

NORMATIVIDADE E AUTOCOMPOSIÇÃO

Octavio BUENO MAGANO*

As relações humanas exigem o estabelecimento de diretrizes, que visem à continuidade e ao aprimoramento delas.

Daí o despontar de leis e de procedimentos de autocomposição.

Precipuamente, objetivam as leis a ordenação da razão humana para o bem comum, tudo de acordo com a conhecida parêmia: “Lex est ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata”.

Contudo, como se trata de preceito comum e obrigatório, a lei pode, as vezes, revestir-se de caráter iníquo ou opressor.

A iniquidade procura corrigir-se através da equidade, que, por isso mesmo, também se denomina justiça do caso particular.

Já o caráter opressor da lei se faz sentir na excessiva limitação da atividade individual e no exagero das cargas sociais. O regime em que os apontados traços mais se exacerbaram foi o do fascismo implantado na Itália por Benito Mussolini, bem caracterizado neste enunciado: “Tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato”,¹ o que, na prática, se traduzia na idéia de que “lo Stato coincidesse col governo, mettendo sotto controllo ogni struttura pubblica e ogni manifestazione della vita nazionale”.²

No Brasil, a mesma diretriz foi adotada por Getúlio Vargas, que criou legislação trabalhista aparatososa e rígida, mas ao mesmo tempo farisaica, dado que sempre ficou no mercado clandestino de trabalho grande número de trabalhadores.

* Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ Mussolini Alatri, Paolo, *Enciclopedia tascabile diretta da Roberto Bonchio*, Roma, Newton Compton editori, 1995, p. 39.

² *Ibidem*, p. 41.

O modelo getulista, que persiste até os dias atuais, implica, pois, acentuado divórcio entre norma jurídica e realidade econômico-financeira, que não pode deixar de ser corrigido.

As principais correções, a que se deve sujeitar, dizem respeito a ingredientes corporativistas inseridos na Constituição de 1998, em virtude de *lobby* dos interessados e que assim se especificam: unidade sindical, imposto sindical e poder normativo da Justiça do Trabalho.

Felizmente, a praga dos juizes classistas foi eliminada pela Emenda Constitucional 24, de 9.12.99. Contudo, ainda há muito a corrigir-se na nossa herança fascista.

O caminho prioritário a ser seguido para colimar o bem social é o dos procedimentos de autocomposição, a saber, negociação coletiva, convenção e acordo coletivo, contrato coletivo, pacto social, mediação, conciliação e arbitragem.

A negociação coletiva constitui procedimento tendente a colimar qualquer modalidade de contratação coletiva. Convenção coletiva é o negócio jurídico intersindical, sobre condições de trabalho; acordo coletivo é o negócio jurídico sobre condições de trabalho, tendo como sujeitos, de um lado, sindicato profissional e, de outro, empresa ou empresas; contrato coletivo é o negócio jurídico interprofissional (compreendendo pois várias categorias) sobre condições de trabalho; pacto social constitui acordo entre parceiros sociais sobre política sócio-econômica, dotado de sanção política mas não jurídica.

Os apontados procedimentos de autocomposição constituem o método de solução de conflitos mais coadunável com o modelo de democracia pluralista, previsto no artigo 1º, V, da Constituição, e significa que, no âmbito da sociedade civil, cumpre reconhecer e respeitar o poder autônomo dos grupos profissionais e econômicos.

A conciliação ficou bastante realçada, no Brasil, com o advento da lei núm. 9.022, de 5.4.95 (DOU I 6.4.95), que a quis ver considerada mesmo antes da apresentação de defesa, como ocorria no passado. Maior realce ganhou ainda com a edição da lei núm. 9.958/2000 (DOU I, de 13.1.2000), que faculta a criação de comissões de conciliação no âmbito das empresas e dos sindicatos, compondo-se, no primeiro caso, de dois membros no mínimo e de dez no máximo, observado sempre o critério paritário e ficando, no segundo caso, tudo na dependência do que se dispuser em convenção ou acordo coletivo. Existindo comissão constituída e observado o princípio da competência “*ex ratione loci*”, é de rigor que perante ela se apresente qualquer litígio, antes de se dirigirem os interessados à justiça do trabalho.

