

FUNÇÃO E FUTURO DO PROCESSO DO TRABALHO*

FUNCTION AND FUTURE OF LABOUR PROCEEDINGS

Antônio Álvares da Silva**

RESUMO

O autor pretende demonstrar que a solução dos conflitos trabalhistas através de meios extrajudiciais é melhor, mais rápida e barata do que pelos meios judiciais comuns. A arbitragem e a mediação são plenamente compatíveis com o Direito do Trabalho e se constituem no único meio de aliviar os tribunais do trabalho da excessiva carga que sobre eles pesa.

O Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas - FUGIT -, criado pela EC 45/04, pode ser um valioso meio para esse fim, pois o empregado poderá receber o valor da condenação em primeiro grau, quando houver recurso. Se a sentença for revertida, o Fundo reembolsará ao empregador a quantia paga ao empregado.

Palavras-chave: Conflitos trabalhistas. Solução extrajudicial. Conciliação. Mediação/arbitragem. Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas.

SUMÁRIO

- 1 ETIMOLOGIA DA PALAVRA “PROCESSO”**
- 2 SIGNIFICADO DA PALAVRA “PROCESSO”**
- 3 DIREITO E SOCIEDADE**
- 4 DIREITO E EFICÁCIA**
- 5 MEDIDAS PARA SUPERAR A INEFICÁCIA DAS LEIS**
- 6 O AUXÍLIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
- 7 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM**
- 8 ANÁLISE RÁPIDA DAS LEIS N. 13.140/15 (MEDIAÇÃO) E 9.307/96 (ARBITRAGEM) E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO**
- 8.1 Mediação**
- 8.2 Arbitragem**
- 8.3 Mediação e arbitragem no direito do trabalho**
- 9 A SOLUÇÃO PROCESSUAL DE CONFLITOS TRABALHISTAS**
- 9.1 Introdução**
- 9.2 Processo do trabalho**
- 9.3 Um pouco de estatística**
- 9.4 Análise crítica das estatísticas**
- 9.5 O Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas e sua função no processo do trabalho**
- 10 PROPOSTAS PARA TRAVAR A RECORRIBILIDADE**

* Artigo recebido em 09/3/2016 e aceito em 26/10/2016.

** Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TRT da 3ª Região.

11 COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS DO ANTEPROJETO DO FUNDO DE GARANTIA DE INDENIZAÇÕES TRABALHISTAS - FUGIT

11.1 Comentários aos artigos 1º e 2º

11.2 Comentários aos artigos 3º e 4º

11.3 Comentários ao artigo 5º

11.4 Comentários ao artigo 6º

11.5 Comentários ao artigo 7º

12 CONCLUSÕES GERAIS

REFERÊNCIAS

1 ETIMOLOGIA DA PALAVRA “PROCESSO”

O termo “processo” provém de *pro*, prefixo que dá a ideia de direção para e o verbo latino *cedere* - cujos tempos primitivos são: *cedo, cedís, cedere, cessum, cedere* que significa caminhar, andar, acontecer, suceder. É verbo polivalente no idioma latino.

Como as palavras mais usadas desdobram seu significado, acrescentando camadas sucessivas de matizes significativos, só mesmo o uso literário é capaz de determinar-lhes o real sentido na língua literária de um determinado momento histórico. Mas, no fundo, permanece o significado básico, acrescido de novos aspectos semânticos que o emprego da palavra traz através do tempo.

Inúmeros são esses coloridos significativos, tais como *cedere in avia Arminius* (Armínio retirando-se para um país inabitável), *hoc cedere ad factum volo* (tenho de conformar-me ao fato, ou seja, ceder ao fato), etc.¹ O sentido de passar a, suceder, ficou nos compostos que são inúmeros em latim e português.²

2 SIGNIFICADO DA PALAVRA “PROCESSO”

Em sentido amplo, o termo “processo” é “[...] uma série contínua de fatos ou operações que conduzem a um resultado final: processo de uma enfermidade, de uma crise política, de uma inflamação, etc.”³

Aqui se toma o sentido genérico da expressão que completa seu real significado. A vida é dinâmica e transformadora. Tudo está em permanente movimento. Tudo caminha ou anda, mudando seus lugares e constituindo um movimento contínuo: *rrávra pei, panta rhei*, tudo corre permanentemente, segundo a filosofia heracliana.

Mas, para que esse devir inevitável e constante se transforme em “processo”, é preciso a intervenção cultural do homem para regular a evolução e analisá-la segundo seus interesses. Os fatos e os resultados estão nas premissas e consequências da ciência que os analisa e não neles próprios, pois a natureza não tem resultados, mas sim continuados movimentos que se desenvolvem em seqüências motivadas por concausas.

¹ Para detalhes ver Saraiva, F.R.S. 11. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 2000. p. 197.

² MARTIN, F. *Les mots latins*. Paris: Hachette, 1944. p. 38.

³ FOULQUIÉ, Paul. *Diccionario del lenguaje filosófico*. Barcelona: Labor, 1967. p. 822.

A ciência faz uma análise do movimento das coisas e o descreve através de leis físicas, químicas ou sociológicas. Esse ordenamento tem como resultado um processo, ou seja, uma sucessão de fatos explicados pela ciência.

Um processo inflamatório, por exemplo, começa na propensão da pessoa ao vírus, seu desenvolvimento no corpo, a lesão a órgãos e as consequências.

O fenômeno é observado segundo as hipóteses e projeções estabelecidas pela ciência e por ela analisados. Não está na natureza em si mesma, a qual é contínua e nunca chega a resultados últimos e definitivos.

Mas, para o cientista, o que interessa é o processo parcial, objeto de sua análise e estudo, que ele subtrai artificialmente do fluxo perene das coisas. A natureza em si não tem resultados permanentes. Tudo está em atividade, num movimento de causas, atuando sobre outras causas, gerando diferentes efeitos, formando-se o seguimento perene da matéria.

Quando os homens passam a viver em sociedade, têm que estabelecer uma gama infinita de relações, que possibilitem essa vida dentro de um critério harmônico de justiça e paz. A vida social é antes de tudo segurança, ordem e ações dirigidas por normas para se atingirem os valores nela contidos.

Tal como na natureza, da qual o homem retira o que é útil e lhe interessa, o mesmo acontece na vida social. Do conglomerado de fatos que a vida comunitária inevitavelmente produz, há os fatos que são neutros, os que são ruins, que precisam ser evitados e combatidos e os que precisam ser introduzidos para aumentar a qualidade, segurança e bem-estar da sociedade.

Os fatos considerados neutros são indiferentes ao Direito. E os que precisam ser introduzidos são escolhidos pelo legislador e passam a ser conteúdo das normas jurídicas e impostos coercitivamente através de sanção, quando são violados por uma conduta contrária.

Essa é a tarefa do legislador: corrigir os fatos negativos através da sanção e induzir a conduta positiva, que hoje tende mais a ser incentivada por vantagens ao cidadão que age segundo normas, em vez de violá-las. É o chamado direito premial que, no futuro, vai substituir a sanção com melhores resultados.⁴

Escolher a conduta ideal é uma questão de valores. Depois, segue-se a tarefa de fazê-los conteúdos das normas jurídicas, transformando-os em atos/fatos jurídicos. Finalmente, a execução dos valores juridicizados através dos meios próprios da ciência do Direito.

Os valores marcam a direção, a norma garante a conduta e a execução assegura a plenitude do ordenamento, já que toda norma é um “dever ser definitivo”.⁵

⁴ É muito mais lógico e produtivo que o Estado, em vez de punir o empregador que não adota normas de segurança, conceda-lhe vantagens tributárias, créditos com juros menores, empréstimos através de bancos oficiais, etc. A obediência às normas nesse caso segue o ritmo da vida: o empresário busca sempre vantagens para lucrar mais e obedece às leis por uma questão de conveniência. À medida que a sociedade cresce em consciência ética, o cidadão passa a obedecer as leis por convicção e não mais por conveniência.

⁵ KLEMENT, J.H. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito, organização*. Tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni. Rio de Janeiro: Forense, 1914. p. 215.

3 DIREITO E SOCIEDADE

O Direito existe para a vida e não a vida para o Direito, eis a frase plena de sabedoria de Carlos Álvares da Silva Campos.

A sociedade humana se constitui e se realiza no Direito que lhe dá a forma e meios de atuação. Do mesmo modo que se afirma ser o hábito uma segunda natureza do homem, a sociedade juridicamente organizada é sua primeira natureza, pois não é possível a vida sem a convivência dos indivíduos. Viver é sinônimo de conviver, quando se considera o ser social.

A convivência, da qual a sociedade é o instrumento principal, é um conjunto de interferências variadas que nunca está em repouso. Como as águas de um grande oceano, move-se e se agita permanentemente.

Não é possível acompanhar com normas jurídicas rígidas e estáveis esse torvelinho de fatos da sociedade moderna, que tem de criar mecanismos para dinamizar a função normativa.

Essa função consiste primeiramente na Constituição, referência básica e fundante que dá a forma estrutural do sistema.

Depois vem o legislador com as leis infraconstitucionais, cuja edição é facilitada por processos legislativos modernos que mesclam funções dos Poderes entre si para facilitar seu desempenho.

O Executivo legisla por meio de medidas provisórias e decretos; o Legislativo se aproxima do Judiciário com as comissões parlamentares. O Judiciário administra suas próprias finanças e, através de enunciados, legisla. Essa atividade normativa, muitas vezes, transcende sua finalidade, que é a de pacificar a controvérsia e uniformizar a interpretação, entrando no terreno legislativo propriamente dito e atropelando o legislador.

Tudo isso são modos de permitir uma resposta aos fatos da sociedade moderna que correm rápidos, superam fronteiras e se universalizam. Os traços retilíneos e sóbrios das instituições do século vinte cedem lugar a formas ousadas e desconstrutivas para não se afastarem do ritmo dinâmico pós-moderno.

A nação que não os acompanha fica para trás e paga, com caros tributos sociais, políticos e financeiros, o atraso na corrida pós-moderna. A flexibilização de instituições passadas é a brecha que se abre para a recepção dos novos tempos.⁶

Além dessa mistura entre os Poderes, que é uma forma de modernizá-los e adaptá-los a novas situações que deles exigem os tempos atuais, incompatíveis com a imobilidade e a ineficiência.

⁶ Fala-se hoje em flexibilização positiva e negativa. A primeira desenrijece as instituições políticas e jurídicas para acompanhar os tempos atuais com seus problemas. É, portanto, salutar e necessária. A segunda pretende flexibilizar para retirar direitos historicamente obtidos, principalmente na área trabalhista. Tem, portanto, um viés negativo, pois não se faz progresso tomando ou reduzindo conquistas sociais. As grandes crises pelas quais já passou a humanidade não se resolveram regredindo ou anulando as instituições políticas e sociais, mas, ao contrário, dinamizando-as e dando-lhes condições de operacionalidade e eficiência.

Mas há também uma espécie de flexibilização do próprio ordenamento jurídico para permitir a formação de outros fatores, além da lei para constituí-lo.

A autonomia privada garante uma amplitude cada vez maior de participação da vontade na formação do negócio jurídico, que é uma forma cada vez mais usual de declaração da vontade para constituir obrigações.

Conforme salienta Ferri⁷, "*La autonomía privada no es expresión de una mera licitud o facultad sin manifestación de poder precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas.*"

Essa abertura prevê formas engenhosas e inovadoras, possibilitando o conhecimento e a contratualização de novos ramos da sociedade que ainda não foram objeto de leis.

A autonomia privada coletiva vive uma expansão cada vez maior, principalmente na área dos direitos coletivos, salientando cada vez mais o campo de abrangência dos grupos na formação da vontade coletiva.⁸

No Direito do Trabalho, essa atuação é notável porque, através da convenção coletiva, tudo pode ser negociado, com exceção das normas imperativas e dos princípios e normas constitucionais.

Regulamentando a relação de emprego e compondo seus próprios interesses sem auxílio do legislador, desperta-se o elemento de agregação e não de oposição nas relações de trabalho, diminuindo o conflito e aumentando a integração do capital e do trabalho.

Na solução de conflitos, caminha-se na direção oposta às normas estatais. A arbitragem e a mediação - LEI N. 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 e LEI N. 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015 - vão tomando corpo e relevância até que desempenhem o papel que devam desempenhar na realidade brasileira, ou seja, desafogar o Judiciário e propiciar às partes solução rápida das controvérsias.

Como salienta Manoel Pereira Barrocas⁹,

Torna-se, pois, necessário criar todas as condições para que a Arbitragem seja vista pelo comum das pessoas como uma forma credível e vantajosa de solução de litígios e não como um modo elitista, por isso, restritivo da resolução de litígios.

Conclui-se que há uma tendência inevitável no sentido da flexibilização e abertura do ordenamento jurídico para as transformações que se vêm operando hoje, não só no direito material, mas também no direito processual, tendo como fatos relevantes a participação da cidadania na criação de normas e na solução extrajudicial de conflitos.

