

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
BACHARELADO EM DIREITO

LUIZ DE LAVOR ALMEIDA TELLES

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA SEARA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE
DE VIABILIDADE**

RECIFE, 2017

LUIZ DE LAVOR ALMEIDA TELLES

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA SEARA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE
DE VIABILIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco pelo aluno Luiz de Lavor Almeida Telles, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira.

RECIFE, 2017

Agradeço a meu pilar básico fundamental: minha mãe, Libânia inspiração de saber jurídico. Minha irmã, Lara, de onde tiro a inspiração para ser, de alguma forma, um modelo. Meu pai, Lavor, de onde tenho exemplo de excelência profissional, acadêmica e amor pelo ofício. Ainda, com todos e absolutamente todos os louros, a minha Tia Maria das Neves, a maior referência de confiança e patrocínio incondicional: termino este curso também por você, tia. A minha avó Josefa, de quem ainda se pode ouvir o orgulho genuíno de ter um “neto advogado”. A todos os que estiveram no convívio comigo nesta caminhada, que souberam das inquietações, que incentivaram e sonharam junto com os voos alçados, muito obrigado. Ao meu Deus, que certamente me pastoreia, poucas palavras, nós sabemos o que fomos, somos e o que seremos. Muito obrigado.

LUIZ DE LAVOR ALMEIDA TELLES

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA SEARA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE
DE VIABILIDADE**

DEFESA PÚBLICA em

Recife, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

____ Prof. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

1° Examinador:

(UFPE)

2° Examinador:

(UFPE)

RECIFE, 2017

RESUMO

Não só pelo aspecto da celeridade; a arbitragem também é, na atualidade, o espelho de uma alternativa moderna, preparada para disciplinar os conflitos oriundos das novas relações de serviço, as quais o direito positivado trabalhista certamente não está preparado. Neste processo, no entanto, a disciplina laboral é mais uma vez surpreendente, e justificadamente irredutível, e altera a concepção inicial que condena a proceduralização por si só: as prerrogativas irrenunciáveis do trabalhador requerem a proteção inexorável do poder judiciário. Sem esta tutela, o trabalhador está sempre sujeito a abrir mão do que é indisponível. Nem a análise minuciosa de casos subjetivos que supostamente permitam a utilização arbitral, tampouco o comparativo com panorama internacional, são suficientes para alterar a concepção de que não há como fugir do problema fundamental da irrenunciabilidade. O investimento pedagógico se apresenta como solução muito mais viável: “ensinar o empregado a ser empregado e o empregador a ser empregador”, este é o filão para a cura do vício do litígio, e para o alívio considerável do defeito histórico da celeridade.

Palavras-chave: Arbitragem; Incompatibilidade; Irrenunciabilidade; Princípios trabalhistas; conflitos trabalhistas

ABSTRACT

It's not just about celerity, arbitration is also an modern alternative prepared to solve conflicts raised on new types of work relations, those that the established labor law is certainly not able to manage. In these process, however, the labor subject is one more time surprising, and correctly irreducible, changing that post conception that rules the due process itself: the judge has to protect the labor rights that can not be waived. With no guarantee, the worker is allways about lose what's not negociable. Not even the careful analysis of particular cases that might justify the use of labor arbitration, or the comparison between international scenarios are enough to change the conclusion that there's no way out from that fundamental subject of rights that can not be waived. In this view, the educational investment raise like the most viable solution: to teach the employee to be na employee and the employer to be na employer. That's the way to cure that litigation addiction and to relief that historical lack of celerity.

Key-Words: Arbitration; Incompatibility; Irrenunciabile Rights; Labor Principles
Princípios Trabalhistas; Labor Conflicts

SUMÁRIO

1 - Introdução.....	1
2 - A constitucionalidade da arbitragem trabalhista para conflitos coletivos posta em cheque.....	5
3. Os impasses inexoráveis da aplicação da arbitragem individual no âmbito do direito do trabalho.....	6
4. Casos de suposta aplicabilidade arbitral: doutrina e situações práticas.....	9
4.1 – O caso do Art. 7º da lei de greve (Lei 7783/89).....	9
4.2 - O art. 4º, lei 10.101/2000: participação dos trabalhadores nos lucros e resultados.....	11
4.3 - Lei 8.630, de 25/02/93: Lei dos Portuários.....	11
4.4 – A questão dos altos empregados e a suposta relativização do elemento da subordinação.....	12
4.5 – A arbitragem individual no contrato de trabalho desportivo.....	14
5. A experiência internacional da arbitragem para conflitos individuais trabalhistas.....	16
5.1 - Estados Unidos: o modo de solução é fixado pelas partes.....	17
5.2 - Canadá (Quebec) e França: toda convenção coletiva prevê procedimento para solução dos litígios.....	20
5.3 – O caso inglês: sistema misto.....	21
5.4 – Portugal: arbitragem obrigatória disposta em convenção coletiva.....	22
6. O investimento em formação educacional e estrutural como remédio fundamental.....	23
7 – Conclusões.....	28
8 - Referências Bibliográficas.....	32

1. INTRODUÇÃO

Um simples processo de observação da realidade jurídica contemporânea nos faz perceber a necessidade de insurgência de novas alternativas que ao menos auxiliem o poder judiciário na sua tarefa institucional de “dizer o direito” e promover a pacificação com justiça.

Esta afirmativa se torna ainda mais assertiva quando tomamos como parâmetro a situação brasileira, onde a deseducação e desinformação em massa acerca da possibilidade e densidade dos direitos leva à população a um verdadeiro vício do litígio, no qual o surgimento de um eventual conflito é quase simultâneo à sua ida oficial ao Judiciário.

Dentro deste contexto, é cedo e pacificado perante a comunidade jurídica contemporânea o ideário de renovação implícito aos referidos meios extrajudiciais. Não obstante, percebe-se uma aplicação ainda incipiente e pouco estimulada até mesmo pelos diplomas legais.

No âmbito trabalhista, mais especificamente o coletivo, considera-se o aparato de dispositivo constitucional. O art. 114, §1 trata da faculdade de eleição de árbitros para a solução do conflito coletivo. Mais notadamente em seu §2. a Carta Magna determina que caso não haja acordo nas negociações, a demanda é submetida à Justiça do Trabalho, que exerce seu poder legiferante, prolatando uma sentença normativa que decide a causa. A previsão constitucional, no entanto, ainda não nos permite falar em regulamentação específica.

Esta insuficiente regulação jurídica permite a observação, na prática, da diferenciação entre uma efetividade formal e outra material do instituto arbitral.

Diz-se isso, pois, se constitucionalmente entende-se a arbitragem coletiva trabalhista como uma atividade heterocompositiva que indica solução entre os polos laboral e patronal; materialmente não é difícil que se observe na realidade prática, a formação de uma verdadeira via de solidificação dos interesses de grandes empresas e agentes econômicos preponderantes sob o

interesse do trabalhador, sobretudo originada por uma atuação indevida, omissa e até mesmo consciente de tais condutas por parte dos sindicatos trabalhistas.

Na seara individual, grande área objeto deste trabalho de pesquisa, não se pode falar em texto legal que discipline a temática. Encontram-se apenas referências pontuais, como o Art. 7º da Lei de Greve (Lei 7783/90), que versa sobre o dever de resolução extrajudicial das relações obrigacionais durante o período da paralização.

