

Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

1. a arbitragem e os demais modos de solução de conflito; 2. conflitos individuais do trabalho; 3. a pertinência da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho; 3.1. arbitragem e modernização das relações de trabalho; 3.2. experiências mundiais da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho; 3.3. conclusão; 4. avaliação crítica da via processual; 5. o quadro atual das relações de trabalho e ideologia; 6. a amplitude da qualificação jurídica do conflito; 7. conclusão.

1. A arbitragem e os demais modos de solução de conflito.

Para melhor falar de arbitragem é preciso compreender o contexto no qual ela se insere.

A arbitragem é um modo de solução de conflitos. Os outros modos conhecidos são: a mediação e o processo.

A diferença fundamental entre a arbitragem e a mediação é a amplitude do poder da terceira pessoa, chamada para regular o conflito. Na mediação, esta terceira pessoa (o mediador) não tem propriamente o poder de solucionar o conflito, ele apenas tem a função de ajudar as partes a chegar a uma solução amigável para o conflito, ou em outras palavras, cumpre-lhe minimizar as diferenças, possibilitando que as partes se conciliem.

Na arbitragem, ao contrário, este terceiro, o árbitro, tem o poder de solucionar o conflito. Este seu poder, no entanto, varia conforme o tipo de arbitragem eleita pelas partes (convencional, ofertas finais ou por pacote). A força obrigacional da solução dada na arbitragem, em teoria, tem fundamento na própria liberdade que as partes possuem para a escolha desse meio de solução de conflitos e na confiança que elas depositam no árbitro, daí porque em muitos ordenamentos não se prevê uma força executiva para o laudo arbitral (EUA), já outros, menos presos a essa teoria, estabelecem que o laudo arbitral é um título executivo a ser exigido perante o Judiciário (Canadá).

^(*) Juiz do Trabalho, professor universitário, livre-docente pela USP, pesquisador em nível de pós-doutorado junto à CAPES.

Já no processo, a terceira pessoa, o juiz, que também tem o poder de solucionar o conflito, é ligada ao Estado e seus poderes são limitados não pela vontade das partes mas pela lei. Além disso, enquanto a busca da via da arbitragem depende de um compromisso realizado pelos conflitantes, no qual a escolha do árbitro e os limites deste são fixados, a instauração do processo se faz por ato unilateral de uma das partes e é inevitável para outra, uma vez tenham sido respeitados os pressupostos e as condições previstas na lei para o ingresso da ação (advém daí o conceito de que a ação é um direito público subjetivo).

A conciliação, por sua vez, comumente apontada como técnica de solução de conflitos, não é propriamente uma técnica institucionalizada e sim uma espécie de solução possível para o conflito, como o julgamento. As técnicas de solução de conflitos, são os instrumentos jurídicos institucionalizados para se chegar a uma solução para os conflitos, a solução será a conciliação ou o julgamento. Quando as próprias partes buscam a conciliação, sem interferência de uma das técnicas diz-se que elas estão em negociação.

Assim, a conciliação, que é solução amistosa para o conflito que não foi, portanto, imposta por um terceiro, tanto pode ocorrer dentro de quaisquer das três técnicas enumeradas como fora delas (na negociação).

2. Conflitos individuais do trabalho.

Para continuar examinando a arbitragem, como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho, resta-nos examinar o que são os conflitos individuais do trabalho.

Quando se pensa em conflito, vem logo à mente, a imagem de um embate entre duas pessoas. Esse embate pode, ou não, refletir um conflito de direito, isto é um conflito cujas pretensões tenham resposta no direito positivo. Em verdade, quando se fala em conflitos individuais de trabalho está se falando em conflitos de direito, conflitos cuja pretensão encontra uma resposta pré-fixada pelo direito, mesmo que várias sejam as pessoas em igual situação e queiram defender coletivamente a sua pretensão. Por outro lado, quando este interesse não está regulado pelo direito e é um interesse que atinge a esfera de pessoas não determinadas, mas identificáveis, o conflito do trabalho, diz-se, é um conflito coletivo, e seu objeto geralmente consiste na busca da criação de novas normas jurídicas para a melhora das condições de trabalho.