A entrega ao Estado da solução de conflitos e de elaboração das leis era uma atitude alienante da sociedade que agora se desperta para este novo mundo. O cidadão pode cooperar com o Estado em tudo em vez de transferir para ele atividades de que pode também participar.

⁷ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Revista de derecho privado, 1968. p. 8.

⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *O legislado e o negociado em direito do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2015, em que o leitor encontrará ampla informação sobre o tema.

⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 2.

Esses dois fatores democratizam o universo jurídico e aperfeiçoam o regime democrático através da participação do povo nas instituições que foram criadas e existem exatamente para a administração de seus interesses.

Essas duas vertentes marcam o futuro da Ciência do Direito nos dias atuais e denotam o começo de uma nova era. Tanto mais democráticas serão as instituições quanto mais se abrirem para a participação popular.

Ao abrirem mão do nacionalismo de estado e se integrarem num viver comunitário como é o caso dos 28 países da UE, inclusive com tribunais próprios para julgar as atitudes e violações anticomunitárias de seus membros, garante-se assim uma decomposição do Estado monopolista, que só age com base em interesses imediatos, transformando-se num Estado democrático, de forte conteúdo valorativo incrustado nas constituições respectivas que, por sua vez, se harmonizam com os interesses e sentimentos comunitários.¹⁰

A integração cada vez maior do Estado com a sociedade e desta com o Estado é um caminho esperançoso. Se há direito do cidadão, o Estado o garante e, se há direito do Estado, o cidadão não o obstaculiza. Dessa harmonia nasce uma sociedade, até onde é possível, perfeita.

4 DIREITO E EFICÁCIA

As normas jurídicas existem para atuar. Os valores nelas contidos foram considerados desejáveis para o autor das normas, geralmente o parlamento para os temas centrais e a da vontade dos participantes do sistema nos limites que a lei permite, como nas convenções coletivas e contratos.

Nos sistemas jurídicos complexos, o Parlamento não detém, nem é possível deter, o monopólio da emissão de normas. A ele se destina a competência das leis de moldura que servirão de fundamento à organização social. Depois vem a competência menor de outros órgãos, segundo a previsão de cada ordenamento jurídico, regulando aspectos parciais.

Tudo se soma para tornar operante e previsível a complexa rede de interesses e situações, que atuam nas sociedades atuais, pois, como salienta Mathieu¹¹, “*la loi est la traduction d’une orietation de la raison vers le bien comun,*” tomando-se aqui a expressão “*loi*” em seu sentido largo de entidade normativa, sujeita a múltiplas modulações.

As leis por si sós não mudam a realidade. Mudam o homem que atua sobre a realidade, transformando-a. Todo legislador, num estado democrático de direito, afirma querer leis justas.¹² É para isso que o moderno estado democrático existe.

Se a lei não pode tudo, é por ela que tudo começa. O ideal do jurista é ver as relações sociais regulamentadas por leis justas, ou seja, leis que satisfaçam as exigências sociais de um determinado tempo histórico.

¹⁰ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 2.

¹¹ MATHIEU, Bertrand. *La loi*. Paris: Dalloz, 1966. p. 2.

¹² HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 31.

Evita-se, aqui, de propósito, a difícil e eterna discussão sem um resultado definitivo do que seja o valor “justiça”. Mas, hoje, já se estabelecem consensos nos regimes democráticos sobre determinados valores considerados irrenunciáveis, exatamente por se colocarem como fundantes da vida social.

Estão ancorados nas Constituições, nas declarações de direito, na experiência de certos povos em comparação a outros menos desenvolvidos, e assim por diante.

O conceito se estabelece com base em certos princípios aceitáveis sobre os quais não mais se discute. Nesse sentido é que se falou no fim da História, ou seja, transformações sempre haverá, mas dentro de parâmetros valorativos dos quais a cultura democrática nunca se desviará.

Para designar a incidência da lei sobre os homens e através destes sobre os fatos sociais, a doutrina aponta várias palavras, cada qual com seu matiz próprio: positividade, vigência, eficácia, eficiência.

Vamos prescindir da definição de cada uma, mesmo porque não há unanimidade a respeito. Apenas centraremos a atenção sobre o significado comum da qual todas participam, antes de assumirem o significado especial que as caracteriza em particular.

Lembramos apenas que há três planos: o da existência, para mostrar que a lei existe; o da validade, para saber se está de acordo com as regras de sua formação e finalmente o plano da eficácia, ou seja, se ela rege efetivamente a relação jurídica a que se destina.¹³

Com essas palavras se quer dizer que a lei, depois de cumpridos os trâmites formais de sua composição¹⁴, incide sobre a realidade para cumprir sua função. A lei que não incide é despida de eficácia. Existe, mas não opera. Tem forma mas não efeito. Os valores que pretendia introduzir perdem-se imobilizados pela falta do ambiente necessário de sua atuação.

Tão importante quanto fazer as leis é torná-las efetivas. E assim se coloca um dos mais complexos e importantes problemas de toda a ciência do direito, já que a lei sem eficácia é como lei inexistente. Como salienta Coing¹⁵:

Hay derecho en la medida en que vige, es decir, en la medida en que supone la exigencia de obligar a la voluntad humana...El derecho quiere valer sin excepciones en su ámbito.

O conceito de eficácia é sutil e está mais no campo da sociologia do que propriamente no terreno jurídico. Não há critérios objetivos para saber com nitidez se a norma é ou não eficaz. Ainda não se descobriu uma maquininha para medir essa relação. Somente a prática, na análise dos fatos, é que pode dizer.

A dificuldade se mostra sob o aspecto de que, embora existente e devidamente editada, a norma de fato não existe.

Há vários fatores que retiram da lei seu objeto, tais como desuso,

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. V. 1º, p. XX.

¹⁴ Para o direito brasileiro, ver o art. 59 e ss. da CF.

¹⁵ COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Barcelona: Ariel, s.d.

transformações sociais, perda de objeto, etc. Porém o principal e o mais grave fator da ineficácia consiste no desrespeito voluntário da lei, para que sejam obtidas vantagens com a desobediência.

Essa doença desenvolvida na época atual é um dos grandes males da sociedade moderna.

Nos países em desenvolvimento, em que a submissão à lei não é uma cultura difundida nem faz parte da vontade popular, o problema mais se agrava.

A ineficácia é um fator de descrédito das leis, pois os direitos por elas garantidos não podem ser reivindicados, ou seja, a lei existe sem existir.

Em torno desse fato, armou-se uma verdadeira indústria fraudulenta. As leis valem quando interessam a grupos e pessoas. Se contraria interesses, é relegada: o contribuinte deixa de contribuir, o empregador não cumpre a CLT, o dinheiro público é desviado de seu destino, os contratos não se cumprem, assim se vai ao longe.

Se a parte procura o Judiciário, que seria o meio natural de romper esses obstáculos, e crê naquilo que a Constituição lhe promete - justiça rápida em tempo razoável¹⁶, encontra outra grande decepção. Os processos não andam, os recursos proliferam, os tribunais não dão conta de seu trabalho e a burocracia ofusca a realização da Justiça.

O resultado é a decepção do cidadão com suas instituições. Nada pior para a cidadania do que uma promessa legal não cumprida.

Há ainda outro aspecto: a fraude à lei se tornou uma indústria rendosa para os devedores da obrigação jurídica, principalmente no campo do Direito do Trabalho.

Sabedor de que o Judiciário é moroso, alguns empregadores não se interessam pelo pagamento do crédito trabalhista, principalmente em caso de dispensa.

Se podem quitar daqui a 5 ou 6 anos as indenizações pela dispensa, com juros privilegiados de 12% e correção monetária modesta, enquanto os juros do cartão de crédito já sobem a mais de 400% ao ano, por que vão fazê-lo agora?

Esse mecanismo se espalha por todos os setores do ordenamento jurídico, público ou privado. Sonegar e depois contestar o débito, deixar de cumprir uma obrigação e depois impugná-la em juízo são fatos corriqueiros de nossa realidade.

No Direito do Trabalho muitos empregadores preferem pagar as multas a adequar-se, segundo as normas de higiene, saúde e segurança.

Até a fraude através de medidas provisórias está sendo descoberta nos dias atuais. Emitir MPs em favor de grupos ou empresas para auferir vantagens tributárias - eis o mais inédito e pioneiro mecanismo fraudatório inaugurado no Brasil e inédito no mundo.

A função básica de toda lei é unir a sociedade em torno de um vínculo comum. A lei prescreve a todos idênticas medidas, criando as mesmas expectativas e assegurando os mesmos direitos e deveres. Não há nada mais democrático do que o cumprimento das boas leis.

¹⁶ Art. 7º, LXXVIII.

Daí a afirmativa de Cícero: *Lex est civilis societatis vinculum*.¹⁷ A lei é o vínculo da sociedade civil.

As leis existentes e não aplicadas constituem uma situação pior do que a carência da própria lei. Afrouxa-se o *vinculum civilis societatis* na afirmação de Cícero. A sociedade se desgoverna. Cria-se a mentalidade da vantagem, do oportunismo e da fraude permanente. A fraude e o ganho fácil são melhores do que o trabalho. Invertem-se os papéis sociais: renda sem trabalho e riqueza sem atividade produtiva.

Nenhum país crescerá assim.

5 MEDIDAS PARA SUPERAR A INEFICÁCIA DAS LEIS

A ineficácia das leis é um mal de grandes proporções, e a Ciência do Direito tem que fornecer os meios necessários para combatê-la. Não se vive num país sem leis efetivas. É preciso propostas para sanar o erro.

A primeira sugestão, de ordem genérica, diz respeito à formação ética do cidadão. É verdade que esse apelo não seguido de medidas concretas pouco adianta e a nada leva. Mas nem por isso deve ser relegado e dispensado. A moral é o primeiro plano de convencimento do homem em relação às normas que ele próprio cria para si mesmo. Depois, seguem-se as normas externas, obrigatórias, com a força da sanção.

A ética, assim como as normas, acompanha o ser humano desde que passou a viver em sociedade, abandonando a vida nômade de coletores e passando a agrupamentos estáveis, a partir dos quais começou a longa experiência humana da vida social.

Como salienta Kaufman, o Direito se guia por uma diretriz moral - Das "*Recht also auf ein moralisches Ziel gerichtet*". "São conceitos diferentes entre si mas não separados. "*Moral und Recht sind wohl in mancher Hinsicht verschieden, aber nicht voneinander geschieden*".¹⁸

Portanto onde houver um imperativo, cujo conteúdo for uma proibição, determinação ou permissão, há de haver também um conteúdo ético nesse imperativo, o qual não se funda apenas com os instrumentos da linguagem, mas também com o conteúdo ético, capaz de convencer quem o cria (o legislador) e quem o exercita - o cidadão nas múltiplas relações da vida social.

É de se esperar que um dia o imperativo existente no direito seja apenas uma reserva ao cumprimento das leis. Tomando dele conhecimento, o cidadão o cumpre voluntariamente convicto de que esta é a melhor atitude e que o caminho apontado pelo legislador é o melhor.

Se é impossível ao ordenamento jurídico determinar a cada cidadão o cumprimento jurídico das obrigações de sua esfera, mesmo contando com a generalidade dos comandos abstratos, tem o Direito que contar também com a participação do cidadão no cumprimento das leis, seguindo-as por convicção e não pela força da sanção.

¹⁷ De Republica 1.49.

¹⁸ KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. München: C.H.Beck, 1997. p. 215.

Estabelecido o dever-ser das normas, e prevista a incidência sobre os fatos, cria-se um tramado de normas que, em última análise, constituem a essência do Estado. Torná-las efetivas é o grande problema.

Atribuída a Montesquieu é a seguinte afirmação: “Quando se visita um país, é destituído de importância saber que leis ele tem, mas sim se ele as executam.”²²

Nota-se uma tendência muito grande de se criarem na própria AP órgãos de conciliação e julgamento, para desafogar o acúmulo do Judiciário.

Esse fato é incentivado e deve constituir no futuro uma espécie de primeira instância decisória. Os conflitos mais comuns da vida social nascem de fatos também comuns que existem e se repetem em todo lugar: família, trabalho, trânsito, consumo, locação, prestação de serviços e conflitos de vizinhança (que aqui significa não a casa do lado, mas o próprio bairro, como é o caso do barulho excessivo).

Todos esses fatos podem ser submetidos a uma audiência de conciliação, no próprio local em que acontecem, por pessoas que exerçam liderança na comunidade: líderes sociais e religiosos, professores, comerciantes, etc.

Frustrada a conciliação, haveria o arbitramento da controvérsia por árbitros, conciliadores/mediadores ou juízes leigos, na forma da Lei n. 9.099/95, encerrando-se aqui a controvérsia desde que o conflito não transcenda o limite de uma determinada alçada.

Para os casos mais complexos, aplicar-se-ia a Lei n. 9.099/95, mas sem deslocar o conflito para o fórum.