No âmbito dos conflitos individuais do trabalho a aplicação do instituto arbitral enseja ainda mais problemas e questionamentos.

Em uma primeira análise, abarcando o ponto de vista principiológico, observa-se um latente choque ideológico entre os arcabouços basilares da arbitragem e do direito do trabalho. O procedimento arbitral exige pessoas capazes de contratar e litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ora, se pensarmos que, no intuito de dirimir a inata e supracitada hipossuficiência do polo laboral na relação conflituosa, o direito trabalhista fixa princípios fundamentais como o da irrenunciabilidade e indisponibilidade de direitos e, portanto, a impossibilidade de serem objeto de negócio jurídico estamos diante de um caso de incompatibilidade.

A confrontação principiológica entre os atores em questão se faz tão clara que nos permite inferir a possibilidade real de desvirtuação e vantagem de um polo sobre o outro no exercício da resolução do conflito.

De modo a formar uma convicta compreensão final sobre o assunto, propõe-se a referência a situações práticas e comparativas: num primeiro momento, o contraponto com “brechas” da legislação nacional que teoricamente embasariam o uso arbitral, identificando o que pretendeu o legislador ao fixá-las, o tipo de arbitragem proposta e seu desdobramento.

Também é feita alusão a situações especiais levantadas pela doutrina, como a questão dos altos empregados e do contrato especial desportivo e seus híbridos institutos trabalhistas-civis. Por fim, a comparação

com a experiência internacional permitirá compreender o quão difundido é este meio nos ordenamentos estrangeiros, e em que contextos ele se estabelece.

Toda esta construção insinua a crença de que o problema é, antes de tudo, de lacuna pedagógica, de falta de educação e instrução sobre direitos e deveres, que só com real vontade política e ideológica pode ser minimizada.

Como se pode perceber, a situação é suficientemente complexa para uma simples proposição sugestiva de medidas: é estritamente necessária uma análise de viabilidade da aplicação arbitral como meio alternativo de resolução de conflitos, e esta é mais uma detida missão deste projeto.

A cuidadosa análise tem fundamento claro: não obstante a celeridade seja pilar fundamental para o ideal funcionamento das engrenagens jurisdicionais, ela não pode ser determinada de “qualquer forma”.

Fazer isto seria ofender uma série de outros princípios talvez ainda mais basilares: no âmbito processual geral, o devido processo legal estaria ferido de morte com uma aceleração sem fundamento; no trabalhista, criaria um ambiente bastante propício ao desrespeito de garantias fundamentais como a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador, além de sua natural proteção a qual se presta o Estado.

Sobre o respeito a estas garantias, na seara trabalhista, esta é condição de partida: se a Justiça do Trabalho funciona como grande protetora do trabalhador, polo hipossuficiente, numa proposição onde este órgão jurisdicional não atuaria como ente oficialmente ativo, como é a arbitral, a prudência em todas as fases, é *conditio sine qua non*.

Nesse sentido, há outro ponto que caracteriza este trabalho de pesquisa. No intuito de trazer o estudo de uma opção inovadora quanto à aplicação da arbitragem no âmbito laboral, este se detém com mais afinco à utilização deste meio de solução no que diz respeito aos conflitos individuais trabalhistas.

Não é que os conflitos coletivos não sejam matéria rica de estudo, mas sim por que já possuem, inclusive, regulamentação constitucional, não

sendo matéria de discussão quanto a sua regulamentação, mas sim quanto as peculiaridades da prática.

Um exemplo seria a própria “Lei de Greve” nº 7.783 de 28 de junho de 1989, indicando expressamente a utilização da Arbitragem no caso de discussão de cláusulas da convenção coletiva que originou a greve, como podemos observar: Art. 3º “Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”.

Com a fixação desta concepção quanto à aplicabilidade do instituto, que será baseada em aspectos técnicos e materiais (os que se referem a utilização da arbitragem e seus efeitos na prática na prática) pode-se ater ao objetivo específico deste trabalho, que será a identificação de quais opções institucionais se apresentam para a reversão (ou atenuação) deste quadro patológico e vicioso que atinge a realidade jurídica do país com este epidêmico fetiche pelo litígio.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM TRABALHISTA PARA CONFLITOS COLETIVOS POSTA EM CHEQUE

No âmbito coletivo, tem forte influência na regulamentação da arbitragem o suporte de dispositivo constitucional. O art. 114, §1 trata da faculdade de eleição de árbitros para a solução do conflito coletivo¹.

Mais notadamente em seu §2. a Carta Magna determina que caso não haja acordo nas negociações, a demanda é submetida à Justiça do Trabalho, que exerce seu poder legiferante, prolatando uma sentença normativa que decide a causa.

Assim, é trazido à tona o que assevera o doutrinador Maurício Godinho:

“Há forte dúvida sobre a compatibilidade da arbitragem com o Direito Individual do Trabalho. Afinal, neste ramo prevalece a noção de indisponibilidade de direitos trabalhistas, não se compreendendo como poderia ter validade certa decisão de árbitro particular que suprimisse direitos indisponíveis do trabalhador. No Direito Coletivo do Trabalho já caberia, sem dúvida nenhuma, a arbitragem, desde que escolhido o árbitro no processo negocial coletivo, pelo ajuste entre sindicato obreiro e empregador.”²

A previsão constitucional, no entanto, não nos permite falar exatamente em regulamentação específica do procedimento arbitral. Esta é uma afirmação que se baseia, antes de tudo, na prática jurídica trabalhista.

Neste sentido, pode-se falar em uma arbitragem formal, procedimento heterocompositivo de pretensões conflitantes patronais e empregatícias (disciplinado pelo Art. 114, §2º), e a arbitragem material, a da prática, invariavelmente, funcionando como verdadeira via de consolidação de

¹ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo. LTr, 2010. P. 53

² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2005.1471 p. 167, Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1009>, Acesso em: 13/05/2016

interesses dos grandes agentes econômicos, com fulcro na renúncia de direitos fundamentais que a arbitragem intrinsecamente impõe.

Imagine-se o caso hipotético da demissão em massa e a negociação com sindicato classista para pagamento de verbas em aberto aos funcionários dispensados. O polo patronal poderia arguir o parcelamento do débito, o que seria até certo ponto aceitável, mas certamente pleitearia também pela redução do montante total, o que, de pronto, já adentra o aspecto da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. O pleito do patronal será sempre sobre redução de direitos, e ao trabalhador não sobra outra opção qual seja aceitar composição que, inevitavelmente, lhe traz prejuízo.

Esta “arbitragem pelega” pode ter impulso na atuação inidônea dos próprios sindicatos trabalhistas, instituições que não raramente simplesmente compõem a disposição formal necessária para as negociações, legitimando o rito constitucionalmente descrito e desta forma, institucionalizando a defesa e manutenção dos interesses dos “grandes”, situação que revela a persistente tendência neocorporativista destas instituições de representação³.

A natural disparidade de armas inerente ao conflito trabalhista propicia e acentua a tênue linha que existe entre a finalidade ontológica da negociação coletiva (a da instituição de um sistema multiportas e de facilitação aos destinatários) e estes lastimosos casos de desvirtuação. Se estes entraves se manifestam em relações nas quais o trabalhador tem amparo de uma instituição que o represente, é possível deduzir o resultado quando entre de forma personalíssima em negociação deste tipo.