Estamos falando aqui da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais de trabalho. Da arbitragem como modo de solução de um conflito, por exemplo, que surge do interesse de um trabalhador em receber as horas extras que entende ter trabalhado, sendo que a satisfação desse seu interesse foi resistida por ato de seu empregador que se recusa a pagá-las pura e simplesmente, ou porque não admite que tais horas extras tenham sido cumpridas, ou ainda porque acredita que o direito não socorre a pretensão do trabalhador, pois estaria ele inserido na exceção do artigo 62 da CLT, por exemplo.

3. A pertinência da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho.

3.1 Arbitragem e modernização das relações de trabalho.

Fixadas estas premissas de ordem conceitual, estamos, então, prontos para enfrentar a questão de fundo: a arbitragem é uma técnica cabível para solução de conflitos individuais do trabalho?

A questão teve lugar com a entrada em vigor, em 23 de setembro de 1996, da Lei n. 9.307, que estabeleceu em seu artigo 1º. que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Embalados pela onda de modernização das relações de trabalho, muitos se apressaram em dizer que a nova lei conferia a possibilidade de adoção desse “moderno” modo de solução de conflitos nas relações de trabalho.

Entretanto, sem entrar numa discussão em torno dos méritos ou deméritos da arbitragem, o fato é que a arbitragem, como técnica de solução de conflitos, não tem nada de moderno. Trata-se, isto sim, de uma técnica milenar. Aliás, a fase da justiça privada antecede ao próprio advento da criação da justiça pública administrada pelo Estado. Boa ou má, o concreto é que a arbitragem não tem nada de moderno.

3.2. Experiências mundiais da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho.

No que diz respeito às experiências de outros países neste campo, a arbitragem, como técnica de solução de conflitos individuais de trabalho, apesar de prevista em alguns ordenamentos dos países da família romano-germânica, como os países da Europa ocidental e os países latino-americanos, não é utilizada, na prática, de forma corrente, em nenhum desses

países. Alguns desses países, aliás, como na Alemanha, não a admitem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho, e na Bélgica ela é somente possível para os trabalhadores que ganham um salário elevado¹.

De todo jeito, como dito, a experiência da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais de trabalho não pode ser extraída desses países, pois, em concreto, ela não existe.

Experiências, neste sentido, são encontradas nos países de família anglo-saxônica, sobretudo nos Estados Unidos e no Canadá, mais precisamente, no Quebec.

Vale à pena, no entanto, relatar qual é a lógica e qual é a realidade dessas experiências, pois os defensores da arbitragem no Brasil dizem apenas que a arbitragem é uma técnica moderna de solução de conflitos porque é utilizada nos Estados Unidos.

Em primeiro lugar, vale destacar que a arbitragem nos Estados Unidos e no Canadá não é um modo alternativo de solução de conflitos individuais de trabalho, é o modo único e obrigatório quando o conflito decorre da interpretação e aplicação de direitos inscritos em convenções coletivas. Aliás, nestes dois países, em linhas gerais, o direito do trabalho é regulado por convenções coletivas, não há uma tradição legislativa no que se refere às relações de trabalho e os conflitos de trabalho são oriundos sobretudo da interpretação dessas normas.

A lógica é mais ou menos assim: como o direito é fixado pelas partes, o modo de solução de conflitos segue a mesma sorte. Na visão cultural que prega o afastamento do Estado das relações sociais não teria mesmo muito sentido o Estado intervir para dar guarida a um direito que ele não criou. O Estado poderá intervir, em tese, para garantir que a boa fé no processo de negociação seja respeitada. As leis existentes nos Estados Unidos referentes às relações de trabalho praticamente se restringe a este último aspecto da negociação de boa fé.

a) EUA.