O recurso ao Judiciário importaria no depósito da condenação, o que teria o efeito de prevenir e garantir a execução.

Esse modelo, que muitos chamam de Justiça de Bairro, foi gerado pelas necessidades sociais, vem de baixo, do povo, para as instituições. O modelo retilíneo e harmônico dos tribunais clássicos está definitivamente abalado.

Aperfeiçoá-lo e dar-lhe forma é a grande missão do Estado. A Justiça ministrada por um igual traz confiança ao povo e não é preciso lembrar que a grande maioria dos conflitos se compõe de questões simples, baseadas em fatos rotineiros da vida do cidadão e assim devem ser também tratadas.

O que não é correto é retirá-los do círculo vivencial em que se verificam e levá-los diretamente aos tribunais comuns, separados material e ideologicamente do local do conflito.

Esse fenômeno, a que se dá o nome de “juridicização” do conflito, é uma tendência que se estendeu até a idade moderna, quando então começou a perder força.

Submeter uma controvérsia a um terceiro neutro, na maioria das vezes um juiz isento, representante do Estado e pronto a fazer justiça a quem a pediu, é um belo ideal. Só que hoje, na sociedade massificada em que vivemos, na qual o próprio tempo passou a ser uma categoria econômica, as coisas mudaram.

O excesso de casos sobrecarregou os tribunais. A solução por terceiro tem que ser instruída e fundamentada em detalhes, pois a sociedade tem o direito de saber por que o caso foi resolvido de uma maneira e não de outra.

²² Disponível em: <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/Themis/ECHR/Paper4_en.asp> Acesso em: 27 fev. 2016.

Formaliza-se o conflito simples, vestindo-o com as armaduras do processo. Começa-se o jogo de ataque e defesa, mediado pelo juiz: provas, perícias, testemunhas, etc. até que se chegue ao último ato da grande representação: a sentença.

Viu-se que o terceiro não precisa ser necessariamente o Estado, mas, por delegação, outro agente escolhido pelas partes no próprio ambiente em que o trabalho foi executado ou, pelo menos, no bairro ou região em que os fatos se deram.²³

Parodiando Ortega y Gasset, pode-se dizer que todo homem é ele e seu dia-a-dia, a família, o bairro, o povo, as relações. É aqui que desenrola sua vida. Por que retirar o homem do ambiente em que vive quando se trata de solucionar conflitos que fazem também parte de seu mundo?

Depois da Revolução Industrial, quando o trabalho começou a ser prestado em lugares circunscritos e determinados (a empresa e suas instalações), criou-se uma vida própria para as atividades prestadas, que nem sempre precisaram de um terceiro para resolvê-las.

O trabalho conjunto exige naturalmente uma adequação - *Gesetzmässigkeit* - que permite soluções informais e diretas, em vez da longa passagem por caminhos apontados por terceiros (aqui se situam os tribunais, árbitros, peritos), etc.²⁴

O conflito judicialmente composto se submete a normas. É, por natureza, restrito e se despe de muitas circunstâncias paralelas que a vida traz para a convivência humana até que se coloquem os fatos sob o farol da normalidade.

Perdem-se muitos fatos menores que a convivência diária traz à vida comunitária onde se encontra a seiva da realidade que compõe a vida de quem trabalha, ou seja, a vida de todos nós.

Essa situação começou a ser sentida na segunda metade do século passado quando, então, se falou pela primeira vez em soluções alternativas fora do Judiciário e, no caso do Direito do Trabalho, numa “justiça na empresa”, *Betriebsjustiz*²⁵, que não se constitui apenas de atos unilaterais do empregador, mas também de atos participativos do pessoal empregado, satisfazendo-se, assim, o equilíbrio democrático que tem de existir em toda instituição coletiva.

Fora de seu ambiente normal de vida, as partes têm que se deslocar, utilizar condução pública ou privada, passar o dia fora de casa, o que ocasiona despesas com alimentação, o encargo de levar testemunhas, a perda de dias de trabalho, e por aí vai.

²³ Um colega relatou o seguinte fato: num órgão de conciliação em bairro de BH, surgiu uma controvérsia sobre acerto de contas de um pedreiro, sobre cuja diária não se entenderam as partes. O árbitro, em vez de nomear peritos, decidiu fazer uma diligência por conta própria. Suspendeu a sessão e, na companhia das partes e dos conciliadores, foi ao local, informou-se do preço exato da diária e decidiu com equilíbrio. E assim se resolve a grande maioria dos pequenos conflitos.

²⁴ Blankenburg/Schönholz, *Zur soziologie des arbeitsgerichtsverfahren*. Neuwied: Luchterhand, 1979. p. 20.

²⁵ Blankenburg/Schönholz, *Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahren*, *op. cit.* p. 42.

A grande vantagem da Justiça de Bairro é exatamente esta: ela é que vai ao encontro do cidadão. Pode funcionar à noite em prédios de grupos escolares, quartéis e delegacias de polícia. É econômica e objetiva. Considera mais a realidade do que o processo e as formalidades. Enfim, mantém o homem dentro de suas circunstâncias.

7 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

A recente Lei n. 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, com seus detalhados 48 artigos, juntamente com a Lei n. 9.307/96, que dispõe sobre arbitragem, também com seus 44 longos artigos, constituem o ingresso do Direito brasileiro na pós-modernidade.

A Lei n. 9.307/96 - arbitragem - já surtiu algum efeito positivo que vai crescendo nos dias atuais.

Num período de crise, em que há contenção de gastos em todos os setores, finalmente o país compreendeu que não é possível lançar todas as controvérsias no seio do Judiciário.

O Judiciário é poder do Estado. É parte integrante da gigantesca burocracia que o constitui e da qual não pode abrir mão.

O processo, como instrumento de solução de controvérsias, é burocrático, formalista, cheio de idas e vindas na cansativa viagem por instâncias que muitas vezes não chega a ponto nenhum. Muitas vezes também o caminho é ilógico, e a estrada, com curvas desnecessárias.

Dizem que o processo é o trilho por onde passa o vagão do direito material. Portanto, se o trilho é torto e mal cuidado, não há possibilidade de melhorar o percurso do vagão. Primeiro, a infraestrutura, ou seja, o trilho ou o processo, para depois se chegar à parte superior, ao vagão, ao direito material.

Por isso há que se criarem meios alternativos e reverter a secular tradição de colocar o Judiciário como primeiro acesso. O que deve haver de fato é a iniciativa do cidadão para resolver os problemas que ele próprio cria.

O Direito é criação cultural do homem. Não existe na natureza como dado da realidade anterior ao homem. Por isso lhe cabe, pela razão, escolher o melhor trilho e o melhor vagão. A atividade cultural do homem não tem limites predeterminados e ele usa da razão na história para achar a melhor solução.

Como diz Maximiano, na elegia II, "*Plus ratio, quam via caeca, valere solet.*" - A razão costuma valer muito mais do que a força cega.

Como temos em vista a solução de conflitos, temos que pensar no melhor instrumento. Na escolha temos que nos despir de preconceitos e tradições e usar a razão (melhor do que a força cega) para achar o melhor caminho.

Se hoje a tendência é o uso das vias alternativas, temos primeiro que usá-las antes do emprego dos meios convencionais. Para esse fim vieram as duas leis citadas.

A evolução lenta da arbitragem e a nova lei de mediação (a ordem deveria ser o contrário: primeiro a mediação e depois a arbitragem) cumprirão essa tarefa?

Pode ser, desde que haja comportamentos incentivadores e modelos de solução rápida de conflito para despertar no povo confiança no caminho da desjudicialização dos conflitos.

8 ANÁLISE RÁPIDA DAS LEIS N. 13.140/15 (MEDIAÇÃO) E 9.307/96 (ARBITRAGEM) E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

8.1 Mediação

A mediação é definida pelo art. 1º da Lei n. 13.140/15 do seguinte modo: meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A primeira parte da definição nada diz de novo. Pelo art. 1º da CF são fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Portanto quem se envolver em qualquer tipo de conflito ou controvérsia pode livremente se compor e negociar com a parte envolvida para tentarem a composição de seus interesses.

Não precisam nessa fase de mediadores, porque não de saber conversar e discutir seus interesses, pois são seres históricos situados no tempo, com experiência de vida e capazes de falar por si próprios.

A situação é um exemplo típico da autonomia privada em que se situa toda a base do universo jurídico. Como diz Carlos Alberto da Mota Pinto:

O Direito Civil contém a disciplina positiva da atividade de convivência da pessoa humana com outras pessoas. Tutela os interesses dos homens em relação com outros homens nos vários planos da vida onde essa cooperação entre pessoas se processa, formulando as normas a que ela se deve sujeitar.²⁶

Se as pessoas querem resolver seus problemas por si próprias, ou se querem escolher outra pessoa para mediar, estão no melhor exercício de suas faculdades como cidadãos. E isso a lei não precisa dizer.

Nessa categoria, estão os mediadores extrajudiciais.

Já os mediadores judiciais, cuja atividade é disciplinada pelo Estado - exigência de pré-qualificação de cursos, diplomas, etc. - pode ter também sua utilidade, mas é preciso tomar cuidado para que não se sufoque com normas e regras uma atividade que deve ser livre e espontânea, a fim de que não perca sua finalidade básica de servir as partes em litígio.

A remuneração dos mediadores, custeada pelas partes, é uma boa ideia, pois não onera os cofres públicos e mantém os conciliadores sob controle judicial.

Sempre achamos que a mesma regra deveria aplicar-se também aos peritos judiciais. Desse modo, teríamos um corpo de bons peritos com custo bancado pelas partes e não pelo Estado.

O parágrafo único do art. 42 prescreve que

A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

Ficou assim excluída da mediação o conflito trabalhista.

²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986. p.42.

Não cremos que a exclusão tenha trazido grande prejuízo à jurisdição do trabalho, cuja mediação será feita por lei própria. Mas conhecemos o país em que vivemos, sabemos que dificilmente tal lei será um dia editada.

Mas, seja como for, a jurisdição do trabalho tem meios próprios de construir seu próprio sistema de solução alternativa, como se verá mais adiante.

8.2 Arbitragem

A Lei n. 9.307/96 teve pouca ou nenhuma influência na jurisdição do trabalho.

A razão principal está na afirmativa de que os direitos trabalhistas são indisponíveis, e o art. 1º da Lei n. 9.307/96 diz que

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

A argumentação não tem razão de ser e já demonstramos isso em acórdão quando ainda no exercício da jurisdição trabalhista na 4ª Turma do TRT de MG.

Ali argumentamos longamente sobre a questão dos direitos disponíveis/ indisponíveis. *Brevitatis* causa, a ela remetemos o leitor.

Agora mesmo a Lei n. 13.140/15, que regulou a mediação, dispôs que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre:

- a) direitos disponíveis - regra geral ou
- b) direitos indisponíveis que admitam transação.

Direitos “realmente” indisponíveis são aqueles que a lei considera intangíveis, mesmo que reflitam na esfera da pessoa. Deles são os chamados direitos da personalidade, tais como nome, sobrenome, ou aqueles eticamente que não podem submeter-se à negociação, tais como venda de órgãos e direito à vida, à liberdade, etc.

Pode-se dar ainda como exemplo os direitos humanos em geral que são direitos do homem independentemente da nacionalidade, situação social, graduação cultural, etc.

Outros direitos o legislador considera indisponíveis porque visam à proteção de certas pessoas ou grupo de pessoas mas que, na aplicação, havendo dúvida, podem ser objeto de transação.

São exemplos os direitos individuais do trabalho. Seria um absurdo que se acordasse não aplicar na relação de emprego aviso prévio, férias, 13º, segurança no local de trabalho, etc.

Porém, em controvérsias concretas, havendo dúvida sobre a origem fática desses direitos e sendo eles redutíveis a valores patrimoniais, é plenamente possível a transação.

Nesse caso não se está tornando “disponíveis” os direitos, mas sim levando em conta a situação fática que coloca em dúvida sua existência numa relação jurídica.

Os direitos indisponíveis sujeitos à transação, previstos no art. 1º da Lei n. 9.307/96, estão nessa categoria.

Portanto não há mais nenhuma razão jurídica para dizer que a Lei n. 9.307/96 não se aplica ao Direito do Trabalho.

Os que defendiam que os direitos trabalhistas são indisponíveis colocavam essa indisponibilidade no seu grau máximo de efetividade, ou seja, no rol dos direitos que não admitem qualquer tipo de transação ou disponibilidade, mas seu enquadramento está na categoria dos direitos indisponíveis que admitem transação - art. 3º da Lei n. 13.140.

Uma coisa são os direitos trabalhistas abstratamente considerados e prévios aos conflitos trabalhistas. Outra, bem diferente, é a transação desses direitos quando se situam num caso concreto.

Seria um absurdo que, na última proposta de acordo, antes do encerramento da instrução, o juiz não permitisse acordo, embora a situação fática se mostrasse francamente desfavorável ao reclamante.

E note-se que essa categoria - direito indisponível que admite transação - não é mais apenas uma construção doutrinária, mas sim parte do direito objetivo brasileiro.