Não se diga que a apontada exigência infringiria a regra do artículo 5o., XXXV, da Constituição, segundo a qual nenhuma demanda pode ser subtraída ao conhecimento do Poder Judiciário, porque a jurisdição só se torna inevitável quando exauridos os procedimentos de autocomposição, nada impedindo que estes figurem como condição para o exercício da ação judicial, tal como já ocorre com o ajuizamento de dissídios coletivos.³

Matéria da nova lei, que não pode ser relegada ao oblívio, é a que dá força executória ao termo de conciliação, possibilitando, assim, sua pronta efetivação, no caso de inadimplemento.

Por último, vem a talho registrar a proibição de serem dispensados os representantes de empregados das comissões conciliatórias, até um ano após a extinção dos respectivos mandatos, correspondentes a um ano.

Quanto à mediação, ficou realçada pela Lei núm. 10.192, de 14.2.2001, mas apenas no que concerne a dissídios coletivos, tudo como se depreende do preceito abaixo transcrito: artículo 11

Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo. § 1o. O mediador será designado de comum acordo pelas partes ou, a pedido destas, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, na forma da regulamentação de que trata o § 5o. deste artigo. § 2o. A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta, poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho e Emprego a designação do mediador, que convocará a outra parte. § 3o. O mediador designado terá prazo de até trinta dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresso com as partes interessadas. § 4o. Não alcançado o entendimento entre as partes, ou recusando-se qualquer delas à mediação, lavrar-se-á ata contendo as causas motivadoras do conflito e as reivindicações de natureza econômica, documento que instruirá a representação para o ajuizamento do dissídio coletivo. § 5o. O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.⁴

Realce deu-se à arbitragem, com a edição da Lei núm. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Os principais incentivos que o referido diploma legal deu à prática do instituto condensam-se em seus artículos 7o., 18 e 31 o primeiro dispondo que

³ V. § 2o., do artículo 114 da Constituição.

⁴ A primeira Medida Provisória a tratar desta matéria foi a de núm. 1.053, de 30.06.95. Vide também Decreto núm. 1.572/95 e Portaria GM/MTb núm. 817, de 30.8.95.

a cláusula compromissória vale como compromisso; o segundo estatuyendo que o árbitro é juiz de fato e de direito, não ficando a sentença por ele proferida sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário e o terceiro esclarecendo que, sendo a mesma sentença condenatória, constitui título executivo.

No que concerne às vantagens de tal procedimento, a doutrina assinala o seguinte:

A arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da prevalência da autonomia da vontade das partes, da rapidez, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do menor custo e também da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate.⁵

No que toca especificamente à área trabalhista, merece relevo o atributo da rapidez. Enquanto uma causa trabalhista demora de cinco a sete anos para ter desfecho na justiça do trabalho, pela via da arbitragem, poderia ser solucionada no prazo de três a cinco meses. Pelo menos isso é o que demonstra a prática da arbitragem nos Estados Unidos da América do Norte. Como assinala William B. Gould, mais de 95% das convenções coletivas celebradas no referido país, contêm cláusula de arbitragem.⁶ Tal foi o desenvolvimento ali alcançado pelo instituto que organizações especializadas se formaram para o porem em prática. A título ilustrativo, devem ser mencionados o *Federal Mediation and Conciliation Service*, a *American Arbitration Association* e a *National Academy of Arbitrators*.⁷ As principais características da arbitragem, nos Estados Unidos da América do Norte, podem ser assim sintetizadas: a sua incidência predominante ocorre em relação aos dissídios individuais, constituindo fenômeno relativamente raro a arbitragem de dissídios coletivos;⁸ constitui, via de regra, epílogo de um processo chamado *grievance procedure*; a duração do referido processo é acentuadamente rápida; o encargo de arbitrar é geralmente atribuído a árbi-

⁵ Rodrigues do, Amaral, Antônio Carlos, “A Nova Lei de Arbitragem”, *Repertório IOB de Jurisprudência, Civil, Processual, Penal e Comercial*, núm. 7/97, Cad. 3, 1a. quinzena de abril/97, p. 135.