Mas, no caso dos Estados Unidos esta tão apregoada liberdade de negociação (que se quer transportar para o Brasil como exemplo de modernização das relações de trabalho), em verdade, não existe. De súbito, é interessante notar o impressionante dado de que apenas cerca de 13% dos trabalhadores americanos são sindicalizados. E o que impressiona mais ainda

¹ La réglementation des conditions de travail dans les États membres de l'Union européenne, Emploi & affaires sociales, Commission européenne, 1999, p. 88.

é que esta baixa taxa de sindicalização não é fruto de uma falta de consciência dos trabalhadores americanos e sim de uma intensa campanha patrocinada por grandes empresas americanas (um movimento organizado como uma verdadeira guerra, iniciado ao final dos anos 70, para enfraquecimento dos sindicatos).

Pois muito bem, como a lei não garante direitos aos trabalhadores e como cerca de 87% dos trabalhadores americanos não são sindicalizados, o fato concreto é que os trabalhadores americanos, no geral, trabalham em condições não muito favoráveis, apesar dos bons salários (que, no entanto, sofreu uma redução média de 18%, desde 1979)², sem falar da ausência de sistema público de saúde e aposentadoria.

Para ter acesso ao emprego, o trabalhador americano passa por uma verdadeira sabatina de entrevistas, nas quais se avalia, principalmente, a tendência à sindicalização do candidato ao emprego e uma vez no emprego, os locais de trabalho estão cada vez mais sob vigilância, para evitar, principalmente, qualquer movimento de organização dos trabalhadores.

A arbitragem como modo de solução de conflitos individuais de trabalho nos Estados Unidos atinge, portanto, apenas 13% por cento dos trabalhadores. Além disso, a arbitragem é dispendiosa, pois o perfil dos árbitros, necessariamente inscritos em institutos privados especializados em arbitragem, é o de um professor universitário, já de uma certa idade, especializado em direito, economia ou ciência política³.

E vale ressaltar, ainda, que a própria representatividade dos trabalhadores neste procedimento da arbitragem tem sido crescentemente discutida em lides perante o Judiciário⁴, o que, por certo, põe em questão a eficácia de tal sistema.

Ademais, como reconhece Gérard HEBERT, analisando os sistemas americanos e canadense, “il est frustrant de constater que les deux problèmes principaux en matière d’arbitrage des griefs demeurent toujours les délais et les coûts »⁵ (« é frustrante constatar que os dois problemas principais em matéria de arbitragem permanecem os prazos e os custos »).

b) Quebec.

². FANTASIA, Rick. Dictature sur le prolétariat, Actes de la Recherche en Sciences Sociales, n. 138, juin 2001, p. 3.

³. Alain Supiot, Les jurifications du travail, Dalloz, p. 36.

⁴ Idem, p. 36.

⁵. Gérard HEBERT, Traité de négociation collective, gaëtan morin éditeur, Québec, 1992, p. 248.

Em Quebec, a situação não é diferente⁶. A arbitragem, igualmente, é destinada aos conflitos oriundos da aplicação de negociação coletiva e a taxa de sindicalização é também bastante baixa, embora alguns direitos sejam conferidos por lei aos trabalhadores.

O grosso dos conflitos, oriundos da aplicação de norma coletiva, no entanto, é solucionado por comissões no âmbito das fábricas, chegando às vias da arbitragem apenas cerca de 2% dos conflitos. A este propósito, vale lembrar, que os conflitos ocorrem, em geral, quando o vínculo de emprego ainda está em vigor, pois está impedida a dispensa sem justa causa do trabalhador (pois as convenções coletivas em geral possuem regras de proteção do emprego).

No Canadá, além disso, o procedimento da arbitragem é regulado por lei e deve respeitar os padrões processuais do contraditório e da imparcialidade e o árbitro, quando do julgamento, deve respeitar os preceitos de ordem pública. Trata-se, portanto, de uma técnica que se aproxima muito do processo, a ponto de alguns autores canadenses já terem feito menção à jurisdicionalização da arbitragem em tal país (existe até mesmo veículos especializados de divulgação da “jurisprudência” arbitral).