8.3 Mediação e arbitragem no direito do trabalho

Sendo trabalhador uma pessoa capaz de contratar, e sendo o crédito trabalhista um direito patrimonial disponível²⁷, pode submeter-se, como qualquer um, à arbitragem - art. 1º da Lei n. 9.307/96.

Isso, porém, não significa que a arbitragem está livre, e todo conflito trabalhista vai ser doravante arbitrado. A possibilidade da arbitragem é para o crédito trabalhista plenamente possível, mas é preciso agora torná-la eficaz nesse setor do conhecimento jurídico, já que a arbitragem não é obrigatória. Trata-se de uma opção que o empregador e o empregado podem ter.

Se não for difundida e incentivada, jamais se tornará um instrumento efetivo no campo trabalhista. Será mais uma possibilidade que ficará no papel e não na vida.

Um dos caminhos possíveis, que achamos plenamente viável para trazer a arbitragem para o DT, é aproveitar²⁸ o art. 625-F da CLT (Comissões de Conciliação Prévia).

Dizemos “aproveitar” porque nos servimos de institutos já existentes, com que as partes já estão acostumadas. O misonismo é um fator que tem forte curso na ciência do Direito, principalmente em ramos mais novos como o Direito do Trabalho. Então é melhor não quebrar a sequência de introduzir elemento novo desconhecido das partes.

Diz Pontes de Miranda: “Descobrir é o termo; pouco se criou; revelou-se nos livros de doutrina, nas elaborações de regras jurídicas e nas críticas, o que

²⁷ Lembre-se de que o Direito do Trabalho contém direitos indisponíveis absolutos, direitos indisponíveis que admitem transação e direitos (plenamente) disponíveis.

²⁸ Dizemos “aproveitar” porque nos servimos de institutos já existentes, com que as partes já estão acostumadas. O misonismo é um fator que tem forte curso na ciência do Direito, principalmente em ramos mais novos como o Direito do Trabalho. Então é melhor não quebrar a sequência do introduzir elemento novo desconhecido das partes.

se presta a resolver os problemas de interesse humano.”²⁹

O artigo 625-F da CLT diz:

As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado.

Se não for obtida a conciliação, uma lei acrescentaria que a comissão, a requerimento das partes, se transformaria em órgão arbitral e decidiria a controvérsia.

A arbitragem é independente do Judiciário em sua forma original. Nasceu exatamente para diminuir-lhe o volume de trabalho, mas não é um conceito fechado que exclui influências externas. Ela é, nas palavras de Manuel Pereiras Barrocas, “[...] um modo, sob um ponto de vista funcional e procedimental, de satisfazer a finalidade para que existe: resolver litígios.”³⁰

Há nítida semelhança com o Judiciário, embora com diferentes instrumentos de ação. Por isso, nada impede que se busque uma fusão dos meios de cada uma, para tornar mais eficiente e rápida a solução de conflitos.

Essa fusão consistiria no seguinte: através de reforma constitucional, se acrescentaria ao art. 114 da CF a obrigatoriedade de submissão às Comissões de toda e qualquer demanda trabalhista, restabelecendo, assim, a vigência do art. 625-D da CLT, julgado inconstitucional pelo STF.

Se não houver acordo, a Comissão se transformaria em órgão arbitral mediante requerimento das partes e decidiria a controvérsia.

Arbitrado o litígio pela Comissão de Conciliação Prévia, o certo seria que aqui também se encerrasse o litígio. Mas nossa tradição de recorrer rejeitaria na certa a solução arbitral, exatamente porque dela não se pode recorrer.

Haveria preferência ao Judiciário por essa razão, buscando as partes a jurisdição estatal, onde se permitem infindáveis recursos.

Por isso, nossa sugestão é que, uma vez arbitrada a controvérsia, a parte sucumbente poderia recorrer à Vara trabalhista competente, depois de depositar o valor total da condenação.

A Vara, em decisão sumária, adotando o procedimento para julgamento dos recursos dos processos sumaríssimos (§ 1º do art. 895 da CLT), manteria a decisão arbitral por seus próprios fundamentos, se for o caso, ou a reformaria total ou parcialmente no que entender devido. E aqui se encerraria o litígio.

O recurso para o TRT só se interporia para resolver questões de direito. A parte que interpusse recurso protelatório seria condenada ao dobro do valor da condenação.

Entendemos que esse procedimento conciliaria plenamente a recorribilidade com o julgamento das Comissões. O resultado seria um decisão rápida e segura.

Muitos dirão que da arbitragem não cabe recurso. Sim, é verdade. Mas todo instituto jurídico pode sofrer adaptações para melhor servir. A rigidez jurídica é um erro porque a vida é essencialmente móvel e volátil. O Direito não pode ficar atrás dos fatos, porque deixa de ser Direito por tornar-se diferente da vida.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Prefácio. Op. cit.*, p. XVIII.

³⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. *Op. cit.*, p. 31.

Hoje, nem sequer é mais obrigatória a sujeição da demanda às Comissões em virtude de haver sido julgada inconstitucional a exigência pelo STF ao decidir as ADIs 2.139 e 2.160.

Essa decisão foi um dos piores momentos da história do STF. Os argumentos usados foram insustentáveis. Demonstrou-se desconhecimento da tendência do moderno Direito e consagrou-se a tradição ruim que precisava ser mudada. O erro custou caro à evolução do Direito em nosso país.

O primeiro argumento, usado pelo Min. Marco Aurélio, foi que, quando a Constituição quis exigir condições prévias ao acesso do Judiciário, ela foi expressa. Deu o exemplo do art. 217, §§ 1º e 2º:

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

O § 1º é imprestável como argumentação para o fim pretendido, pois as comissões não são evidentemente justiça desportiva, cujas instâncias devem ser esgotadas antes do acesso ao Judiciário. Bastaria isso.

A Constituição salienta, com toda razão, que é dever do Estado fomentar práticas desportivas, formais e não formais, como direito de cada um.

Como as atividades esportivas, principalmente as profissionais, precisam de agilidade e rapidez nas decisões, frequentemente sujeitas a campeonatos e calendários internacionais, não quis que o sabido e costumeiro retardo do Judiciário atingisse o mundo dinâmico do esporte. Nem que demandas demoradas travassem as atividades atléticas.

Ora, as comissões prévias não são órgãos promotores de atividades esportivas. Como poderiam esgotar instâncias desportivas se nada têm a ver com elas? A analogia só se permite quando a *ratio legis* é a mesma.³¹

Exigiu-se o impossível. Logo o argumento é imprestável.

Se a intenção foi a prática da analogia, deveria ter sido ponderado que ela só tem sentido com situações comparáveis, isto é, tenham um termo de comparação possível.

Evidentemente entre comissões prévias de conciliação e direito esportivo vai uma grande distância que os separa em termo de comparação. Estabelecer como termo de comparação esporte com comissão de conciliação torna a comparação destituída de significado por inútil.

Se a analogia teve por escopo deduzir que, quando a Constituição quis exigir a passagem prévia por algum órgão antes do acesso ao Judiciário, ela o previu expressamente, como foi o caso do art. 217 da CF, também aqui ela é inútil.

Essa exigência é aceitável para o direito esportivo, pelas razões já citadas, mas jamais pode significar que a legislação infraconstitucional não a possa prever em outras situações.

³¹ MIRANDA, Pontes de. *Prefácio. Op. cit.*, p. XIV.

Estamos diante de uma questão de política legislativa. Se o legislador garante o acesso à Justiça, diretamente, ou exige a passagem por um órgão para a tentativa de acordo e pacificação entre as partes, essa opção é dele e é perfeitamente aceitável.

O que não poderia fazer é, em certos casos, impedir o acesso ao Judiciário, porque aqui haveria ferimento a um valor universal - a garantia de acesso ao processo ou, como se expressa Isidoro Álvarez Sacristán³²,

El otro aspecto es el de garantía generalizada. Porque no estamos ante un concepto de recurso posterior a una intervención de los tribunales, sin que estamos ante un concepto de acceso garantista al proceso.

O segundo argumento foi que a exigência da submissão da ação a órgão conciliador consistia em obstáculo ao acesso do Judiciário. Mas nenhum Ministro mencionou que as Comissões têm o exíguo prazo de 10 dias para realizar a tentativa de conciliação, exatamente para que o caminho do acesso ao Judiciário permanecesse aberto e desimpedido.

E aqui surge a pergunta: Será que o prazo de 10 dias para tentar um acordo e livrar as partes e o Estado do peso das demandas trabalhistas que são caras importa prejuízo ao mundo do trabalho? Dez dias obstaculizam o acesso a um Judiciário que frequentemente demora até 10 anos para decidir casos?

Lembre-se aqui do recente artigo publicado no *site* Consultor Jurídico, acessado em 8/1/2016, o Supremo tem em estoque 325 processos com repercussão geral à espera de julgamento.

Segundo informação do Min. Barroso, esse estoque, pelo ritmo de julgamento atual, pode demorar até 10 anos. Como os recursos extraordinários com repercussão geral continuam se acumulando, o estoque jamais se esgotará.

No entanto essa mesma Corte julgou inconstitucional um artigo de lei que exigiu a submissão prévia a um órgão de conciliação, que deveria promovê-la em 10 dias!

Até parece que temos o melhor Judiciário do mundo, pois uma dilação de 10 dias é obstáculo ao acesso ao Judiciário. Então se deduz que o Judiciário brasileiro julga em menos de 10 dias, pois julga em dois, três, cinco dias.

Essas contradições é que afetam a credibilidade de nossas instituições judiciárias.

Fala-se em solução alternativa, fora do Judiciário, com muita frequência, pois o Poder Judiciário está abarrotado de trabalho, não obstante o esforço de seus juízes de todas as instâncias.

Mas, na hora de valorizar medidas oportunas do legislador nesse sentido, o próprio Judiciário tolhe a iniciativa e impede a mudança.

O raciocínio foi formalista, retórico e não atendeu à realidade social em que vivemos.

Resta agora ao legislador constitucional corrigir o erro do Supremo para permitir expressamente que o legislador ordinário fixe prazos razoáveis de

³² SACRISTÁN, Isidoro Álvarez. *La justicia y su eficacia - dela Constitución al proceso*. Madrid: Colex, 1999. p. 36.

limitação ao acesso ao Judiciário, para que as partes tentem acordo ou cumpram determinados encargos.

Hoje a imagem da Justiça já não é mais aquela que põe venda nos olhos e julga com princípios abstratos fora da realidade e da vida. Hoje, o que se exige é uma Justiça que não seja cega e neutra, nem ignore o mundo atrás de suas vendas, mas uma Justiça que viva concretamente na História e tome a melhor posição para servir o bem comum.

Pelo contrário, o que se quer dela é olhos abertos para o mundo, atenção aos fatos que a circundam e atuação nos setores que precisam de sua presença, agindo sempre com rapidez e equilíbrio.

Se a Justiça não serve ao povo, qual será sua finalidade?

9 A SOLUÇÃO PROCESSUAL DE CONFLITOS TRABALHISTAS

9.1 Introdução

O Direito do Trabalho é uma disciplina multifária. Compreende pelo menos cinco setores do saber jurídico, cada qual com suas peculiaridades, embora converjam para um objetivo comum: regular a relação de trabalho em seus diversos sentidos.

Todos eles estão ligados diretamente aos princípios democráticos sobre os quais repousam o lado mais positivo do mundo ocidental.

A evolução do Direito do Trabalho liga-se diretamente à produção capitalista, pois é da relação de emprego, na qual se estabelecem os marcos da relação empregado e empregador, que se irradiam os múltiplos efeitos do trabalho na vida social.

Tudo começa com a relação de emprego, o foco menor do conteúdo do DT quando visto destacadamente. Essa relação se compõe bilateralmente pelo contrato de trabalho, com naturais restrições à declaração de vontade do empregado. São as peças fundamentais sobre as quais repousa toda a estrutura do amplo edifício do DT.

Essa primeira fase de natureza contratual e influenciada pela Revolução Industrial, do ponto de vista material, e da Revolução Francesa do ponto de vista político, deu lugar ao primeiro passo evolutivo.

Os primeiros tempos da execução do trabalho em fábricas foram danosos e cruéis ao empregado.

Comprimido em locais inóspitos, ganhando salários miseráveis, sujeito a jornadas inimagináveis, o trabalhador logo viu que havia a necessidade de união de todos os que trabalham, pois é princípio histórico os oprimidos sempre reagirem em coletividade para obterem o equilíbrio necessário através de conquistas sociais.

Alberto José Carro Igelmo descreve a situação em cores dramáticas:

Se produce así una inmensa muchedumbre al redor de aquellas localidades en las que habían hecho su aparición de las fábricas, zonas que no estaban preparadas para acoger aquella ingente población industrial. La carencia de viviendas, su falta de higiene y las condiciones de sordidez e promiscuidad en que las familias

del trabajador industrial se ven³³, obligadas a instalarse, son otras calamidades a añadir a las largas jornadas y a la miseria salarial.