3. OS IMPASSES INEXORÁVEIS DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM INDIVIDUAL NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Ao elencar a arbitragem como um dos modos de solução dos conflitos específicos individuais é fundamental perceber que a ela é, antes de tudo, um

³ BARROSO, Fábio Túlio. *Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2010. P.39

sistema de liberdades. As partes, desde o início do procedimento, expressam o interesse em conferir o poder de compor a solução do seu conflito a um terceiro, além de se obrigarem a cumprir o decidido. É um sistema de renúncias e dispensas; de disponibilidades. Um verdadeiro acordo, viabilizado pela figura de um terceiro investido pelas partes. Esta premissa fundamental foi disciplinada pelo Art. 1º da Lei de Arbitragem:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Neste ponto, ressaltada esta capacidade de contratar basilar da arbitragem, é possível perceber a incompatibilidade fundamental entre este procedimento de resolução de conflitos e a seara trabalhista como um todo.

Veja-se que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas é totalmente conflitante com o pressuposto básico da capacidade de contratar sobre os direitos. É isto que expressamente determina a Consolidação das Leis Trabalhistas em seu capítulo introdutório:

Art. 9º: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas

Por mais que seja introduzida a utilização da arbitragem trabalhista, o instituto não foi criado para este tipo de conflito, pois a disciplina laboral tem forte intervenção estatal da qual não se pode dissociar-se por completo. A lei de arbitragem é, em sua essência, pensada para os conflitos de Direito Comercial.

Não obstante, há certos expoentes na doutrina que preconizam o fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas, que, por conseguinte, induz à relativização desta irrenunciabilidade de direitos.

Muito se discute sobre a real necessidade desta flexibilização, que ganha força neste cenário pintado pela modernidade da prestação de serviços. Estão se tornado “flexíveis” as próprias definições sobre o que é o trabalho, qual o horário do labor, qual o local de prestação, etc.

Estas discussões urgem com o estabelecimento de serviços colaborativos, virtuais, com o armazenamento em “nuvens”, *streaming*, e as diversas formas de exploração econômica que vem fugindo do modelo tradicional que pauta o ordenamento jurídico trabalhista.

A flexibilização geral dos conceitos é aqui apontada com o filão que sustentaria a aplicação da arbitragem na seara trabalhista, já que preconiza, cada vez mais, a autonomia de vontade do trabalhador. Antes mesmo desta explosão da nova concepção de serviços, o professor Rodolfo Panplona já asseverava no sentido desta redução da irrenunciabilidade:

[...] talvez já seja a hora de assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação judicial por valores menores do que o efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática.⁴

Apesar de pontuar brevemente a visão pró-flexibilização, com a devida vênia, o advento dos novos serviços e formas de trabalho e este movimento de priorização da autonomia volitiva, não parecem ser subsídio suficiente para sustentar a aplicação da arbitragem.

O conflito fundamental de princípios continua sendo um vício insanável para a questão. Nem o trabalhador “moderno” (este que labora para os “novos serviços”), está protegido no âmbito de um meio de resolução de conflitos no qual renuncia sua hipossuficiência e aceita reduzir direitos irrenunciáveis. Não há solução pura e simples para esta incompatibilidade fundamental entre

⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>. Acesso em: 03/04/2016.

disponibilidade de negociação e irrenunciabilidade de prerrogativas, que não venha a causar dano a prerrogativas fundamentais do trabalho.

4. CASOS DE SUPOSTA APLICABILIDADE ARBITRAL: DOCTRINA E SITUAÇÕES PRÁTICAS

Subsistem na doutrina autores que defendem determinadas condições para a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais. A mais destacada é a que preconiza a necessidade de cláusula compromissória estipulada em acordo ou convenção coletiva, tendo em vista a participação dos sindicatos, que, em tese, têm como função primeira a proteção dos direitos dos trabalhadores.

Mesmo os juristas que defendem sua aplicabilidade no âmbito trabalhista, entendem que não pode haver violação de normas de ordem pública ou de norma anterior mais favorável ao trabalhador, o que, por si só, já demonstra uma limitação na aplicação da arbitragem nos dissídios trabalhistas. Sérgio Pinto Martins (1998 p.74), tratando sobre o tema, ensina:

[...] os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. Não se admite, por exemplo que o trabalhador renuncie as férias. Se tal fato ocorrer não terá qualquer validade o ato do operário, podendo o obreiro reclamá-las na Justiça do Trabalho. Poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo, diante do Juiz do Trabalho, pois neste caso, não se pode dizer que o empregado seja forçado a fazê-lo.⁵

A realidade prática nacional também fornece exemplos de suposta aplicação arbitral, que merecem ser estudados e questionados. Listam-se algumas destas ocorrências:

4.1 – O CASO DO ART 7º DA LEI DE GREVE (LEI 7783/89)

⁵ MARTINS, Sergio Pinto, Direito do Trabalho, 15ª Edição, Ed. Atlas, São Paulo, SP, Pág 74;

Versa sobre o dever de resolução extrajudicial das relações obrigacionais durante o período da paralização.

Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Esta situação guarda no mínimo duas peculiaridades fundamentais. Primeiramente, é interessante perceber que se trata de uma ocorrência de conflito coletivo, e não individual, o grande âmbito de celeuma.

O segundo ponto é ainda mais notável: a questão da greve guarda o elemento fundamental da urgência. A urgência é, invariavelmente um fato de modificação da ordem vigente dentro do direito, vide a concessão de liminar que aceita provimento baseado em verossimilhança; o estado de sítio que permite decisões rápidas do presidente e a própria intervenção nos direitos básicos, entre outros.

No âmbito do direito do trabalho, a greve, que objetiva estabelecer novas regras sobre direitos trabalhistas estabelecidos por Convenções Coletivas à determinada categoria de trabalhador, clamam por soluções imediatas, céleres e preponderantemente negociais, pois geram indesejada conturbação no seio da sociedade e nem sempre encontram no poder normativo do judiciário o melhor remédio para os impasses que a motivaram.

“Ao elencar a arbitragem como modalidade privilegiada de solução de conflitos, no mesmo nível da negociação coletiva pautou-se o legislador constituinte em algumas das qualidades da arbitragem, como a rapidez da entrega das suas decisões, a irrecurribilidade e a natureza pacificatória, atributos que na maior parte das vezes proporcionam melhores condições para a

obtenção de soluções mais eficazes ou até conciliadas.
(YOSHIDA, 2006, p.103)” 6

4.2 - O ART. 4º, LEI 10.101/2000: PARTICIPAÇÃO DOS TRABALHADORES NOS LUCROS OU RESULTADOS

Traz previsão expressa de uma “Arbitragem de Ofertas Finais”, regulamentando o procedimento de forma básica, nos seguintes termos:

Art. 4º. Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: I mediação; II arbitragem de ofertas finais. §1º. Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes; § 2º. O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes; §3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. § 4º. O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

Aqui é importante destacar a figura da arbitragem de ofertas finais. Assim como descreve o próprio artigo, este é um modelo bastante reduzido da atividade arbitral. Na prática, a atividade do árbitro é tão somente escolher pelas propostas apresentadas, sem trabalhar exatamente na composição dessas propostas e do conflito em si. Não seria inadequado dizer que a alcunha de “arbitragem” é um exagero doutrinário.