⁶ *A Premier on American Labor Law*, Massachusetts, The MIT Press, 1986, p. 136.

⁷ *Ibidem*, pp. 136-137.

⁸ *Ibidem*, p. 134.

tros seleccionados pelas entidades já mencionadas; o laudo do árbitro pode ser executado perante órgãos judiciais.⁹

No que diz respeito à aplicabilidade da arbitragem aos conflitos coletivos, o terreno já se encontra inteiramente aplainado, tendo em vista o preceituado no § 2o., do artigo 114, da Lei Magna.

Para melhor entendimento da apontada regra, convém remontar aos primórdios da atuação do Judiciário trabalhista no Brasil.

Cumpra assinalar que a justiça do trabalho foi implantada ao tempo em que prevalecia, no Brasil, sistema corporativo, fundado no fascismo italiano. O caráter autoritário do corporativismo não poderia favorecer procedimentos de autocomposição, como o da arbitragem. Tinha de dar prioridade ao mecanicismo de tutela.

Lamentavelmente, nada constou das Constituições de 1946 e 1967, no sentido da reversão do quadro mencionado. Mas a Constituição de 1988, no § 2o., do artigo 114, claramente erigiu a tentativa de arbitragem como condição subordinante do exercício da ação coletiva. Vale dizer que a Constituição de 1988 deu primazia à arbitragem como procedimento de solução de conflitos coletivos de trabalho, em detrimento da solução jurisdicional.

Essa orientação veio a ser enfaticamente sublinhada com a edição da Instrução Normativa núm. 4, do Tribunal Superior do Trabalho, cujo item I assim se enuncia: “Frustrada, total ou parcialmente, a autocomposição dos interesses coletivos em negociação promovida diretamente pelos interessados, ou mediante intermediação administrativa do órgão competente do Ministério do Trabalho, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo”.

Pelo exposto, conclui-se que a arbitragem constitui o procedimento ideal tanto para a solução de conflitos individuais quanto coletivos do trabalho.

Mostra-se muito mais plausível do que o de súmulas vinculantes de que se tem insistentemente falado, nos últimos tempos e que absolutamente não se amolda à índole do nosso sistema jurídico, filiado à família romano-germânica, excludente de que o Judiciário formule disposições genéricas. Tal orientação encontra-se explicitada no artigo 5o., do Código Civil francês, nos seguintes termos: “É proibido aos juizes formular disposição geral e regulatória, por meio de causas que lhes sejam submetidas.” Em outras palavras, isso quer dizer que os juizes franceses ficam impedidos de proferir o que, em francês se denomina *arrêts de règlement*, assim se denominando as decisões pelas

⁹ Elkouri, Frank e Elkouri, Edna Asper, *How Arbitration Works*, Washington, D. C., The Bureau of National Affairs Inc., 1985, p. 23, 118 e 153.

quais, ao ensejo de um caso litigioso, a eles submetido, estabeleçam regra geral a ser observada, no futuro, relativamente a casos análogos.¹⁰

Essa mesma orientação constitui característica típica da nossa tradição jurídica, baseada no princípio da divisão de poderes.

Na área trabalhista, deixou dito princípio de prevalecer, exatamente no chamado período corporativista, iniciado com a Carta outorgada de 1937, o que deu ensanchas a que se inserisse no artigo 902, da CLT, a prerrogativa atribuída ao Tribunal Superior do Trabalho de estabelecer prejudgados, cuja observância era imposta aos juizes de instâncias inferiores.

Contudo, em 12 de maio de 1977, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque, considerou o referido preceito incompatível com a Constituição de 1946 e isso pelas razões sintetizadas nesta passagem: “Teria (o prejudgado) sentido (...) quando imperava a Carta de 1937. A força que dela provinha, todavia, cessou com o advento da Constituição de 1946, a qual, bem como a de 1967 e a vigente, já não autorizam ao TST tão marcante autoridade”.¹¹

Em outras palavras, o que ficou então decidido, pela mais alta Corte do País, foi que o prejudgado ou o seu equivalente, hoje denominado súmula vinculante, conjuminava-se com regime autoritário mas, de modo algum, com o democrático, em que só os representantes do povo podem estatuir normas genéricas.

