeita de transmissão de pornografia e piadas. Em razão da violação do conteúdo do e-mail, o trabalhador pleiteou indenização por danos morais, por agressão da sua intimidade, cuja decisão de segunda instância havia rejeitado a sua pretensão, sob o fundamento de que apenas o e-mail pessoal do empregado goza da proteção legal e constitucional da inviolabilidade.

A Corte superior negou provimento ao recurso de revista sob o mesmo fundamento do Tribunal Regional de que o e-mail corporativo não é alcançado pela proteção constitucional do sigilo de comunicação.⁴²

O núcleo da fundamentação do TST foi que o art. 5º, XII, da Constituição garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência e da comunicação de dados, tendo como objetivo final preservar o sigilo diante de terceiros. Contudo, na visão do Tribunal, como o e-mail corporativo era de propriedade da

⁴² TST – 7ª Turma – RR 996100-34.2004.5.09.0015 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DEJT 20.02.2009.

empresa, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela.

Assim, se o “e-mail” é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em “e-mail” corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema “gmail” do Google, de acesso universal.

Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos.

A previsão constitucional brasileira de 1988 de proteção ao sigilo das comunicações⁴³ foi inspirada na Constituição portuguesa de 1976⁴⁴, razão pela qual nos parece relevante ao juiz brasileiro tomar conhecimento de como o mesmo tema da violação do sigilo das comunicações dos trabalhadores é vista pela legislação ordinária, doutrina e tribunais portugueses.

O Tribunal da Relação de Lisboa apreciou o caso em que o empregador, a despeito de fiscalização do conteúdo das mensagens para proteção dos interesses empresariais, acessou o conteúdo da comunicação trocada por seus empregados pelo *Messenger* instalado no computador de propriedade dela.⁴⁵

⁴³ Art. 5º, XII. É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁴⁴ Art. 34 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. (...) 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

⁴⁵ Tribunal da Relação de Lisboa – Processo 24163/09.0T2SNT.L1-4 – Rel. Cons. José Eduardo Sapateiro – Votação unânime – Acórdão publicado em 07.03.2012.

Os fatos incontroversos são que uma escriturária foi dispensada por justa causa após a gerente da empresa solicitar a um empregado, estranho à conversa, que acessasse o servidor central da empregadora e retirasse as conversas que lá estavam armazenadas, entre a autora do processo, seu namorado e colegas de trabalho, em cujos diálogos falavam mal da gerente. A empresa não comprovou que havia ordem expressa proibindo ou regulando a utilização dos meios informáticos e, especificamente, de programas de comunicação instantânea.

A decisão lusa começou definindo a natureza jurídica do *Messenger* como um programa de mensagens instantâneas criado para que um usuário da internet se relacione com outro que tenha o mesmo programa, em tempo real, podendo ter uma lista de amigos virtuais e acompanhar quando eles entram e saem da rede, tendo a mesma natureza jurídica de uma conversa telefônica ou uma carta.

A segunda premissa foi definir qual a sua proteção jurídica. Os julgadores concluíram que estava a conversa do *Messenger* protegida pelas disposições dos artigos 18, 26 e 34 da Constituição portuguesa, somente podendo ser interceptada nos casos previstos no Código de Processo Penal, a saber, na suspeita séria de prática de um crime, no âmbito de uma investigação ou com autorização de titular de órgão de soberania, diante da recusa do titular.

Não sendo o caso das exceções de direito criminal, a decisão remeteu ao art. 22º do Código do Trabalho que permite que o empregador estabeleça regras de utilização dos meios de comunicação da empresa, contudo veda o acesso ao conteúdo das mensagens, de modo a buscar um equilíbrio entre a liberdade de gestão do empregador e a tutela da confidencialidade.⁴⁶

⁴⁶ Art. 22º. 1 - O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico. 2 - O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa,

Comentando o citado art. 22º do Código do Trabalho, Guilherme Machado Dray ensina que:

São proscritas ao empregador intrusões ao conteúdo das mensagens de natureza não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte a partir ou no local do trabalho, independentemente da forma que as mesmas revistam. Assim, tanto é protegida a confidencialidade das tradicionais cartas missivas, como a das informações enviadas ou recebidas através da utilização de tecnologias de informação e de comunicação, nomeadamente de correio electrónico. (...) Neste contexto, retira-se do preceito sob anotação que o empregador ou quem o represente não pode aceder a mensagens de natureza pessoal que constem do caixa de correio electrónico do trabalhador. A visualização de tais mensagens, que apenas se justifica em casos esporádicos, deve ser feita na presença do trabalhador ou de quem o represente e deve limitar-se à visualização do endereço do destinatário ou remetente da mensagem, do assunto, data e hora do envio.⁴⁷