4.3 - A LEI 8.630, DE 25/02/93: LEI DOS PORTUÁRIOS

Na esfera individual, a única que prevê a utilização da arbitragem em conflitos envolvendo trabalhadores avulsos (portuários). Ela estabelece uma Comissão Arbitral para resolver divergências, *in verbis*:

⁶ YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem Trabalhista: Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*. São Paulo: LTr, 2006. 157 p, Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1009>, Acesso em: 14/02/2016

“Art. 23. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 18, 19 e 21 desta Lei. § 1º. Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais; §2º. Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes”. Depois de sucessivas reedições, a Medida Provisória original “mudou de número” para 1.698-51, de 27 de novembro de 1998. § 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes e o laudo arbitral proferido para solução da pendência possui força normativa, independentemente de homologação judicial.”.⁷

A arbitragem é estabelecida no caso de conflitos inerentes a débitos entre concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq (Agência Nacional de Transportes Aquaviários). Esta é a única ocorrência do Ordenamento Trabalhista que impõe a arbitragem como obrigatoriedade, ainda que, novamente, na modalidade de ofertas finais.

4.4 - A QUESTÃO DOS ALTOS EMPREGADOS E A SUPOSTA RELATIVIZAÇÃO DO ELEMENTO DA SUBORDINAÇÃO

Talvez esta hipótese seja levantada pelo condão comercialista da Lei de Arbitragem, já que estes “altos funcionários”, são, invariavelmente, componentes dos grandes expoentes do mercado empresarial.

Antes de proceder com uma crítica ao modelo, apresentam-se os pontos de partida: A) do ponto de vista teórico, insurge uma suposta relativização da subordinação: se fosse possível conceber relações de trabalho sem subordinação expressiva, aí sim haveria ampla aplicação do instituto da

⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Arbitragem na Área Trabalhista: Visão Didática*. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/material/pamplona/int_artigo_arbitragem_trabalhista.pdf Acesso em: 15/12/2015.

arbitragem. Empregados de alto escalão, altamente especializados, cujos currículos os excluem das dificuldades de realocação no mercado tem maior autonomia e, teoricamente, estão menos assombrados pelo fantasma do desemprego; B) do ponto de vista prático, o problema do custo, inerente à atividade arbitral – ao menos neste momento em que não se difundiu o suficiente para um possível estabelecimento de modalidades menos onerosas – não afetaria tanto este tipo de empregado, que por ostentar boa condição financeira, não encontraria este óbice ao optar pela via arbitral.⁸

No tocante a questão do desequilíbrio de forças, o Professor Yoshida propõe que, dependendo do nível de discernimento, grau de escolaridade e cargo ocupado pelo empregado, sua manifestação de vontade quanto à escolha da via arbitral pode e deve ser admitida afastando a presunção de vício de consentimento. O autor, a fim de ilustrar tal posição, relata uma experiência profissional que teve envolvendo um alto executivo de um banco, vejamos:⁹

“Na minha experiência profissional tive a oportunidade de arbitrar um litígio envolvendo um alto executivo de uma instituição financeira, assistido por seu filho, advogado de um dos maiores escritórios de advocacia deste país, no qual se discutia o pagamento de bônus e reflexos de benefícios de natureza supostamente salarial. O acordo elevado dos pleitos e a condição diferenciada do trabalhador em nenhum momento autorizaria supor estar ele sendo induzido ao erro ou coagido a transacionar seus direitos pela sua ex-empregadora. (...) A validade da conciliação ocorrida no âmbito da arbitragem em referência é inescusável pois a adesão do trabalhador ao procedimento esteve isenta de constrangimento e nada indica que o trabalhador não possuísse liberdade de discernimento para dar um consentimento válido.” (YOSHIDA, 2006, pág. 117)”

Interessante perceber, no entanto, que estas suposições baseiam-se em pilares de difícil determinação ante às próprias particularidades subjetivas: ora,

⁸ FAVA, Marcos Neves. *A Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos Trabalhistas*. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/Doutrina/MNF_09_09_06_6.html Acesso em: 13/01/2016

⁹ YOSHIDA, Márcio. *Op Cit.*, Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1009>, Acesso em: 14/02/2016

como determinar como certa a menor influência do critério econômico para um alto empregado que se encontre em grave crise financeira; quanto ao demitido com avançada idade, apesar das qualificações, a reinserção no mercado é bastante improvável; os exemplos são variados, mas a conclusão parece caminhar para um único caminho, que é o da não aceitação quanto à relativização dos conceitos, pelo fundamental fato de que isto é inviável na prática trabalhista.

É de certo que em situações como a narrada pelo professor Yoshida os elementos da hipossuficiência e subordinação tem influência menos marcada, mas daí a ser fator suficiente para possibilitar a livre negociação é conclusão demasiadamente precipitada e até mesmo elitista. Não há como partir de uma situação pontual e torna-la fulcro para uma nova legislação ou regulamentação que abarque a todos, assim como não há como segregar a arbitragem (ao menos legalmente) como modelo só para alguns.

A aplicação do instituto não pode partir da subjetividade para a generalidade. É certo que no país há muito mais gente em situação de necessidade de tutela por parte do Estado, que em posição de ignorar prerrogativas fundamentais e o próprio fantasma do desemprego.

Ao transformar esta situação específica dos “altos empregados” em regra, admitindo, para o “público geral”, a título de exemplo, a possibilidade de fixar acordos que instituem a arbitragem como via de resolução trabalhista, o direito pode estar tutelando uma série de situações abusivas e de vício de consentimento, como a clássica ideia do trabalhador que é forçado – ao menos indiretamente – a assinar um termo como este.

4.5 - A ARBITRAGEM INDIVIDUAL NO CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO

O contrato desportivo é, desde sempre, uma área de indeterminação dentro do direito do trabalho, recebendo, inclusive, a alcunha de “contrato especial”. Na mesma toada, os próprios institutos desportivos também têm

conceitos ainda sem pacificação doutrinária quanto à amplitude e natureza, como será visto adiante. Levando em consideração a volatilidade destes acertos, é de bom tom analisar as hipóteses da aplicação arbitral nos conflitos individuais desta natureza.

Primeiramente, é importante destacar a regulamentação que a lei máxima do esporte dá ao uso da arbitragem na resolução dos conflitos:

Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva.

Parágrafo único. A arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Com vistas ao texto legal, a inferência que se tem à *prima facie* é bastante conclusiva: as hipóteses de cabimento da arbitragem para conflitos individuais são, na verdade, as que não versam sobre direitos do trabalho. Explica-se: a redação é bastante clara ao tratar sobre “direitos patrimoniais disponíveis”. Esta é uma disposição que, de pronto, exclui todas as prerrogativas laborais, indisponíveis por excelência.

Não obstante, o professor Fábio Menezes de Sá Filho elenca situações de abertura para aplicação. Todas comungam de um mesmo filão teórico: (I) Questões atinentes à cláusula compensatória ou indenizatória desportiva, a popular “multa rescisória”; (II) Questões atinentes ao Direito de Imagem, quando não houver fraude à lei; (III) O pagamento antecipado de valores para fechar contratações, as “luvas”, adimplidas em parcelas únicas ou em poucas parcelas, mas sem que haja a configuração de habitualidade; (IV) A indenização pelo direito de formação do atleta¹⁰.