De grande realce é o projeto de lei elaborado no âmbito do Ministério do Trabalho e aprovado pela Câmara dos Deputados, dando nova redação ao artigo 618 da CLT, nos termos abaixo reproduzidos:

Artículo 1o. O artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei núm. 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

Artículo 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.

Artículo 2o. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na exposição de motivos, anexa ao projeto, afirma-se, com acerto, que a economia moderna pede direitos negociáveis. E acrescenta-se:

¹⁰ Perrot, Roger, *Institutions Judiciaires*, París, Montchrestien, 1993, p. 29.

¹¹ Representação núm. 946/DF, Revista LTr 41/1.037.

É sabido que cada setor e região da economia têm as suas peculiaridades e demandam regulação própria, o que torna difícil o enquadramento de inúmeras situações de trabalho em um bloco de direitos rígidos. Essa condição de rigidez desestimula a geração de novos empregos e a inserção formal do trabalhador no mercado de trabalho.

Essa diretriz se harmoniza claramente com o preceituado no artículo 7o., VI, da lei magna, onde se diz que a regra de irredutibilidade salarial pode deixar de prevalecer, em face de convenção ou acordo coletivo. E se é possível reduzir salários, que constituem o item mais importante dos direitos trabalhistas, há de ser igualmente exequível a redução de benefícios inferiores.

A diretriz em causa, já refletida anteriormente na instituição de banco de horas, contrato a tempo parcial, suspensão do contrato de trabalho visando qualificação profissional, contrato por tempo determinado, participação em lucros ou resultados, comissões de conciliação prévia, constitui, ademais, fruto de tendência universal incoercível, no sentido da prevalência cada vez maior dos mecanismos de autocomposição em detrimento dos da tutela.

À luz do último critério, o Estado, em vez de deixar que as próprias partes estabeleçam condições de trabalho, substitui-se a elas, impondo-lhes solução genérica e invariável.

Quando o mecanismo de tutela se exacerba, tornando-se exclusivo, exsurge automaticamente regime totalitário de convivência social. Foi o que sucedeu em vários países europeus e igualmente no Brasil, nas décadas dos anos 20 e 30, sob grande influência do regime corporativista implantado na Itália, em 1927, por Benito Mussolini.

Para maior clareza, há de se lembrar que corporativismo significa “dottrina politico-economica che si propone di realizzare un superamento dei conflitti fra lavoro e capitale attraverso l’imposizione a entrambi di un rigido controllo da parte dello Stato”.¹²

No Brasil, consoante já acentuado, Getúlio Vargas procurou seguir o modelo em causa e ao outorgar ao País a Carta Constitucional de 1937, fez que nela se inserissem quase todos os ingredientes corporativistas, alguns dos quais, felizmente, já deixaram de prevalecer, como o do vocalato, na Justiça do Trabalho, e o da proibição total de greve.

Numa democracia pluralista, como há de ser a do Brasil, por força do disposto no artículo 1o., da Constituição, é natural que o mecanismo de tutela

¹² *Dizionario Enciclopedico del Diritto*, Novara, Epidem S.p.A., vol. 1/370, 1979.

vá cedendo cada vez maior espaço ao de autocomposição, em que se incluem a convenção e o acordo coletivo, a negociação coletiva, a mediação e a arbitragem.

Acresce que tais mecanismos se mostram mais compatíveis com as vicissitudes da economia.

Como ressalvado no projeto em causa, as cláusulas de convenções ou acordos coletivos só não devem prevalecer sobre a lei quando contrariem a Constituição ou infrinjam as normas de segurança e saúde do trabalho, como é o caso das regras sobre insalubridade e periculosidade, que visam preservar a incolumidade psicossomática do trabalhador bem como as de proteção à criança e ao adolescente.