A partir dessas premissas, avança a decisão para dizer que o empregador teria o direito de regular a instalação e o acesso ao *Messenger* no computador da empresa, mas não poderia, a qualquer pretexto, acessar o conteúdo das mensagens trocadas. O núcleo da fundamentação do acórdão resume-se no seguinte trecho:

Face à inexistência de qualquer regulamentação prévia para a utilização pessoal e profissional da Internet por parte dos trabalhadores da Ré verifica-se o acesso e conhecimento indevidos e ilícitos por parte da empresa ao conteúdo de conversas de teor estritamente pessoal da Apelada com três amigas e o marido/namorado, numa situação que se pode equiparar, de alguma maneira, à audição de vários telefonemas particulares (no fundo, uma espécie de «escutas» ilegais) ou à leitura de cartas dessa mesma índole, sem que, quer o remetente, como o destinatário, tenham dado o seu consentimento prévio a tal “visionamento” escrito das ditas conversas (artigos 15.º e 21.º e 16.º e 22.º dos Código do

nomeadamente do correio electrónico.

⁴⁷ Martinez, Monteiro, Vasconcelos e Dray, Código do Trabalho Anotado, p. 130.

Trabalho de 2003 e 2009).

O facto das referidas conversas/mensagens electrónicas se acharem guardadas no servidor central da Ré, a ela pertencente, não lhes retira, por um lado, a sua natureza pessoal e confidencial.

Como conclusão, a Corte portuguesa considerou como proibida a prova obtida pela ré a partir da violação do conteúdo das mensagens privadas, ainda que armazenadas na central de computador de propriedade da empresa, culminando com a reversão da pena de justa causa aplicada.

O ponto central da divergência entre o julgado brasileiro e o português é o fato de o instrumento da comunicação pertencer ao empregador, podendo, na visão do tribunal doméstico, permitir o acesso e fiscalização ao conteúdo das mensagens, enquanto para o precedente estrangeiro, a propriedade dos meios de comunicação permite apenas a regulamentação do uso, mas não avança para autorizar que se realize a fiscalização do seu conteúdo, sob nenhuma circunstância.

O estudo da previsão constitucional brasileira também permite concluir na mesma linha da decisão lusa, na medida em que o art. 5º, XII, garante o sigilo das correspondências e comunicações de dados, não permitindo nenhuma exceção. O mesmo inciso ressalva apenas a possibilidade de a legislação estabelecer requisitos para que o sigilo seja quebrado, por 1) decisão judicial, 2) nas hipóteses previstas em lei, 3) para fins de instrução criminal ou instrução processual penal, requisitos constitucionais que, nem de longe, foram atendidos pelo empregador no caso em julgamento pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁴⁸

E jamais poderia sê-lo, na medida em que o constituinte

⁴⁸ Lei n. 9.296 de 1996 e Resolução n. 59 de 2008 do CNJ que regulamentam a disposição constitucional para autorizar a interceptação de comunicações telefônicas, de sistema de informática e telemática apenas nos estritos casos de investigação criminal e para instrução processual penal, além de atendidos todos os demais requisitos legais, como a competência material e funcional da autoridade judicial e a impossibilidade de outras provas.

originário apenas autorizou a quebra do sigilo telefônico, de correspondência, telegráficos e de dados nos estritos casos de investigação criminal e com ordem judicial. Disso segue que em nenhuma ocasião pode o empregador acessar o conteúdo das mensagens dos empregados, independente das condições fáticas, sob pena de violação da proteção constitucional da confidencialidade. Sequer o Juiz do Trabalho poderia autorizar a quebra do sigilo ou a interceptação, por não estar investido de jurisdição penal.⁴⁹

Não há fundamento jurídico no sistema brasileiro que autorize a distinção feita pelo Tribunal Superior do Trabalho entre e-mail privado e e-mail corporativo. Muito pelo contrário. A proteção constitucional alcança todas as modalidades de comunicações de dados, independente da propriedade dos meios de comunicação.

O raciocínio que fundamenta o acordão do TST (*ratio decidendi*) permite a conclusão de que o empregador estaria autorizado a realizar escuta clandestina das conversas do seu empregado, bastando que forneça o aparelho de telefone celular de sua propriedade para utilização no trabalho, em frontal desrespeito às garantias previstas no inciso XII do artigo 5º da Constituição de 1988.