¹⁰ MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (coord). Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao Professor Albino Mendes

Veja-se que os institutos elencados, apesar de serem derivados da existência de um contrato trabalhista, são verbas verdadeiramente civis: a multa rescisória e a indenização pela formação do atleta são situações que visam, manifestamente, o ressarcimento da entidade esportiva, seja pelo fato de não contar mais com os serviços do atleta, ainda que com contrato em vigor, ou pela profissionalização inicial do mesmo, tal qual uma participação nos lucros futuros.

Aos outros da lista, sempre cabe a ressalva de situações em que adquiririam algum caráter trabalhista: o direito de imagem quando não representar fraude à lei, ou seja, quando não adquirir a feição de salário, o que invariavelmente acontece nos clubes de futebol, e representa prejuízo aos atletas, que perdem seus direitos laborais sobre a verba; as luvas, que para se enquadrar à arbitragem não podem ser habituais, característica basilar dos institutos trabalhistas.

A esta lista da tênue natureza entre trabalho e civil, é importante adicionar também a questão do direito de Arena, talvez o instituto que mais demonstre a confusão de naturezas. Trata-se do valor que o atleta recebe por jogo participado que envolva transmissão televisiva, é uma forma de contraprestação aos “protagonistas do espetáculo” pelos multimilionários montantes de patrocínios e transmissão que geram aos clubes.

Apesar de disciplinado pelo Art. 42 da Lei Pelé (Lei 9615/98) como civil, é expressamente tratado por jurisprudência e doutrina como trabalhista, comparado à institutos remuneratórios como as gorjetas¹¹. Ao adentrar a seara trabalhista, deixa de ser assunto passível de resolução por arbitragem, já que se torna instituto trabalhista de direitos indisponíveis.

5. A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA ARBITRAGEM PARA CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei nº 12.395 de 16 de março de 2011. São Paulo, Quartier Latin, 2012. P. 150

¹¹ ZAINAGHI, Domingos Sávio. Os Atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho. 2. Ed, São Paulo, LTR, 2015. P.115

Outro ponto que robustece a argumentação e o teste de aplicabilidade aqui proposto é a observação da experiência internacional. No que diz respeito às experiências de outros países, a arbitragem, como técnica de solução de conflitos individuais de trabalho, apesar de prevista em alguns ordenamentos não é utilizada, na prática, de forma corrente.

Neste cenário, é possível traçar uma diferença ontológica entre os países de tradição processual Anglo-Saxã (*Common Law*) e Romano-Germânica (*Civil Law*).

5.1 - ESTADOS UNIDOS: O MODO DE SOLUÇÃO É FIXADO PELAS PARTES

A arbitragem nos Estados Unidos não é exatamente 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.

Em linhas gerais o próprio direito do trabalho é regulado por convenções coletivas, não há uma tradição legislativa no que se refere às relações de trabalho e os conflitos são oriundos sobretudo da interpretação dessas normas.

A lógica é esta: como o direito é fixado pelas partes, o modo de solução de conflitos segue a mesma toada. Na visão cultural que prega o afastamento do Estado das relações sociais não há muito sentido na intervenção fundamental estatal para dar guarida a um direito que, na prática, 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 restringem a este último aspecto: a negociação de boa-fé¹².

¹² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial* Publicado na Justiça do Trabalho nº 224, p. 29 Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/146.htm> Acesso em: 11/05/2016

Neste sentido, manifestam-se importantes expoentes na Doutrina, como o próprio professor Carlos Alberto Carmona, grande mestre do assunto e um dos redatores da lei de arbitragem brasileira, fazendo uma breve comparação entre os sistemas nacional e norteamericana:

“Nos Estados Unidos da América o instituto é de larguíssima utilização, sendo por todos reconhecida sua vantagem em relação a solução judicial dos conflitos. Chega-se mesmo a constatar que a arbitragem é o meio de solução de conflitos individuais de trabalho mais utilizado entre os empregados sindicalizados e empregadores, tudo graças a tradição norte-americana que estimulou intervenção apenas subsidiária do governo nas relações trabalhistas.” (CARMONA, 2009, pág 43)¹³

Com a devida vênia ao mestre Carmona, sumidade do assunto em âmbito nacional, aqui não se vislumbra possibilidade de filiação do Brasil a este modelo norteamericano.

No caso dos Estados Unidos, a tão apregoada liberdade de negociação (que se quer transportar para o Brasil como exemplo de modernização das relações de trabalho), na prática, é ilusória. É interessante destacar o impressionante dado de que apenas 13% dos trabalhadores americanos são sindicalizados¹⁴.

E o que impressiona mais ainda 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, num movimento organizado para enfraquecimento dos sindicatos.

A temática tem o marco fundamental do *Taft-Hartley Act* 1947, legislação que estabeleceu maior área de liberdade negocial para o empregador, regulamentando a faculdade às partes de optar pelo procedimento arbitral como

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9307/96. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. Pág 43.

¹⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op Cit.*

Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/146.htm> Acesso em: 11/05/2016

meio de solução. Na sistemática desta legislação o árbitro é juiz de fato e direito, tem poderes acautelatórios e sua decisão somente pode ser levada ao Judiciário por força de violação frontal às leis.¹⁵

Como consequência, a medida determinou o estabelecimento de sanções contra práticas dos sindicatos, mecanismos para controle de greves nacionais em determinados setores e proibiu greve no serviço público, sendo a adoção facultativa da arbitragem medida que apenas reflete o caráter de limitação.¹⁶

No que diz respeito ao acesso ao próprio emprego em si, para ocupar às vagas, o trabalhador americano passa por uma verdadeira sabatina de entrevistas, nas quais se avalia, entre outros quesitos, a tendência à sindicalização do candidato ao emprego. Uma vez estabelecido na função, os empregadores estão cada vez mais sob vigilância, para evitar, principalmente, qualquer movimento de organização dos trabalhadores.

Como a lei praticamente inexistente e não garante direitos laborais, além do que cerca de 87% dos trabalhadores não são sindicalizados, o fato concreto é que os americanos, no geral, trabalham em condições não muito favoráveis, apesar dos bons salários em comparação com o mercado brasileiro. Ademais, a estas condições de insegurança jurídica, some-se o importante fator da ausência de sistemas públicos de saúde e aposentadoria.

A arbitragem como modo de solução de conflitos individuais de trabalho nos Estados Unidos atinge, portanto, apenas 13% dos trabalhadores. Além disso, continua sendo 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 política. O que aqui não se rechaça, já que é perfeitamente

¹⁵ FAVA, Marcos Neves. *Op Cit*

Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/Doutrina/MNF_09_09_06_6.html
Acesso em: 13/01/2016

¹⁶ DA ROCHA, Júlio Cesar de Sá. *Direito do Trabalho nos Estados Unidos: considerações sobre as bases do sistema Norte-Americano.*

Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2007/convidados/con3.doc
Acesso em 23/11/2015

inteligível a exigência de um nível intelectual mínimo para a resolução de questões de direito.