A falta de condições dignas de trabalho era total: a) no próprio ambiente da prestação de trabalho e b) na habitação nas cidades como condição da prestação de trabalho.

Surgiram então os sindicatos como consequência desse novo tempo, que congregou os que trabalhavam para o empregador detentor dos meios de produção.

Dotando o trabalhador de meios coletivos de ação e reação, sua força se multiplicou com a formação do grupo.

A abstenção coletiva do trabalho, a reivindicação coletiva legitimada na força social do trabalhador passaram a constituir quase a metade da mão de obra trabalhadora. Mudou-se a composição das forças sociais, passando a sociedade a contar com mais um segmento até então desconhecido: o trabalhador reunido em grupo.

Transformaram-se novamente os tempos e conseqüentemente também a leitura que deles faz a Ciência do Direito.

Para regulamentar a saúde do trabalhador e diminuir doenças e mortes provenientes de excessos na prestação, surgiu um novo ramo do direito público - o Direito Público do Trabalho, que tem como objeto o bem-estar e a saúde do operário no trabalho.

Aqui, na relação pública, desenvolve-se nos dias atuais um novo ramo - O Direito Penal do Trabalho, exatamente para sancionar fatos sociais que o legislador considerou graves no mundo do trabalho, tipificando-os como crime. O elenco está nos artigos 197-207 do Código Penal.³⁴

Abrindo-se novamente para os novos tempos do pós-guerra, surge um novo conteúdo para o DT, que revoluciona seus fundamentos: a cogestão no estabelecimento e na empresa.³⁵

A compensação em busca da igualdade de forças no DT, que antes se fazia apenas no contrato, agora rompe os muros da empresa, democratizando-a.

Sobre o tema, escrevemos:

A empresa não é mais vista pelo trabalhador apenas como um meio pelo qual garante sua existência através do salário e o empregado não é visto pelo empregador apenas como um instrumento da produção, um mero custo de sua atividade produtiva.³⁶

³³ IGELMO, Alberto José Carro. *Historia social del trabajo*. Barcelona: Bosh, 1986. p. 202.

³⁴ Sobre o tema, ver SILVA, Antônio Álvares da. *Competência penal trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.

³⁵ Para detalhes ver SILVA, Antônio Álvares da. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr, 1991, onde o leitor encontrará debatido em detalhes o fascinante tema da participação do empregado na gestão da empresa, que a Constituição brasileira, para não ficar fora do tempo, admitiu medrosa e discretamente no art. 7º, XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Essa lei nunca veio e possivelmente nunca virá, e o mandamento constitucional continuará soando inutilmente à espera de um legislador que o escute.

³⁶ SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*

A empresa se estrutura dentro de um padrão social e econômico no qual o empregado e o empregador se integram com a mesma força e valia. O resultado é a democratização do estabelecimento/empresa com a integração de forças que antes dela agiam separadamente. Agora interagem numa nova pesquisa de composição de forças, que fortalece a democracia e valoriza o trabalho.

Diante desses cinco setores que hoje constituem a estrutura do moderno Direito do Trabalho, a finalidade da doutrina é exatamente integrar e harmonizar esses diferentes ramos de tal modo que um sirva de complementação ao outro para que haja crescimento e amadurecimento dos setores de cada um.

Agora chegou o momento de perguntar: Que tem isso a ver com o processo do trabalho? Resposta: tudo.

As controvérsias, como já vimos, são inevitáveis. No DT são especialmente nocivas, porque afetam o sistema produtivo. Os níveis de produção caem, os bens necessários à vida digna faltam, o desemprego aumenta.

Nenhum modelo econômico se torna suficiente e produtivo se internamente está dividido. A desunião do capital e do trabalho sempre destrói. É um grande erro pensar que não se pode integrá-los, criando-se um ambiente para melhor atuação de ambos, como fatores decisivos da produção.

Em cada um desses setores há um campo doutrinário em aberto para estudo, reflexão e melhoria. E também de possíveis controvérsias.

No DT brasileiro, como já se viu, os meios alternativos ainda têm pouca ou nenhuma importância. A mediação e a arbitragem agora é que começam a desempenhar algum papel.

Quando se outorgou a CLT em 1943, o conflito trabalhista era praticamente individual e assim foi regulamentado.

Os sindicatos foram amarrados ao governo através do sindicato único, contribuição (na época imposto) sindical, representação classista, dissídio coletivo compulsório.

A Justiça do Trabalho tinha ainda natureza administrativa, e os juízes não gozavam das seguranças inerentes à magistratura.

Por essa razão as controvérsias trabalhistas eram de natureza individual e resolvidas pela própria administração através das normas processuais inseridas na CLT.

Daí a importância do processo do trabalho ao longo do tempo. A CLT é praticamente um código de circuito completo. Regula os direitos e fornece os meios de solução das controvérsias que daí podem nascer.

9.2 Processo do trabalho

A CLT é praticamente um código do trabalho, em que se encontra a estrutura básica do DT brasileiro, acrescido de leis complementares.

É sem dúvida uma das melhores leis que temos. Resistiu ao tempo graças à redação segura e bem elaborada, antecedida de amplo debate com a sociedade. Atualizada pela legislação complementar, cumpre até hoje seu papel.

Por ser um direito especial, em relação ao direito comum, civil e penal, consolidou não só a parte material do DT brasileiro, mas também a parte processual.

A postura da CLT foi correta. Se, do ponto de vista do direito material, o direito especial se distinguiu do gênero em razão de institutos próprios, a mesma razão deve existir no processo que, ao aplicar o direito material, deve com ele guardar estrita conexão.

Sem dúvida perde em eficácia o direito especial que, na parte processual, recorre ao processo comum, pois suas peculiaridades não são atendidas, prejudicando assim a aplicação da norma material.

Sobre o direito processual alemão, disseram Hueck-Nipperdey³⁷

Das Verfahren ist den Bedürfnissen des Arbeitsrechts entsprechend ausgestaltet, um eine einfache, rasche und billige Rechtsprechung zu erreichen und die vergleichsweise Erledigung der Rechtstreitigkeit zu begünstigen. (O processo (do trabalho) está convenientemente estruturado para satisfazer às necessidades do Direito do Trabalho, de modo que haja uma aplicação simples, rápida e equânime que favoreça a composição da controvérsia.)

Aí está a grande lição desses dois grandes mestres, fundadores da moderna doutrina do Direito do Trabalho do mundo ocidental: um processo que seja rápido, justo e que favoreça a solução do litígio trabalhista.

No mesmo sentido os modernos doutrinadores³⁸, quando afirmam sobre a especificidade dos tribunais do trabalho:

Die Besonderheit der Arbeitsgerichtbarkeit, die sie von anderen Gerichtsbarkeiten unterscheidet, kann in ihrer Verantwortung für sozialen Fortschritt und sozialen Frieden, in ihrer Verantwortung für Investitionen und für den Arbeitsmarkt gesehen werden. Bei der hohen Ausdifferenzierung des Arbeitsrechts sind spezialisierte Richter am besten in der Lage, arbeitsrechtlichen Konflikten einen schnellen und angemessenen Lösung zu führen. (A peculiaridade da jurisdição do trabalho, que a separa das outras jurisdições, pode ser vista em sua responsabilidade pelo progresso e paz sociais bem como por investimentos e mercado de trabalho. Para uma distinção mais marcante ainda da diferenciação do Direito do Trabalho estão os juizes do trabalho em melhor condição de realizar uma solução mais rápida e apropriada para os conflitos trabalhistas.)

Nessa moderna visão, mesmo em países altamente industrializados, vê-se claramente reconhecida a função do Direito do Trabalho e a respectiva jurisdição encarregada de aplicá-lo:

- a) dar solução rápida aos conflitos trabalhistas e colaborar para o progresso e paz sociais;
- b) garantir funcionalidade dos investimentos e do mercado de trabalho.

Essas funções, fundamentais para o progresso social e econômico, são também exercidas pelo Direito do Trabalho brasileiro. Desde que foi criado, bem

³⁷ HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. *Grudriss des Arbeitsrecht*, 4. Auf. Berlin: Franz Vahlen, 1968. p. 373.

³⁸ SCHWAB-WETH. *Arbeitsgerichtsgesetz* 3. Auf. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, p. 2.

ou mal, estanca o conflito trabalhista e garante, até onde é possível, a paz social.

É claro que não só pelo Direito do Trabalho e solução de conflitos trabalhistas que se garante o progresso econômico e político de um país. O progresso econômico e político precisa de mudanças profundas, não só materiais mas também psicológicas da nação e das pessoas. Mas é ele que estabelece a moldura dentro da qual tudo funciona.

Se tomarmos um ângulo qualquer e o dividirmos ao meio por uma bissetriz, de um lado ficam os fatos sociais e do outro a sua normatização através do Direito. A estrutura com essas duas dimensões garante a moldura dentro da qual se desenrola a vida humana: de um lado, a norma e de outro, os fatos. Fato mais lei é igual à estabilidade.

Geralmente essa função garantidora e mantenedora da paz social passa despercebida pela maioria das pessoas, inclusive de juristas de outras esferas.

A relação de trabalho é conhecida por seu lado conflituoso, em torno do qual se armou a grande estrutura burocrática da Justiça do Trabalho para resolvê-lo. Conhece-se o trabalho mais por sua doença do que pelos benefícios que traz à sociedade.

Mas, do outro lado desconhecido, está a realidade social garantida por ele, criando o lado humano e democrático da empresa que, pela cogestão, não é só do empregador, mas também do empregado. A responsabilidade social é de ambos na consecução da paz social.

Em 1943, quando incipiente ainda começava a industrialização brasileira, a CLT significava o mais importante documento legislativo que ordenava os movimentos sociais dispersos em reivindicações organizadas, concretas e reivindicáveis.³⁹

Conforme salienta Lira Neto⁴⁰, a questão social deixou de ser uma questão de polícia e, acrescentamos nós, para se transformar numa questão de política, marcando o começo da legislação trabalhista no Brasil.

Embora em condições adversas, porque os reflexos da Segunda Guerra já se faziam sentir- racionamento de gasolina, blecaute para evitar supostos ataques inimigos -, a nova legislação foi de imediato assimilada e tornou-se um marco para conquistas futuras.

Como se tratava de um código disciplinador e concessivo de direitos sociais, era preciso ordem, simplicidade e segurança e isso foi obtido tanto na parte material quanto processual.

Com a evolução histórica, perfez-se a industrialização, mas a simplicidade, rapidez e equanimidade continuaram, agora mais do que nunca, necessárias, não só em razão da natureza alimentar do crédito trabalhista, mas também em razão da sua função econômica, social e política como direito do trabalhador.

O processo do trabalho da CLT atentou para esses aspectos e, embora já tivéssemos uma legislação processual sistematizada e ordenada no Código de Processo Civil de 39, os autores da CLT tiveram a ousadia intelectual de simplificar o processo para torná-lo, nas palavras de Hueck-Nipperdey, perfeitamente apto

³⁹ FISHER, Brodwyn. Direitos por lei ou leis por direito. In LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Direitos e justiças no Brasil*. Campinas: Unicamp: 2006. p. 420.

⁴⁰ NETO, Lira. *Getúlio - 1930-1945*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 443.

para sua missão, ou seja, aplicar com rapidez e segurança o Direito do Trabalho que então desabrochava entre nós.

Não obstante a crise que o país atravessa, o Direito Individual do Trabalho continua polarizando a relação de trabalho, permitindo ao país continuar caminhando em frente. O imenso estrago realizado pela corrupção na Petrobrás não foi promovido pelos empregados. Pelo contrário, continuam silenciosos, trabalhando e segurando o que resta, para que não se desmorone também esse resto que ficou.

Agora se espera o desenvolvimento pleno do Direito do Trabalho brasileiro: desenvolver a atividade sindical, criar conselhos de empresa, praticar a cogestão e participar mais da vida das empresas.⁴¹

Se tivéssemos sindicatos fortes e conselhos de empresa atuantes, o que se viu na Samarco e na Petrobrás poderia ter sido evitado, pois é missão dos conselhos e dos sindicatos saber o que se passa no interior das empresas. O Direito do Trabalho não é só salário e jornada de trabalho. Há o outro lado da responsabilidade social e política do capital e do trabalho. Só assim se perfaz a moldura social e política da atividade empresarial que é sustentada pela força do trabalho e do capital.

Faremos a seguir, dentro da ampla moldura delineada anteriormente, uma análise crítica do processo do trabalho, suas vantagens e defeitos com sugestões de *lege ferenda*, ou seja, com sugestões para sua melhoria com propostas de mudança através de novas técnicas de solução de conflitos.

Lembramos, entretanto, que o caminho correto, em primeiro lugar, é a solução extrajudicial de conflitos trabalhistas pelos diferentes modos aqui já enumerados.

Não se compreende que se persista no atraso de resolvê-los pelos meios exclusivamente judiciais, justamente o caminho mais caro para o Estado e mais demorado para o empregador e empregado.