E para efeito de comparação quanto ao tempo de julgamento entre a arbitragem no Canadá o processo no Brasil, vale informar que nos anos de 1980 a 1989, os árbitros de Quebec julgaram, em média, cada um, cerca de 17 casos por ano.

Pode-se fazer menção, ainda, à Austrália e à Inglaterra, mas na Austrália a arbitragem está a cargo do aparelho judiciário e na Inglaterra, além de não utilizada em larga escala a arbitragem está ao encargo de um órgão administrativo (ACAS), composto de membros do Ministério do Trabalho e de representantes dos empregados e dos empregadores.

3.3. Conclusão.

Assim, em termos reais, não existe em todo o mundo uma experiência predominante e em larga escala da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho. É interessante perceber que quando se defende a arbitragem, esses dados são omitidos e diz-se simplesmente que a arbitragem regula milhões de conflitos por ano nos

⁶ « Le législateur impose donc l'arbitrage comme mode de règlement des griefs mais il donne le soin aux parties d'en définir les modalités à même la convention collective. C'est pourquoi l'arbitrage des griefs doit être considérée comme une institution publique et obligatoire même si à plusieurs égards, il s'apparente à un système de justice privée. » Giles TRUDEAU, « La procédure interne de règlement et l'arbitrage des griefs au Québec : une illustration de la voie nord-américaine de résolution des conflits découlant de l'application des conventions collectives », rapport présenté au II Séminaire International de Bordeaux, p. 4.

Estados Unidos, mas pouquíssimos deles situam-se, como visto, no âmbito das relações individuais do trabalho.

Essa ausência de uma sólida experiência da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho desautoriza, portanto, qualquer argumento que queira vê-la como a salvação para o problema dos conflitos do trabalho no Brasil.

Isto não significa que a arbitragem não possa existir como técnica de solução de conflitos, mas, por outro lado, impede que se a defenda como técnica eficiente e moderna para solução de conflitos individuais do trabalho, suplantando a via processual.

Além disso, sua validade está vinculada a uma análise bastante restrita (a exemplo do que ocorre no direito francês), pois a sua formação depende essencialmente da liberdade e o trabalhador, seja no momento da contratação, seja no momento da dispensa, quando ainda não recebeu as verbas rescisórias, não está plenamente isento de pressões de natureza econômica para manifestar sua vontade sem qualquer vício presumido de vontade.

A arbitragem deve ter uma avaliação bastante restritiva também porque ela representa, em sentido contrário, a renúncia do direito constitucional de ação, que é uma das garantias fundamentais do cidadão.

Não se pode, por tudo isso, ter a menor dúvida de que as cláusulas compromissórias, constantes de contratos de trabalho, que já no momento da formação do vínculo de emprego, instituem a arbitragem como o modo preferencial para a solução dos futuros conflitos oriundos da relação de emprego, são nulas de pleno direito. Essa avaliação, aliás, não se altera quando a cláusula é instituída durante a vigência do contrato de trabalho ou mesmo logo após a sua cessação e antes do efetivo pagamento das verbas rescisórias.

4. Avaliação crítica da via processual.

É preciso esclarecer que esta conclusão não é alimentada pelo propósito de fazer uma defesa cega da via processual.

Várias são as críticas que se pode fazer à maneira como os conflitos individuais do trabalho têm sido solucionados na Justiça do Trabalho (tanto no Brasil, como no resto do mundo).