Interessante pontuar, por fim, que a própria representatividade dos trabalhadores neste procedimento da arbitragem tem sido crescentemente discutida em lides perante o Judiciário, o que, por certo, põe em questão a eficácia de tal sistema.¹⁷

5.2 - CANADÁ (QUEBEC) E FRANÇA: TODA CONVENÇÃO COLETIVA PREVÊ PROCEDIMENTO PARA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS

O sistema jurídico canadense, com o corte especial para a cidade de Quebec, (antro de fortíssima influência francesa, que desenvolveu um ordenamento jurídico híbrido), segue a mesma lógica que o americano no que diz respeito a utilização de convenções coletivas como lei entre as partes.

No Canadá, em matéria laboral, o sistema tem caráter obrigatório: “toda convenção coletiva obrigatoriamente há de prever um procedimento para solução dos litígios decorrentes de sua aplicação e interpretação. Em caso de omissão, as leis provinciais e também as federais preveem que a arbitragem de reclamações será o único mecanismo para solução dos conflitos”³³, o que dá, em virtude de opção política, caráter exclusivo para esta via de solução.

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 conflitos¹⁸. A este propósito, vale lembrar,

¹⁷SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op Cit.*

Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/146.htm> Acesso em: 11/05/2016

¹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op Cit.* Disponível em:

<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/146.htm> Acesso em: 11/05/2016

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 (as convenções coletivas em geral possuem regras de proteção do emprego).

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 ser recorrente a menção à jurisdicionalização da arbitragem no 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 ano¹⁹.

Na França, embora haja previsão normativa para a arbitragem – artigo 525-I do Código do Trabalho – o fato de sua utilização implicar atraso no procedimento prévio de conciliação e mediação sugere o desuso do método, que aduz intenção do legislador em não regular expressamente sua utilização²⁰. É algo, de certa forma semelhante ao que vem tentando estabelecer o Novo Código de Processo Civil, no âmbito das relações civis, com a faculdade de audiências de conciliação antes do julgamento e, outrora, as próprias câmaras de conciliação prévia.

5.3 – O CASO INGLÊS: SISTEMA MISTO

A Inglaterra propõe um sistema misto, o que, de certa forma, reconhece a impossibilidade de se entregar a integralidade da resolução dos conflitos ao meio alternativo da arbitragem. Excetuadas as questões de interesse público,

¹⁹ Idem Ibidem.

²⁰ FAVA, Marcos Neves. *A Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos Trabalhistas*. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/Doutrina/MNF_09_09_06_6.html Acesso em: 13/01/2016

qualquer disputa pode ser submetida ao juízo arbitral consoante a *Arbitration Act* de 17 de junho de 1996²¹.

A título de exemplo, o Artigo 45 do ato evidencia o caráter híbrido do sistema, ao ponto em que determina que, salvo acordo em contrário, em surgindo questão de direito durante o procedimento arbitral, qualquer das partes poderá requerer que a jurisdição estatal se manifeste, após ouvir a parte contrária. Isto significa que a intervenção estatal não é ignorada, mas sim, fiscal, na medida em que pode operar a qualquer tempo.

De qualquer forma, a experiência prática, ao menos da realidade brasileira, nos permite inferir o quão difícil deve ser para o empregado, sempre assombrado pela retaliação patrona (que, invariavelmente, é sinônimo de desemprego) acionar o poder judiciário ao identificar alguma irregularidade ou abuso. O problema fundamental da disparidade de forças é um persistente impasse também para este sistema.

5.4 – PORTUGAL: ARBITRAGEM OBRIGATÓRIA DISPOSTA EM CONVENÇÃO COLETIVA

O avançado código de trabalho de Portugal prevê a instituição de arbitragem obrigatória como meio de solução das controvérsias do contrato de trabalho, singulares ou coletivas, e indica que a fonte de regulação dessa matéria deve encontrar-se nas convenções coletivas, como se lê no artigo 541, “f”:²²

O Código do Trabalho faz expressa menção à admissibilidade da solução de conflitos trabalhistas via arbitragem: Art.506: "A todo o tempo, as partes podem acordar em submeter a arbitragem as questões laborais resultantes, nomeadamente, da interpretação, integração, celebração ou revisão da convenção coletiva".²³

²¹ Idem Ibidem

²² Idem Ibidem

²³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Arbitrabilidade dos Conflitos Trabalhistas*. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_23863224_ARBITRABILIDADE_DE_CONFLITOS_TRABALHISTAS.aspx Acesso em: 23/11/2015

Embora o texto mencione, recorrentemente, a expressão "convenção coletiva", o que poderia levar a crer que a admissibilidade por aquele sistema se dá apenas para a arbitragem trabalhista de natureza coletiva, os comentaristas do texto se inclinam por orientação diversa: todas as questões laborais que resultem de uma convenção coletiva - ou mesmo da ausência dela, pois pode estar em causa uma nova celebração, como claramente refere o preceito "celebração ou revisão" - podem ser dirimidas pela arbitragem, ainda que não constituam um verdadeiro conflito coletivo.²⁴

Embora seja aberto também aos conflitos individuais, o sistema arbitral laboral português impõe maior controle ao procedimento. O nº 3 do art. 507 determina que "as partes informam o serviço competente do ministério responsável pela área laboral do início e do termo do procedimento", dever que, não observado, constituirá contra ordenação (instituto português que se aproxima à nossa infração administrativa), com a anulação do procedimento.

Em outras palavras, a atividade arbitral voltada à solução de conflitos fica sob a observação do Executivo, que verifica se as soluções dadas pelos árbitros aos conflitos trabalhistas produzem resultados positivos, provavelmente levando-se em consideração a posição privilegiada do empregador em face do empregado.

6. O INVESTIMENTO EM FORMAÇÃO EDUCACIONAL E ESTRUTURAL COMO REMÉDIO FUNDAMENTAL

A este ponto percebe-se que o cerne da questão sempre esteve contido nos próprios pontos de partida do problema que se identificou no judiciário, especificamente a Justiça do Trabalho. A conjugação dos fatores da demora para o deslinde processual, da burocratização sistemática e do "vício do litígio", com o destaque a este último, são os caracterizadores de um sistema fadado a emperrar. Este inchaço justifica o *boom* (senão na prática, ao menos ideológico) dos meios alternativos de resolução de conflitos.

²⁴ MARTINEZ, Pedro Romano et al. *Código do Trabalho anotado*. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 1223.

Pois bem, analisemos estes elementos. O lento ritmo processual parece, a priori, inevitável. O procedimento precisa ser garantido à luz do devido processo legal, sobretudo no juízo trabalhista, fundamentalmente marcado por princípios pétreos como o da interpretação *in mellius* ao trabalhador hipossuficiente.

A burocratização, sobretudo na realidade brasileira, tem feição mais patológica, mas é, por si só, consequência da garantia do processo. Na verdade, o que deve ser perquirir é a burocratização mínima, aquela que é necessária, que funciona como um raio oficializador dos atos e não dificultador. Percebe-se, portanto, que deslinde processual e burocratização são procedimentos, e como tal, sujeitos a melhorias, mas não corte.

O vício do litígio não. Este não é procedimento, é cultura. O remédio para o vício do litígio não é processual, é pedagógico, antes disso, é político-ideológico. Isto porque, um processo de conscientização a este ponto depende da vontade estatal, e, conseqüentemente do alinhamento com a ideologia dominante ou governante.