A solução extrajudicial, rápida, segura e imediata, é o caminho correto. Temos que superar esse atraso nas relações de trabalho do Brasil.

9.3 Um pouco de estatística

Os que cultivam as ciências sociais acham que números e estatísticas não combinam com esse tipo de ciência.

O engano é grande e a atitude é infundada. Precisamos da estatística para medir a regularidade de certos acontecimentos que, verificados em sua regularidade e ocorrência, permitem um tratamento seguro e adequado.

Por isso, transcrevemos jurisprudência sobre a JT tiradas do site do próprio TST. Ela nos ajudará na fundamentação e na necessidade das providências que vamos sugerir.

⁴¹ Se, na Petrobrás, houvesse um Conselho de Empresa, toda essa corrupção hoje denunciada poderia ter sido evitada em seu nascedouro. Bastaria que o conselho denunciasse o uso político da empresa e a má gestão por pessoas incapacitadas, mais preocupadas em corromper do que em gerir.

A JT é deficitária em todas as suas instâncias. Segundo o Relatório Geral da JT, apresentado pelo TST e consultado em 21/2/16, temos a seguinte demonstração:

- 1 - Resíduo no TST: 248.000 processos
- 2 - Resíduo nos TRTs: 207.000 processos
- 3 - Resíduo nas Varas: 2.121.000 processos

ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO: 39%.

ARRECADAÇÃO: 3 bilhões - entre custas, emolumentos, previdência social, imposto de renda.

VARAS

Há no Brasil 564 Varas instaladas e 3.017 juízes.

FORÇA DE TRABALHO: 46 MIL SERVIDORES

CUSTO DE UM PROCESSO TRABALHISTA POR HABITANTE: R\$75,58

DESPESAS PARA NOVOS CASOS: R\$ 4.685,00

VALORES TRANSFERIDOS AOS RECLAMANTES: R\$ 16.322.936.054,17

DURAÇÃO DOS PROCESSOS:

NO TST:

- o prazo médio transcorrido entre o ajuizamento do processo no Tribunal e a sua baixa foi de 1 ano, 1 mês e 23 dias.

Para a classe Recurso de Revista, o prazo foi de 1 ano, 5 meses e 20 dias e para os Agravos de Instrumento em Recurso de Revista, esse prazo reduziu-se para 10 meses e 4 dias.

NOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO:

Após autuado, um processo levou em média 3 meses e 10 dias para ser julgado e mais 13 dias em média para o acórdão ser publicado.

O prazo médio da autuação até a baixa foi de aproximadamente 8 meses.

Nas Varas do Trabalho, o prazo médio decorrido entre o ajuizamento da ação e a realização da 1ª audiência foi de 3 meses; entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença foi de aproximadamente 6 meses e 19 dias (para os processos do Rito Sumaríssimo esse prazo foi de aproximadamente 3 meses e 8 dias). Já o prazo médio decorrido entre o ajuizamento da ação e o encerramento da Execução foi de aproximadamente 5 anos e 11 meses (para os processos do Rito Sumaríssimo esse prazo foi de aproximadamente 4 anos e 6 meses).

RECORRIBILIDADE PARA O STF

No TST, a recorribilidade para o STF foi da ordem de 18,09% dos processos julgados.

Foram encaminhados ao STF 650 Recursos, 56,11% a menos que em 2013.

Foram interpostos 43.545 Recursos Extraordinários, sendo 63 (0,14%) admitidos. Em relação a 2013, houve aumento de 16,77% nos Recursos Extraordinários interpostos.

PRAZOS DE PROCESSOS ENCAMINHADOS AO TST

Os recursos encaminhados para o TST totalizaram 244.850, sendo 1.656 Recursos Ordinários, 186.602 Agravos de Instrumento, 3 Reexames Necessários e 56.589 Recursos de Revista. Houve diminuição de 11,41% nos Recursos de Revista e de 21,08% nos Agravos de Instrumento encaminhados.

Os recursos encaminhados para os TRTs totalizaram 663.622, sendo 499.592 Recursos Ordinários, 35.743 Recursos Adesivos, 45.567 Agravos de Instrumento, 7.338 Reexames Necessários e 75.382 Agravos de Petição.

9.4 Análise crítica das estatísticas

A análise dessa estatística assusta qualquer um, pois mostra que infelizmente a Justiça do Trabalho está definitivamente falida, não obstante o hercúleo esforço de seus juízes em todas as instâncias.

Basta lembrar que cada Ministro julgou 9.436 processos por mês, o que é uma atividade sobre-humana e absurda.

A JT é deficitária em todas as instâncias, nas quais há acumulação de processos. O resíduo existe no TST, TRTs e Varas. Se o atraso é cumulativo, fica difícil superá-lo.

O índice de conciliação de 39% é pequeno e, consultando-se a estatística do TST sobre os índices de conciliação ano a ano, nota-se um decréscimo.

A possível razão é que dever na Justiça do Trabalho tornou-se um bom negócio. “Por que pagar agora se posso pagar anos depois, com juros de 1% ao mês e baixa correção monetária?”, questionamento frequente que se ouve de certos empregadores.

Com o índice de acordo diminuindo e com o número de reclamações aumentando, as coisas que já estão ruins vão ficar piores ainda. Caminha-se para trás, não para a frente.

A Justiça do Trabalho, no exercício de sua competência, arrecadou cerca de 3 bilhões provenientes de custas, emolumentos, previdência social e imposto de renda.

Esse é um lado positivo. No contrato de trabalho há interferência de outros direitos. E tudo que se puder fazer para arrecadar obrigações de natureza pública ou privada deve ser feito. Assim a JT deixará de ser a “justiça dos ofícios” para ser a justiça da efetividade.

Diz-se “justiça dos ofícios” porque, em vez de praticar ela própria os atos de sua competência, oficia outras jurisdições para fazê-lo em seu nome.

O exemplo frisante está nas multas administrativas. A JT julga a reclamação. A empresa é condenada a reparar porque violou a norma trabalhista. Além do valor patrimonial, há a multa administrativa como punição. A JT é competente para a condenação das parcelas trabalhistas, mas incompetente para a aplicação da multa administrativa.⁴² Um absurdo e um grande erro de perspectiva que a jurisprudência do TST não quer reparar.

⁴² Sobre o tema, ver SILVA, Antônio Álvares da. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. V. II, São Paulo: LTr, 1993. p. 40 e ss.

Enquanto o Executivo aplica multas milionárias a uma empresa que deixou vaziar resíduos de mineração, a JT teima em não aplicar uma simples multa administrativa, mas que tem um grande significado para o cumprimento da norma trabalhista nos dissídios individuais.

Resultado: o empregador fica pouco onerado com a condenação e, além disso, adia o pagamento com recursos protelatórios. Os processos acumulam. E dá nisso que hoje presenciamos e comprovamos com esses dados estatísticos ora analisados. A protelação vira um negócio rendoso. Então pagar e cumprir a obrigação passam a ser um mau negócio.

A JT tem 564 Varas, 3.017 juízes e 46 mil servidores.

A estrutura da JT é correta e mais do que suficiente. O elemento humano, dos servidores aos juízes, também é de alta qualidade. Então, o que falta? A resposta: faltam modificações no processo para evitar a recorribilidade desnecessária e protelatória, pois todos trabalham, e muito, embora o esforço se perca nas linhas tortuosas da invencível burocracia processual.

O acúmulo de processos exige o aumento da burocracia para enfrentá-lo. Mas burocracia gera burocracia, e as instituições e as mudanças, se não tiverem uma reforma qualitativa, são engolidas pela burocracia.

É o dilema que Niklas Luhmann demonstra para explicar a estrutura do Estado de Bem-estar Social e agora do Estado moderno e pós-moderno.⁴³

Para fugir dos tentáculos dessa gigantesca burocracia que, no fundo, é uma condição do Estado contemporâneo, só mesmo fazendo reformas de qualidade no interior da própria burocracia, através de processos simplificadoros inteligentes que valem como antídoto.

Se assim não agirmos, não há mais solução: para darmos feição aos institutos sociais de qualquer espécie, precisamos da burocracia. Mas é a própria democracia que emperra e enrijece tudo.

Os prazos no TST para julgamento do recurso de revista precisam ser encurtados, pois o processo continuará seu destino incerto, sujeito a recursos para o STF e, nas Varas, novamente para os TRTs através de agravo de petição.

O prazo do processo que sai das Varas e a elas retorna importa quase seis anos, contados do ajuizamento da reclamação até o pagamento da execução. Isto é um absurdo insuportável.

Temos que criar procedimentos que evitem essa dilação e, de fato, faremos sugestões para sairmos desse inferno processual.

9.5 O Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas e sua função no processo do trabalho

O art. 3º da EC 45/04 diz:

Art. 3º A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.

⁴³ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1997. p. 111 e ss.

Essa revolucionária emenda constitucional, que tanto bem fez ao Judiciário e ao país, traz, em seu art. 3º, o texto acima transcrito, pelo qual se criou o Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas, que designamos doravante pela sigla FUGIT. Esse Fundo dorme inerte na lei. Não chegou à realidade. Está até hoje pronto a ser chamado para a vida, à espera do legislador que, infelizmente, nem sabe de sua existência.

Se bem manipulado, pode operar a revolução dos recursos trabalhistas, sem extinguir nenhuma instância e agilizar a aplicação da lei.

O Fundo, como se vê no texto, tem por finalidade repor ao empregado prejuízos que advenham dos percalços e instabilidades da execução trabalhista. Por isso demos-lhe um nome mais amplo. Em vez de fundo de execuções, preferimos chamá-lo de fundo de indenizações trabalhistas, visando à sua melhor utilização.

Todos sabem da iniquidade da execução trabalhista. Além de não garantir o valor aquisitivo do crédito, que não é adequadamente recomposto através dos juros e correção monetária que nele incidem.

Muitas vezes, o reclamante nem sequer recebe o crédito, pois se perde nos meandros de uma longa execução, cujo final é uma empresa inexistente, falida, sem bens e incapaz de pagar os valores a que foi condenada.

Por isso, além da execução, é preciso estender o FUGIT ao sistema recursal, de modo que também favoreça a funcionalidade dos recursos, tornando os recursos um meio justo de impugnação das sentenças sem prejudicar o reclamante nem a prestação jurisdicional.

Pensando nesse objetivo, redigimos o anteprojeto que a seguir comentaremos, com a esperança de que o Congresso Nacional o transforme em lei.

Temos a absoluta convicção de que, se o anteprojeto se transformar em lei, faremos uma grande revolução no processo do trabalho, sem violência e radicalismo, atendendo ao interesse das partes e da sociedade.

Eis o texto:

Art. 1º - Fica instituído o Fundo de Garantia de Indenizações Trabalhistas (FUGIT), previsto no art. 3º da EC 45/2004, constante de multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, que serão depositadas numa conta aberta na CEF para este fim.

Art. 2º - O Presidente da República transferirá dos fundos existentes uma soma para constituir o patrimônio do Fundo criado nesta lei, a fim de que sirva imediatamente às suas finalidades.

Art. 3º - Nas sentenças condenatórias, ou naquelas em que o valor for fixado pelo juiz, só se admitirá recurso mediante depósito do valor total da condenação. Ao despachar o recurso, o Juiz do Trabalho autorizará o levantamento imediato da quantia depositada pelo recorrente.

Art. 4º - Se a sentença for reformada, total ou parcialmente, em instância superior, o desembargador ou ministro expedirá alvará para reposição do valor pago, com

juros e correção, sub-rogando-se o Fundo no direito de reivindicar a quantia no processo, com as mesmas prerrogativas da Fazenda Pública.

Art. 5º - Em caso de falência, o crédito reconhecido em sentença trabalhista, a partir de decisão do TRT, até o valor indicado na lei falimentar, será pago imediatamente ao empregado, sub-rogando-se o Fundo no direito de reivindicá-lo no juízo da falência.

Art. 6º - Quando o crédito devido ao reclamante em execuções trabalhistas se mostrar de difícil ou improvável recebimento, o Juiz do Trabalho, em despacho fundamentado, de ofício ou a requerimento da parte, autorizará seu pagamento pelo Fundo, que se sub-rogará no direito de perseguir a quantia na execução.

Art. 7º - Quando a condenação da sentença importar também sanção de ordem administrativa, prevista na CLT ou em legislação completar, fica o Juiz do Trabalho autorizado a aplicá-la, fazendo-se a cobrança respectiva nos próprios autos.

§ 1º - O valor apurado será depositado na conta do Fundo de Garantia de Indenizações Trabalhistas.

Art. 8º - Quando em juízo, o Fundo de Garantia de Indenizações Trabalhistas atuará com as mesmas prerrogativas da Fazenda Pública.

10 PROPOSTAS PARA TRAVAR A RECORRIBILIDADE

Vimos que a Justiça do Trabalho tem sérios desvios e muitas dessintonias. Precisa de urgentes reformas, que não se fazem mais com o simples aumento de órgãos, que só incharão ainda mais a burocracia que a emperra.