Em primeiro lugar, oponho-me a essa busca incessante da conciliação. Não nego que a conciliação possa ser uma boa solução para um conflito, mas tudo depende do tipo do conflito. Na nossa realidade, mais da

metade das reclamações trabalhistas tem origem do interesse do ex-empregado em receber suas verbas rescisórias, para dar entrada no seguro-desemprego e levantar o FGTS, pois seu ex-empregador é um dos muitos que adotou a prática disseminada de somente acertar as contas do trabalhador na futura reclamação trabalhista por este movida. Ora, fazer um acordo na justiça do trabalho sobre tais verbas pressupõe receber menos do que é direito líquido e certo do trabalhador e ainda com o efeito perverso de dar quitação de tudo o que demais possa decorrer do contrato de trabalho. A homologação de um acordo em tais condições desmerece o processo como técnica de solução justa de conflitos, aniquila o direito do trabalho e com ele a já abalada dignidade do trabalhador, incentiva essa prática por certos empregadores, desmerece o bom empregador, que busca às vezes a duras penas cumprir as obrigações trabalhistas, e desacredita o Judiciário.

Além disso, vários têm sido os empecilhos criados para o acesso à justiça com a implementação do rito sumaríssimo, que em tese teria surgido para beneficiar o trabalhador. A busca desesperada da aceleração dos feitos tem provocado muitas vezes uma análise superficial das questões de fato e de direito envolvidas no feito.

Questões cruciais para o avanço das relações de trabalho, como o dano moral, a proteção da saúde do trabalhador e tantas outras tem sido avaliadas dentro dos padrões estabelecidos pela potencialidade econômica, e só!

Além disso, a Justiça do Trabalho não tem feito uso, de forma generalizada como seria de esperar, de mecanismos processuais bastante importantes para aprimorar sua prestação jurisdicional tais como a tutela antecipada, a inversão do ônus da prova e a ação civil pública. A consequência é que se vêm acumulando os obstáculos formais para a implementação dos direitos materiais do trabalho.

5. O quadro atual das relações de trabalho e ideologia.

O fato concreto é que vivemos uma realidade em que o domínio da concepção modernista transformou o trabalhador de homem em força de trabalho, esta força de trabalho foi quantificada e esta quantificação é tanto menor quanto menor for a saúde econômica das empresas no mundo globalizado. Para tanto, a legislação foi flexibilizada e para maior concretização deste ideal, os conflitos trabalhistas não devem ser avaliados com muita profundidade. Eles devem ser resolvidos o mais rápido possível, com prioridade para a conciliação e de preferência fora do Poder Judiciário pois assim se diminui o fardo que o trabalhador representa para o Estado

(quanto às questões de ordem pública que estão ligadas ao direito do trabalho, para favorecer o avanço desta idéia sem empecilhos de ordem jurídica, o jeito é acabar com elas, dando prevalência ao negociado sobre o legislado).

Esse o quadro pintado para a modernização das relações de trabalho no Brasil, mas tudo isto se trata de uma grande e mera ideologia, que não encontra respaldo em nenhum pressuposto de ordem científica. Nada autoriza a considerar que o aumento da miséria dos trabalhadores vai ser o propulsor de nossa economia. Fosse assim, a flexibilização dos direitos dos trabalhadores que já está entre nós há pelo menos 34 anos, desde a criação do FGTS, já teria produzido algum resultado positivo.

Vale ressaltar, ademais, que poucos são os países do mundo em que a legislação do trabalho é assim tão rala e que possua instituições públicas tão complacentes com aqueles que descumprem os já poucos direitos dos trabalhadores como ocorre no Brasil. Para se ter uma pequena idéia, em nenhum país da Europa ocidental um empregador pode dispensar seu empregado sem justificativa, como ainda ocorre, infelizmente, em nossa realidade.

6. A amplitude da configuração jurídica do conflito e responsabilidade dos profissionais do direito.

E, falando nisto, é oportuno retomar o tema inicial, para destacar que o conflito terá sua delimitação em conformidade com a capacidade do profissional do direito, advogados e juízes, de manusearem o arsenal jurídico que tem à sua disposição. Um mesmo fato pode atingir qualificações jurídicas diferentes. O limite do conflito a ser levado às vias de solução, mesmo no direito do trabalho, que é um direito em regra “forfaitaire”, não está previamente limitado pela lei completamente.

Quando se põem em discussão as técnicas de solução de conflitos, portanto, não se deve simplesmente enumerar os passos a serem seguidos para se chegar o mais rapidamente possível a uma solução para o conflito ou enumerar as diferenças conceituais de cada uma das técnicas.