O investimento e a veiculação recorrente da imagem dos meios alternativos de resolução de conflitos numa perspectiva messiânica, revelam, não obstante, uma vontade estatal no que caminha no sentido contrário da conscientização popular quanto ao conhecimento e respeito à legislação. Explica-se: ao ponto que esta ideologia ultraliberal ganha corpo, os meios de alternativos de resolução se apresentam com uma espécie de “processo privatização do poder judiciário”²⁵. Sob este prisma ideológico, é mais interessante apresentar uma alternativa onerosa, que educar os destinatários.

É de certo que a privatização que aqui se refere não segue os moldes das observadas em outros serviços fundamentais, como a concessão das telecomunicações ou fornecimento de energia elétrica que não raramente são compradas por grandes grupos empresariais.

²⁵ BARROSO, Fábio Túlio. *Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2010. P.80

Isto seria um movimento esdrúxulo e incompatível com a atividade jurisdicional, que, mais do que todas estes serviços públicos, é pautada, fundamentalmente (ou teoricamente) pela igualdade total, ao menos procedimental, no tratamento com seus destinatários. Só o elemento oneroso indissociável à utilização da arbitragem privada já inviabiliza este modelo de privatização completa: não se pode condicionar o acesso à justiça ao pagamento, diferentemente da lógica dos serviços citados, privatizados ou não, sempre foi cobrada uma prestação como condição *sine qua non* para o recebimento da energia elétrica, ou da telecomunicação, por exemplo.

A privatização aqui alertada tem muito mais a ver com o aspecto institucional. A arbitragem, célere e “indolor” (como pressupõe a concordância das partes para adoção do procedimento que fere em menor proporção as pretensões não atendidas), e paga, seria naturalmente mais rápida e benéfica a um grupo seletivo de destinatários: aquele com condições financeiras e intelectuais para submeter-se ou propor a outro que se submeta a este tipo de procedimento. Desta forma, fica sedimentada ainda mais a descrença popular na legitimidade e efetividade do judiciário. Um processo que segue o contrário do que aqui é proposto.

É necessário ter em mente que a conscientização educacional – quanto conta com a vontade político-estatal – surte efeitos práticos inquestionáveis.

Vamos ao método empírico, a exemplificação. O mais palpável dos exemplos parece a situação do combate ao hábito da embriaguez ao volante. No intuito de reduzir a taxa de acidentes de carro sob estas condições, o Estado mobilizou uma série de frentes, além do que diz respeito à própria matéria jurídica em si, com o paulatino enrijecimento da legislação punitiva, mas também o aumento das “blitz” dos departamentos de trânsito (revelando preocupação com o importantíssimo elemento da fiscalização), as novas resoluções do CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária) para a veiculação de materiais publicitários sobre bebidas alcoólicas, encorajando a realização de campanhas publicitárias e iniciativas destinadas a reforçar a moderação no consumo, a proibição da venda e da oferta de bebidas alcoólicas

para menores, e a direção responsável de veículos²⁶, e a própria ação do Ministério da Saúde com a repetição do famigerado “Se Beber Não Dirija”.

Pois bem, é uma atuação neste sentido que deve adotar o governo, de forma mais adequada a ser capitaneado pelo Ministério da Justiça, por ser o “Vício do Litígio” uma cultura que abrange a toda matéria jurídica, não apenas a trabalhista. Sobre esta área, é de certo que o Ministério do Trabalho já exerce função semelhante, como por exemplo, a notável ação contra o trabalho infantil.

No entanto, esta atuação é totalmente incipiente no que diz respeito à conscientização e conhecimento dos direitos e da sua amplitude. Paradoxalmente, o acesso ao portal de queixas é totalmente facilitado. Não que este não devesse ser, já que é o grande mote da atuação do MPT, mas funciona como mais uma situação que evidencia este fetiche litigioso. É mais fácil o acesso à acusação do que à conscientização de direitos, e isso é emblemático.

Num cenário onde a conscientização de respeito à legislação é bem trabalhada, (e aqui podemos fazer um recorte para o âmbito trabalhista, já que a desinformação quanto aos papéis de empregado e empregador é gritante), os meios alternativos de resolução de conflitos perdem este caráter messiânico e se tornam, verdadeiramente, alternativos, como ontologicamente devem ser.

Novamente aos exemplos e em mais uma referência internacional, recorre-se à realidade Inglesa. Como citado alhures, no momento da análise da experiência internacional, na Inglaterra, a utilização da arbitragem não se dá efetivamente em larga escala. Elas está ao encargo de um órgão administrativo chamado ACAS (*Advisory, Conciliation and Arbitration Service*), composto de membros do Ministério do Trabalho e de representantes dos empregados e dos empregadores.

Não é exagero dizer que a arbitragem não tem larga utilização justamente pela atividade do referido órgão. A ACAS é uma organização que investe, antes

²⁶ CONAR Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, Anexos II – Categorias Especiais de Anúncios. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> Acesso em: 10/05/2016

de tudo, na formação do trabalhador e do empregado: propagam informações livres e imparciais e conselhos aos empregados e empregadores em todos os aspectos das relações de trabalho e das leis trabalhistas; preconizam a boa relação entre os polos da relação; promovem valores de boa-fé, treinamento de alta qualidade, com uma expertise baseada em uma extensa rede de contatos entre empregadores e empregados todo ano. O modo que a ACAS descreve suas atribuições é digno de transcrição:

O que fazemos?

Nós promovemos orientação e apoio para melhorar a performance organizacional e a qualidade de vida de trabalho

- Nós otimizamos as relações de emprego e prevenimos os conflitos pela produção de um código de práticas, conselhos e guia para ajudar empregadores, por exemplo, sobre como escrever um contrato de trabalho ou lidar com disciplina e reclamações
- Nós promovemos a boa prática oferecendo formação baseada nos nossos respeitados guias; promovemos treinamento online pelo site *Acas Learning Online*, assim com outras ferramentas para as organizações para que façam o diagnóstico por conta própria; nós oferecemos uma variada gama de cursos e fóruns de empregadores. Ano passado treinamos cerca de 30.000 pessoas;
- Quando os problemas começam a aparecer, ou as pessoas precisam de ajuda em suas situações, nós realizamos orientação especializada, livre e imparcial por nossos serviços de ajuda. No último ano agimos em mais de um milhão de ligações e requerimentos pelos portais de ajuda, e cerca de 86% dos casos estiveram aptos a tomar boas ações baseados na nossa orientação.²⁷

Não se pode perder nunca de vista as extremas diferenças existentes entre as realidades inglesa e brasileira. Não só do ponto de vista socioeconômico, mas também histórico, estes países guardam abismos comparativos no que diz respeito a estabilização da democracia e do nível de educacional de suas populações. Não obstante, o exemplo da ACAS funciona como um tipo ideal a ser seguido, sobre como a formação educacional, mais

²⁷ ACAS. About Us. Disponível em: <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=1342>, Acesso em: 10/05/2016

uma vez, é a chave para a mudança de paradigma de um problema estatal, desta vez, o desinchaço do sistema judiciário.

7 - CONCLUSÕES

A observação de uma série de incongruências entre o procedimento arbitral e o direito trabalhista, que tem início desde os princípios mais básicos de cada um destes atores, nos leva a asseverar que sua aplicação não é viável nesta seara.