Cairemos inevitavelmente no dilema luhminiano, conforme já foi exposto: a burocracia gera a burocracia, que, por sua vez, gera mais burocracia, até que caíamos no grau zero de ineficiência.

Também percebemos pelos dados trazidos que os meios são plenamente suficientes: número de juizes, servidores, Varas, TRTs. Não há problemas com o elemento humano, justamente a parte mais difícil e complicada de qualquer reforma, quando se trata de aperfeiçoamento das instituições políticas, sociais e econômicas de um povo, quaisquer que sejam. *Sine homine, nihil est*. Sem o homem nada se faz.

A boa política, nesse caso, começa não em multiplicar, mas em valorizar nossos servidores e juizes, colocando em suas mãos instrumentos adequados de trabalho, que levem a resultados seguros em tempo útil e razoável, além da garantia de bom salário, para garantir a atividade motivada.

Vimos também que a razão do grande retardo que hoje emperra a JT está na recorribilidade excessiva, protelatória e inútil. O processo de primeiro grau até a sentença é lógico, concentrado e objetivo. É um dos melhores do mundo pela concepção moderna dos procedimentos adotados que capacitam os juizes e as partes a chegar a um resultado seguro do processo em primeiro grau.

Os problemas começam pela recorribilidade das Varas aos TRTs e ao TST e finalmente ao STF.

Depois, na execução, quando o autor, já extenuado com a duração da

demanda (mais de 5 anos, como vimos), ainda enfrenta nova onda de recorribilidade, inclusive de recurso de revista na execução - § 2º do art. 896 da CLT.

As execuções iniciadas somadas às execuções pendentes de anos anteriores - pendentes de execução e em arquivo provisório - totalizam hoje 2.825.610 processos.

Nesses quase três mil processos, a grande maioria não será jamais executada. O executado, pessoa física ou jurídica, já desbaratou seus bens, faliu ou fechou a empresa.

Como ninguém pode ser preso por dívida, e essas pessoas já perderam a credibilidade comercial por impontualidade, títulos protestados, perdem também o crédito e o tempo da demanda.

Quem vai ressarcir o exequente, em geral pessoa pobre que tinha no valor não executado a única poupança de sua vida?

Todos esses fatos levam-nos à seguinte conclusão de que o calcanhar de Aquiles e os pontos nevrálgicos no processo do trabalho são a recorribilidade e a execução.

Qualquer reforma que se queira fazer tem de atentar para esses dois aspectos, se realmente houver a intenção de mudar e adequar o processo do trabalho à realidade da vida.

OS PROBLEMAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NÃO ESTÃO NO ELEMENTO HUMANO. PELO CONTRÁRIO, É COM ELE QUE SE PODERÁ RESOLVER AS DIFICULDADES QUE HOJE ELA ENFRENTA.

A SOLUÇÃO FÁCIL ESTÁ NO FUGIT, ESTENDENDO-O AO SISTEMA RECURSAL.

Note-se que as propostas que sugerimos não visam a excluir recursos, mas sim a prescrever um modo razoável e adequado de interpô-los com as limitações e os cuidados adequados.

Deve-se ficar claro, ao contrário do que muitos pensam, que a manutenção de muitos recursos e a garantia de recorrer, que muita gente canta em prosa e verso, não é nem nunca foi a salvação do Judiciário.

Se assim fosse, teríamos o melhor Judiciário do mundo em razão da recorribilidade franca e aberta que existe no ordenamento jurídico brasileiro.

Todo excesso, assim como toda falta, desequilibra o comedimento e afeta a equidade da balança, cujos pratos nem sempre ficam na horizontal.

Hoje, não há um reformador, juízes, presidentes de tribunais, desembargadores, advogados, que, em declarações públicas, quando jornalistas e câmaras de televisão estão à sua frente, que não bradem contra o exagero dos recursos.

Mas, para extirpar o exagero, é preciso limitar e excluir. E aqui começam as vacilações. Todos silenciam porque no fundo querem o sistema reinante e fazem dele a realização de suas profissões. Resultado: tudo fica do mesmo modo, e o ruim de ontem é o mesmo ruim de hoje. E o país permanece no atraso.

Pretendemos aqui criar um justo meio para romper resistências e facilitar a reforma. Nem sequer propomos a extinção de recursos, mas apenas colocamos ônus para sua utilização. Nada mais.

Ao longo da história, nota-se sempre a deturpação da recorribilidade em abuso.

Quando a República romana se transformou em império, e Roma dominou o mundo, os recursos contra as autoridades romanas espalhadas pelo mundo eram dirigidos ao imperador.

Como vinham em grande quantidade e de muito longe, com as naturais dificuldades dos meios de comunicação, o imperador delegou a subordinados, que constituíam seu secretariado, o julgamento desses recursos.

Um dos modos que Justiniano encontrou para barrar a avalanche recursal foi exatamente restringir a dois. No Direito Canônico, foi a mesma situação. Milhares de recursos contra as sentenças de bispos e outras autoridades eclesíásticas inferiores.

A solução foi também restringir, só que agora, em vez de dois, como em Roma, permitiram-se até três recursos em cada processo. A restrição definitiva veio no *Codex Iuris Canonici* que concedeu recurso apenas da sentença definitiva ou interlocutória que tivesse os mesmos efeitos.⁴⁴

No processo do trabalho temos basicamente seis recursos:

Embargos de declaração, embargos à execução, recurso ordinário, recurso de revista, agravo de petição, agravo de instrumento, além de outros que eventualmente importamos da Justiça comum - embargos de terceiro e recurso extraordinário.

Vários desses recursos podem ser repetidos várias vezes, o que torna infinita a possibilidade recursal. Temos que tirar duas conclusões realistas:

a) se recurso fosse a salvação da jurisdição, teríamos o melhor Direito do Trabalho do mundo;

b) o acúmulo de processos e o déficit de julgamento em todas as instâncias explicam-se por essa recorribilidade insensata e absurda. Não se sabe como essa situação se manteve até hoje, pois a ela falta racionalidade, bom senso, equilíbrio. Isso sem falar no prejuízo ao jurisdicionado que, se percorrer todas as instâncias até a execução na Vara, pode durar até 6 anos.

Cremos firmemente que o FUGIT resolve o problema da recorribilidade e da execução trabalhistas.

Faremos a seguir um comentário rápido aos artigos do anteprojeto, para que o leitor veja o acerto da proposta.

11 COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS DO ANTEPROJETO DO FUNDO DE GARANTIA DE INDENIZAÇÕES TRABALHISTAS - FUGIT

11.1 Comentários aos artigos 1º e 2º

O FUGIT é um fundo como muitos outros existentes no Direito brasileiro.

⁴⁴ Vejam-se detalhes em PEIXOTO, José Carlos Matos. *Recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935. Nesse excelente livro o leitor encontra uma ampla visão histórica da recorribilidade jurídica, inclusive demonstrando que, nas culturas humanas de diferentes épocas, ora havia a previsão de recursos, ora não. Recorrer nunca foi unanimidade nos sistemas jurídicos. É preciso que se saiba dessa verdade, para não transformar em dogma a recorribilidade.

Tem capacidade processual para os aspectos que a lei lhe atribui e se constitui de duas fontes:

- a) multas decorrentes de condenações trabalhistas e
- b) multas administrativas oriundas da fiscalização do trabalho.

As multas decorrentes de condenações trabalhistas são aquelas aplicadas pelo juiz no curso do processo. Por exemplo, a do art. 730 da CLT.

Se essas fontes previstas na EC/45 não forem suficientes, o anteprojeto prevê que o Governo retire de outros fundos a complementação necessária.

Creemos, entretanto, que as duas fontes legais já serão suficientes. O FUGIT será solicitado no início com mais intensidade. Depois exercerá uma atividade normal, pois sua atuação é apenas substitutiva. Nisso, aliás, sua grande vantagem: com pouco dinheiro se alcançarão grandes benefícios sociais.

11.2 Comentários aos artigos 3º e 4º

Aqui está o ponto central do anteprojeto. Ao despachar o recurso (geralmente o ordinário, pois é o mais comum no processo do trabalho, e é por ele que se garante o duplo grau de jurisdição), o juiz autorizará de ofício o levantamento da quantia depositada pelo recorrente.

Portanto o reclamante já recebe o que lhe é devido logo após a sentença de primeiro grau.

Aqui está o grande obstáculo à recorribilidade infundada. A parte já sabe que, se a sentença for mantida no TRT, a matéria de fato estará encerrada. Então há de pensar duas vezes antes de interpor revista, pois terá que pagar honorários, e as chances de reforma são quase nulas.

Se a sentença for reformada em segundo grau (TRT) ou no TST (hipótese raríssima), o desembargador ou ministro expedirá imediatamente alvará para reposição ao reclamado do valor levantado pelo reclamante. Portanto não terá nenhum prejuízo. Se o acórdão ou sentença forem mantidos, o levantamento será definitivo.

Note-se que, levantando a quantia depositada logo após a sentença de primeiro grau, não haverá execução, terminando-se com o tormento da execução trabalhista, principal responsável pelo atraso da prestação jurisdicional.

11.3 Comentários ao artigo 5º

A falência do empregador e o recebimento de créditos trabalhistas são alguns dos grandes problemas do Direito do Trabalho em geral.

Apesar de ocupar o topo da classificação da atual Lei de Falências - Lei n. 11.101/2005, art. 83 -, na prática essa prerrogativa tem pouco significado.

O processo falimentar é longo, burocratizado e formalista. Até que se chegue ao pagamento do crédito alimentar, muito tempo já correu e ficam evidentes os prejuízos sofridos pelo trabalhador.

O anteprojeto previne também velha chaga. O Fundo paga ao empregado, até os valores da Lei Falimentar, o débito trabalhista e depois se habilita na falência, com as prerrogativas da Fazenda Pública.

11.4 Comentários ao artigo 6º

Esse artigo corrige uma histórica e hedionda injustiça ao trabalhador.

Depois de batalhar vários anos para receber o crédito trabalhista que lhe foi concedido pela sentença, o trabalhador, muitas vezes, se depara com essa lastimável situação: a empresa não existe mais, faliu, extinguiu-se fraudulentamente, ocultou bens, de modo que nada mais existe para garantir a execução.

O prejuízo até agora é posto nas costas do empregado que amarga essa notável injustiça: além de mal pago no curso da relação empregatícia, como é essa em geral a regra no Brasil, ainda não recebe o que lhe é devido quando dispensado.

Procura como todo cidadão a Justiça que a Constituição está obrigada a conceder-lhe em tempo razoável. Entretanto a prestação nem sempre é sequer realizada e, o que é pior, todos os valores devidos ao empregado são considerados perdidos.

O anteprojeto põe fim a essa aviltante situação.

Se a execução se mostra difícil, e o crédito torna-se impossível de receber, o Fundo paga o reclamante e assume seu lugar na execução.

Muitos dizem que não é obrigação do governo pagar com dinheiro do povo obrigações de empresas inadimplentes.

Mas essa situação existe por culpa do Judiciário, que não julgou e terminou o processo a tempo e hora. Todos sabemos que, praticamente, muitas empresas, ao fim da execução, nada pagam, demandam por todas as instâncias, contratam advogados e se defendem com competência.

Quando há o julgamento final e a procedência é garantida, começam então o início e a dispersão dos bens.

Se o anteprojeto já estivesse em vigência, esse mal estaria superado, pois, na forma do artigo 3º, o valor da condenação, que a empresa tem a obrigação de depositar para recorrer, já teria sido transferido ao reclamante, o que desinteressaria as empresas de recorrer para o TST, pois o processo já estaria pago.

Se o Fundo já estivesse em vigor, tudo isso teria sido evitado.

São coisas tão claras que se torna difícil admitir que ainda não tenham sido vistas pelo legislador, embora a injustiça ao trabalhador seja evidente, e o remédio para o mal seja tão fácil e evidente.

11.5 Comentários ao artigo 7º

Esse artigo é de fundamental importância, não só para o país como um todo, mas também para eficácia imediata da sentença.

Todos sabem que, quando uma grande empresa demanda na Justiça do Trabalho, muitas vezes ela paga o valor das reclamações e continua fazendo a mesma coisa.

Aqui também prepondera interesse econômico. Se ela lucra com a ilicitude e não é sancionada, é claro que vai seguir o caminho mais lucrativo. Não existe empresa que não siga o caminho da vantagem econômica.

Daí a tese que sempre defendemos e que constitui o texto do art. 7º. Se os artigos em que se baseou a sentença condenatória de direitos trabalhistas constituem também sanção de ordem administrativa, fica o juiz do trabalho autorizado a aplicá-la.

Com a aplicação das multas administrativas, a condenação crescerá em valor e desincentivará a demanda protelatória.