Se pela leitura mais atenta do sistema jurídico brasileiro já é possível concluir pelo desacerto da posição do Tribunal Superior do Trabalho, o diálogo com a decisão portuguesa

⁴⁹ O Supremo Tribunal Federal sequer admite a violação do sigilo de dados pela Receita Federal mesmo havendo legislação ordinária que autorize, muito menos por ato privado do empregador, sem qualquer lastro legal. Nesse sentido: “Conforme disposto no inciso XII do art. 5º da CF, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. (...) Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.” (STF – Plenário – RE 389.808 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJE 10.05.2011).

agrega relevantes argumentos para aclarar a nossa crítica, inclusive porque o atual Código do Trabalho português de 2009 pode ser utilizado como parâmetro de conduta nos contratos de trabalho celebrados no Brasil e como reforço de argumentação das decisões da Justiça do Trabalho nacional, a partir do permissivo do art. 8º da CLT, na omissão legislativa interna quanto ao tema.

5. CONCLUSÕES

A partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes dos tribunais superiores brasileiros passam a ostentar natureza de fonte formal do direito, obrigando os juízes a respeitar as suas decisões, na linha evolutiva que teve início com as súmulas vinculantes de 2004 e o novo regramento do julgamento dos incidentes de recursos de revistas repetitivos de 2014.

Os precedentes internos passarão a ser vinculantes, mas os julgados dos tribunais internacionais e das cortes estrangeiras, embora não vinculantes, servem como pauta argumentativa para as decisões dos juízes do trabalho brasileiros.

O resumo da nossa proposta de diálogo fertilizador com os precedentes internacionais e estrangeiros é que o Brasil, nada obstante reserve sua parcela de soberania, mas uma soberania cooperativa e compartilhada, contemporaneamente interpretada, em contraposição à antiga de isolamento e autossuficiência, encontra-se inserido dentro da rede policêntrica da jurisdição internacional, cujas decisões dos tribunais internacionais que aderimos às suas jurisdições indicam interpretações a serem seguidas pelos juízes brasileiros quando da aplicação das mesmas normas previstas nos tratados internacionais em suas sentenças internas.

Também são relevantes as decisões estrangeiras, na medida em que elas apontam caminhos na direção da melhor

interpretação das normas internacionais e mesmo do direito interno dos diversos países democráticos, pois todos colocaram a dignidade da pessoa humana no centro do sistema e possuem normas bastante parecidas em suas constituições atuais.

Um dos caminhos em busca da unidade do direito, para falarmos com Antônio Augusto Cançado Trindade, é pavimentado pelos princípios da jurisdição universal e da complementaridade, a convocar uma maior aproximação, se não uma interação, entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional e as decisões dos respectivos tribunais. Com a operação de novos tribunais internacionais, cresce em muito o número de justiciáveis no plano internacional; os Estados deixam de deter o velho monopólio do acesso à justiça internacional, que na atualidade é corretamente estendido aos demais sujeitos do Direito Internacional, principalmente na defesa da dignidade da pessoa humana.

A realização da justiça passa a ser uma pauta comum e convergente, dos ordenamentos jurídicos interno e internacional, incumbindo aos magistrados ingente esforço na busca do universalismo. E todos passam a dar testemunho da unidade do direito na realização da justiça, em sinal dos novos tempos.⁵⁰



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre cortes locais e cortes transnacionais. *Revista Vir-*

⁵⁰ Cançado Trindade, Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional, p. 57.

- tual da AGU*, ano XIII, n. 134, p. 1/17, abril de 2013.
- _____. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. *Revista da AGU*, ano XII, n. 38, p. 269/302, out./dez. 2013.
- _____. O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. *Revista da AGU*, ano XII, n. 39, p. 225/252, jan./mar. 2014.
- ARAÚJO, Nádia de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 227/244, junho de 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BRANDÃO, Cláudio. Incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão. (Coord.). *Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 605/643.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.
- _____. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 37/68, jul./dez. 2010.
- DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers*, n. 349, may 2011.
- JAVILLIER, Jean-Claude. Globalização e pesquisa jurídica:

- por uma nova dinâmica de direito social e de normas internacionais do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 70, n. 2, p. 42/49, jul./dez. 2004.
- MARTINEZ, Pedro Romano; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Pedro Madeira de Brito; DRAY, Guilherme Machado. *Código do Trabalho Anotado*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 79, n. 2, p. 70-117, abr./jun. 2013
- _____. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional*. Uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (coord.). *Transnacionalidade do Direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101/112.
- URIARTE, Oscar Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*,

Brasília, vol. 77, n. 2, p. 133/145, abr./jun. 2011.