Ainda que houvesse criação de lei específica para utilização do instituto no direito laboral, pela indissociável influência dos princípios, como adverte o Prof. Fábio Túlio Barroso²⁸, a incompatibilidade sempre estaria presente, e o desrespeito à indisponibilidade dos direitos, por exemplo, ainda que não surta efeito gritante numa determinada ocasião prática, abre precedente.

Não há como existir relativização de princípios indisponíveis e irrenunciáveis sem morte do direito laboral. Isto não é anacronismo, é respeito a teleologia básica.

O trabalhador da grande empresa, qualificado e jovem que acerta sua rescisão por solução como a arbitral e comemora o fato, talvez não estivesse na mesma situação quando aos 50 anos fosse sumariamente desligado, situação na qual a assombração do fantasma do desemprego já é realidade. A subordinação persiste, a indisponibilidade e hipossuficiência também; a relativização não é o caminho, e, com pesar, reconhece-se que não se faz arbitragem, em qualquer seara, sem a relativização de preceitos, nem que seja a pura e simples renúncia do direito de ação.

Além deste problema fundamental principiológico, a experiência internacional nos permite inferir que, na prática, não existe no mundo uma experiência predominante e em larga escala da arbitragem como técnica de

²⁸ BARROSO, Fábio Túlio. *Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2010. P.81

solução de conflitos individuais do trabalho, ao menos não sem que isto implique uma série de restrições aos direitos trabalhistas, e esta é inserção puramente destinada aos Estados Unidos, onde pode-se facilmente números de milhões de conflitos regulados por ano, mas pouquíssimos situados no âmbito das relações individuais.

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

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 que suplante a via processual. Além disso, sua validade está vinculada a uma análise bastante restrita (a exemplo do que ocorre no direito francês), pois a formação depende essencialmente do elemento da liberdade, aspecto totalmente relativizado na relação do trabalho. Como não é dono do meio de produção e depende do trabalho para a subsistência, o empregado não está plenamente isento de pressões de natureza econômica de modo que manifeste sua vontade sem qualquer vício presumido.

A desigualdade econômica entre empregador e empregado é argumento válido, e, inexorável, depondo contra a aplicabilidade da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas. Não é nem um pouco difícil imaginar situações nas quais poderia o empregador querer valer-se da arbitragem para defraudar as normas trabalhistas, subjugando o hipossuficiente aos seus interesses. O direito não pode estar vulnerável a estas hipóteses, não pode depender do altruísmo das partes.

Por fim, é importante pontuar a necessidade de fortalecimento da jurisdição trabalhista. Não é coerente transferir todo o protagonismo da mudança do paradigma ao destinatário final, o cidadão. O órgão jurisdicional precisa ter condições básicas de estrutura e pessoal para atender a este destinatário, e, reconhecidamente, não o tem nos dias de hoje. Exemplo disso foi a lamentável

ocorrência da interdição do prédio da Justiça Trabalhista no estado de Pernambuco, que suspendeu as atividades jurisdicionais, depois as transferiu para prédios improvisados, e hoje, realocada em edifício alugado, devido ao tempo de inatividade, marca audiências iniciais para 12 meses depois da proposição da demanda.

É de certo que diferentemente das demais medidas citadas, como a adoção de diversas frentes educacionais e formadoras, o robustecimento do quadro estrutural e de pessoal destes órgãos tem impacto considerável no planejamento orçamentário nacional, sobretudo nos tempos atuais de austeridade, no qual a ordem é reduzir os gastos, sobretudo os do funcionalismo público.

A questão é que, este tipo de utilização de verbas é, na verdade, investimento. A consolidação de uma justiça trabalhista bem estruturada *latu sensu* é um passo fundamental para o estabelecimento de um bom ambiente de negócios, ambiente este que favorece não só ao empregador, como ao empregado. Neste momento, é necessário lembrar novamente da ACAS, no momento em que esta assevera em sua “missão” que “para cada uma libra que a Acas gasta, tem-se no mínimo doze libras de benefício para a economia”.

No fim das contas, a vontade estatal é que tem o condão de mudar o prognóstico. É dela que parte o ideal de conscientização e formação dos atores laborais; é dela que parte o fortalecimento da justiça do trabalho (sob aspectos estrutural e de pessoal). Na prática, esta vontade parece caminhar, desde o marco da instituição do FGTS no sentido da hiperterceirização, da interpretação messiânica (e não alternativa) dos meios alternativos de resolução de conflitos e do ultra liberalismo como um todo, o que nos leva a crer que, assim como o fetiche pelos referidos meios, muitos outros fetiches surgiram, mas como fuga, não como solução.

Seja pelo apelo inexorável à atividade exclusivista do Estado-Juiz na resolução dos conflitos laborais, a ausência de fonte legal que discipline detidamente a temática, ou apriorística incompatibilidade de princípios

fundamentais da arbitragem e do direito do trabalho, é indiscutível que o instituto da arbitragem sofre, ao menos no panorama atual, com uma série de impedimentos fundamentais, que funcionam, antes de tudo, como verdadeiros garantidores e protetores das prerrogativas trabalhistas.

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACAS. **About Us.** Disponível em:
<http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=1342>, Acesso em: 10/05/2016

BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de Direito Coletivo do Trabalho.** São Paulo. LTr, 2010. P. 53

BARROSO, Fábio Túlio. **Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho.** São Paulo, LTr, 2010. P.39

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9307/96.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. Pág 43.

CONAR Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, Anexos II – **Categorias Especiais de Anúncios.** Disponível em:
<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> Acesso em: 10/05/2016

DA ROCHA, Júlio Cesar de Sá. **Direito do Trabalho nos Estados Unidos: considerações sobre as bases do sistema Norte-Americano.** Disponível em:
http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2007/convidados/con3.doc Acesso em 23/11/2015

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 4ª edição. São Paulo: LTr, 2005.1471 p. 167,
Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1009>, Acesso em: 13/05/2016

FAVA, Marcos Neves. **A Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos Trabalhistas.** Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/Doutrina/MNF_09_09_06_6.html Acesso em: 13/01/2016

MARTINEZ, Pedro Romano et al. **Código do Trabalho anotado**. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 1223

MARTINS, Sergio Pinto, **Direito do Trabalho**, 15ª Edição, Ed. Atlas, São Paulo, SP, Pág 74;

MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (coord). **Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao Professor Albino Mendes Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei nº 12.395 de 16 de março de 2011**. São Paulo, Quartier Latin, 2012. P. 150

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Arbitrabilidade dos Conflitos Trabalhistas**. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_23863224_ARBITRABILIDADE_DE_CONFLITOS_TRABALHISTAS.aspx Acesso em: 23/11/2015

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>. Acesso em: 03/04/2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Arbitragem na Área Trabalhista: Visão Didática**. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/material/pamplona/int_artigo_arbitragem_trabalhista.pdf Acesso em: 15/12/2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial** Publicado na Justiça do Trabalho nº 224, p. 29 Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/146.htm> Acesso em: 11/05/2016

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem Trabalhista: Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais**. São Paulo: LTr, 2006. 157 p, Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1009>, Acesso em: 14/02/2016

ZAINAGHI, Domingos Sávio. ***Os Atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho***. 2. Ed, São Paulo, LTR, 2015. P.115