Falar de técnicas de solução de conflitos é também falar da construção do próprio direito, é, em suma, falar da responsabilidade que tomba sobre os ombros dos profissionais que fazem atuar o direito: advogados, professores, doutrinadores e juízes (e porque não dizer, dirigentes sindicais).

Um exemplo muito sugestivo e muito importante me vem à tona para ilustrar essa afirmação: a dispensa de trabalhadores sem justo

motivo. Eis um fato cotidiano nas relações de trabalho no Brasil. Esse fato, que não tem merecido mais do que uma qualificação dentro dos padrões já tradicionais do direito às verbas rescisórias (aviso prévio, multa de 40% do FGTS, além de férias proporcionais e 13º. salário proporcional), poderia ser enquadrado juridicamente de maneira bastante diferente, pois a constituição proíbe, expressamente, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de trabalhadores. Certamente, a Constituição determinou que esse direito fosse regulado por lei complementar, a qual, no entanto, desde 1988 não foi editada. No entanto, sabe-se bem, toda norma constitucional possui eficácia e ausência da norma infraconstitucional reguladora não pode impedir esta eficácia. A proteção do emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa foi instituída na Constituição como preceito fundamental do direito dos trabalhadores. A inércia do legislador infraconstitucional não pode inibir, por completo, o implemento da preocupação manifestada pela constituinte.

Assim, os profissionais do direito estão autorizados a adotar parâmetros jurídicos, por analogia, para qualificar juridicamente os casos concretos em que a eficácia da norma constitucional teria incidência (como se fez, aliás, no que se refere ao direito de greve no serviço público), especialmente nas hipóteses em que a dignidade do trabalhador (outro princípio fundamental República Federativa do Brasil – artigo 1º., inciso III) esteja sendo agredida de forma deliberada por atos abusivos do empregador, quando dispensa, sem qualquer motivação, um trabalhador com problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou simplesmente para efetivar a contratação de um outro trabalhador para realizar a mesma função com menor salário ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas.

O ordenamento jurídico internacional está repleto de exemplos para se adotar um parâmetro de regulação para estas hipóteses (e o direito comparado é fonte do direito do trabalho, conforme dispõe o art. 8º. da CLT), sem esquecer, é claro, a Convenção 158 da OIT, as próprias leis 8.212/91, art. 118, 9.029/95 e ainda os artigos 477, 478 e 479 da CLT.

Outro exemplo, que me ocorre é extraído da reportagem veiculada no dia 21 de outubro pelo programa de televisão, Fantástico, da Rede Globo, sobre o trabalho escravo no Estado do Pará. O fato por demais conhecido, e praticado de forma não tão rara em outros Estados da Federação, me impressionou pelo resultado: a limitação jurídica dada ao fato, a instrumentalização do conflito e a sua respectiva solução. O interesse dos trabalhadores escravizados foi tratado como um conflito de direito, o direito ao recebimento das verbas trabalhistas e, por consequência a solução encontrada – por membros do Ministério do Trabalho – foi a de determinar o

pagamento de tais direitos. É evidente que cada um dos “ex-escravos” saiu da Fazenda feliz com os R\$500,00 que recebeu. Mas, vistas as coisas de outro modo, em concreto, um fazendeiro escravizou pessoas e ao ser denunciado simplesmente regularizou a situação, pagando-lhes os direitos trabalhistas (quase passou de vilão a bem-feitor). Mas, sob um ponto de vista de uma avaliação mais profunda tal fato inegavelmente confere a essas pessoas um direito a grossa indenização, sem falar na configuração do crime que tal fato constituiu.

7. Conclusão.

As idéias acima defendidas são parcela de contribuição para tirar o direito do trabalho do nível da miséria jurídica em que se encontra atualmente, buscando a sua utilização como efetivo instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana.

É este, com sinceridade, o sonho que alimento presentemente.

São Paulo, fevereiro de 2002.