O fundamento da discussão já foi por nós longamente discutido.⁴⁵ E não será aqui rediscutido *brevitatis causa*. Basta apenas lembrar que, se hoje a competência não se baseia mais nos atores da relação de emprego, mas em todas as questões derivadas da relação de trabalho, como está no art. 114 da Constituição, pergunta-se: de qual tipo de relação se originam as multas administrativas previstas na CLT? Do direito de família ou possessório, administrativo, consumo? Evidentemente não.

É claro, e isso está ao alcance de qualquer neófito, que as multas administrativas nascem da relação de emprego, estão previstas na CLT e atuam como reforço ao cumprimento da legislação do trabalho.

Então, por que a Justiça do Trabalho não reconhece essa competência? Além de dar mais vigor ao cumprimento da relação de emprego (esse é o motivo principal), terá como consequência paralela um enorme efeito arrecadatário, pois os artigos que serviram de base à sentença preveem também multa administrativa pela violação da norma trabalhista. Portanto haverá a aplicação de multa praticamente em toda reclamação trabalhista.

Para concluir este tópico, faço uma última observação, cujos detalhes o leitor interessado poderá procurar nos livros já citados.

A Presidente da República, com a colaboração de sua assessoria, cometeu um erro gravíssimo ao confundir a aplicação de multas administrativas pela Justiça e pelos órgãos de fiscalização, vetando o § 4º do art. 6º-E da Lei n. 5.859.

Quando o auditor-fiscal aplica multas administrativas, está no exercício normal de sua atividade fiscalizatória. Porém, quando o empregador não paga os direitos trabalhistas ao empregado, e a questão vai para a Justiça do Trabalho, a controvérsia, antes administrativa, se transforma em judiciária, e o juiz do trabalho, na sua atividade judicante, passa a ter competência para aplicar a multa, conforme já se demonstrou.

Mas a Presidente não soube distinguir os dois momentos e, na argumentação do veto, afirmou que seria inconstitucional a aplicação de multas administrativas pela Justiça do Trabalho, pois estaria ela usurpando competência do Poder Executivo.

Enquanto o Governo busca arrecadar cada vez mais para retirar o Brasil da crise em que se mergulhou, propondo a criação de novos impostos, é ele próprio que veta um dispositivo que lhe traria alguns bilhões de reais.

Nada mais correto, se houvesse os motivos citados e se a JT estivesse invadindo seara alheia ou desrespeitando a própria Constituição. Mas não é essa a hipótese.

⁴⁵ Vejam-se os seguintes livros: *Questões polêmicas de direito do trabalho*, v. 1, já citado e ainda *Pequeno tratado da nova competência trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005. p. 253.

A autoridade administrativa não aplicou a multa. O processo foi parar na Justiça do Trabalho. O juiz, ao sentenciar, aplicou-a no mais legítimo exercício de sua competência constitucional, ou seja, fez incidir no caso.

Portanto o governo cometeu um duplo erro: econômico, porque deixou de arrecadar, e político-jurídico, porque contribuiu para o descumprimento da norma trabalhista, trazendo prejuízo ao trabalhador.

E o mais doloroso dessa história toda é que o fundamento do veto foi que a aplicação de multas pela Justiça do Trabalho contrariaria o art. 114 da Constituição, quando, na realidade, esse artigo é que dá a competência para aplicá-las.

Como dizia a sabedoria romana: *Errare commune est mortalibus* - errar é comum aos mortais. Então é de se esperar que o Congresso rejeite o veto pois, *Errando corrigitur error* - errando é que se corrige o erro. Oxalá assim seja. Ainda temos força para não perder as esperanças.

12 CONCLUSÕES GERAIS

Conflitos e dissensões são inerentes à vida social. O homem não vive sem eles. A convivência social torna possível a vida humana e possibilita ao homem o desenvolvimento de suas potencialidades físicas e mentais.

Mas gera pretensões a uma vasta gama de bens que nunca estão disponíveis em número suficiente às reivindicações individuais e coletivas. Daí surgem conflitos para dividi-los e obtê-los pelos indivíduos e grupos sociais.

Essa busca de bens satisfatórios a necessidades pode ir ao infinito, porque, uma vez supridas as necessidades básicas, arremete-se o homem na procura de bens espirituais inerentes à cultura, saber, conforto, viagens, etc., de modo que atinja uma vida plena do espírito depois de superadas as carências da matéria.

Daí a formação do direito objetivo de cada país e nação e, mais recentemente, das comunidades internacionais, para definir e estabelecer através de normas a convivência humana através da integração do homem na sociedade como indivíduo, ser coletivo e público.

Tudo pode ser conteúdo de normas jurídicas e adentrar o Direito Objetivo e, nesse sentido, ser objeto da ciência jurídica, que, em seu somatório, constitui o ordenamento jurídico dentro do qual se estabelecem ilimitadas regras de conduta que têm o homem como centro de tudo.

Essa capacidade de dar resposta a si mesmo e aos outros é que torna o homem um ser responsável e consequentemente moral.⁴⁶

Para tornar esse sentimento moral objetivo e mensurável concretamente, o "homem responsável" institui o direito que tende a estabelecer a norma mais justa e adequada possível para regular a conduta social.

Se daqui surgem controvérsias, e elas inevitavelmente surgem, cumpre ao Direito resolvê-las. Para esse fim, deve também estabelecer normas mais justas possíveis para, considerando os interesses de cada parte e analisando cada pretensão, dar uma decisão que se ajuste melhor para o caso concreto, considerando a norma que for mais adequada.

⁴⁶ CASSIRER, Ernst. *Antropologia*. São Paulo: Metre Jou, 1977. p. 22.

Para esse fim, o direito criou a ciência do Processo que estabelece regras para a solução dos conflitos humanos através do Estado.⁴⁷

Como a sociedade atual é complexa e sobrecarregada de reivindicações de diferentes naturezas, surgem também conflitos variados e polimorfos, dos simples aos mais complexos, que sobrecarregaram os instrumentos estatais de solução de conflitos.

O Judiciário se encontra abarrotado e lento. A sociedade sofre pela falta de solução de conflitos nos quais há sempre uma parte prejudicada e lesada que apela sem resposta aos órgãos oficiais.

Daí o impulso cada vez mais forte na criação de órgãos extrajudiciais de conciliação, mediação e arbitragem que, pela experiência de outros povos, constituem instrumento de melhor qualidade e propriedade para a solução de determinados tipos de controvérsia.

Aqui também o Estado tem que se conscientizar de que não pode fazer tudo sozinho. Tem que convocar o auxílio da sociedade para que possa realizar melhor sua função, já que o Estado nada mais é do que uma comunidade criada por uma ordem jurídica para representá-la nos diferentes aspectos de sua atuação.⁴⁸

Portanto a solução de conflitos fora do ambiente estatal não é apenas uma alternativa, é uma necessidade inadiável, sob pena de perdermos o controle da solução de controvérsias na sociedade pós-moderna através da via judicial, desestabilizando suas raízes fundantes e prejudicando os ideais que a caracterizam como nova época da história humana.

O ideal é que cada ramo da ciência jurídica tenha seu próprio direito processual. Se o processo é técnica de solução de conflitos, o melhor processo será aquele que estabelecer normas para a solução do conflito específico do direito material a que pretende servir.

Assim terá melhores condições de ordenar as fases do procedimento, conhecer de perto a natureza do conflito, as razões de seu surgimento, o conteúdo próprio que o caracteriza.

Se a forma dá essência e materialidade à coisa - *forma dat esse rei* - a melhor norma processual é a que se ajusta melhor ao conflito que visa a solucionar. Só assim oferecerá ao juiz melhores instrumentos de um julgamento com justiça e equilíbrio.

O Direito brasileiro segue nesse caminho, instituindo um processo geral para a Justiça Comum (Cível, Penal e Federal), e processos especiais para os ramos especializados da Justiça Trabalhista, Eleitoral e Militar.

Esses ramos especiais cumprirão sua tarefa de aplicação, na medida em que o legislador lhes atribuir um aparato processual moderno, dinâmico, simples e capaz de resolver as questões que nasçam no campo de suas jurisdições.

A CLT - que é mais do que uma consolidação, podendo dizer-se um código do trabalho - cuidou de sua condição especial, regulando num único instrumento

⁴⁷ Diz-se "através do estado" porque há outros meios de solução fora do procedimento estatal, por opção das próprias partes em litígio.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 4.

o direito material e o direito processual do trabalho. Para resguardar-se da contaminação do processo comum, foi expressa no artigo 769:

Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Portanto o “processo comum” será apenas “fonte subsidiária” do processo do trabalho. Terá com ele apenas a relação de gênero com espécie, devendo ser mantida integralmente a espécie a qual se manterá em ligação com o gênero, do qual receberá apenas “subsídios” em suas eventuais faltas e necessidades.

Subsídio, de *sub* + *sedere*, é o que se assenta em plano inferior, para auxiliar (subsidiar) o principal. É essa a função do processo comum em relação ao processo do trabalho: subsidiá-lo, em casos especiais, em função que nunca pode perder a natureza pela qual foi criado: simplicidade, objetividade, economicidade, clareza, compressão formal e limitação de recorribilidade.

O que se vem fazendo com a entrada em vigor do novo CPC é um grande erro. Congressos, artigos, dissertações cuidam de sua aplicabilidade ao processo do trabalho. Mas o movimento deveria ser o contrário: os processualistas comuns deveriam ver no exemplo do processo do trabalho um modelo interpretativo do novo CPC.

Pelo seu tamanho - 1.072 artigos - criou um universo de fórmulas e prescrições formais que dificilmente trará algum benefício para a aplicação do direito material. Pelo contrário. É bem provável que, nesses anos especiais, o Judiciário se atole em discussões processuais até que se sedimente o rebuliço de seu impacto na realidade.

Andamos para trás com a nova legislação processual. No instante em que o processo procura formas simplificadas, corremos no sentido oposto, crivando o universo jurídico de disposições formais que, no seu conjunto, em nada contribuem para a eficácia do direito objetivo.

Neste trabalho tivemos a preocupação de valorizar o processo do trabalho e apontar soluções para torná-lo ainda mais eficiente do que é. Tivemos também a clara intenção de mostrar que não precisamos, a não ser excepcionalmente, de subsídios do novo CPC.

Espera-se que o processualista comum tome como modelo a simplicidade e a objetividade do processo do trabalho para que as discussões sobre o direito objetivo não fiquem limitadas a questões formais, e sim a questões de mérito, que é o reduto em que se localiza a justiça que a parte demandante pede ao juiz. Lembro aqui as sábias palavras de M. A. Manuel Coelho da Rocha, cuja ortografia mantenho no original:

A verdade e a simplicidade formam o *character* da jurisprudência.

Essas sábias palavras constam da Lei n. 18.8.1769, que o autor colocou como epígrafe de seu livro Instituições de Direito Civil Portuguez, publicado em 1857 pela imprensa da Universidade de Coimbra.

O que é bom sempre dura.

A lição ressoa no tempo e continua ensinando. Verdade e simplicidade são os atributos da jurisprudência aqui entendida como Ciência do Direito.

A verdade é a correspondência da norma aos fatos por ela descritos.

A simplicidade é a formulação clara do ordenamento jurídico para que, além de verdadeiro, seja compreensível.

Pena que o legislador processual brasileiro não tenha aprendido essas lições tão simples quanto verdadeiras.

ABSTRACT

The author intends to demonstrate that is better, faster and cheaper to solve labour disputes by extrajudicial measures than by common judicial measures. Arbitration and mediation are fully compatible with Labour Law and are the only way to relieve Labour Courts excessive overwork.

The Guarantee Fund for Labour Proceedings Executions - FUGIT -, created by Constitutional Amendment n. 45, may be a valuable means for this purpose, because the employee can receive the first degree sentence value, even when there is a judicial appeal. In case of a judicial sentence exchanging, the Fund will reimburse the employer the amount he payed to the employee.

Keywords: *Labour disputes. Extrajudicial solutions. Conciliation; Mediation/Arbitration. Guarantee Fund for Labour Proceedings Executions.*

REFERÊNCIAS

- BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.
- BLANKENBURG/SCHÖNHOLZ. *Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahren*. Neuwied: Luchterhand, 1979.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.
- FISHER, Brodwyn. Direitos por lei ou leis por direito. In LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Direitos e justiças no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2006.
- FOULQUIÉ, Paul. *Diccionario del lenguaje filosófico*. Barcelona: Labor, 1967.
- HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. *Grudriss des Arbeitsrecht*, 4. Auf. Berlin: Franz Vahlen, 1968.
- IGELMO, Alberto José Carro. *Historia social del trabajo*. Barcelona: Bosh, 1986.
- KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 1997.
- KLEMENT, J.H. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito, organização*. Tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni. Rio de Janeiro: Forense, 1914.
- KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LANDES, David S. *Riqueza e pobreza das nações*. Rio de Janeiro: Campus: 1998.

- LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- MARTIN, F. *Les mots latins*. Paris: Hachette, 1944.
- MATHIEU, Bertrand. *La loi*. Paris: Dalloz, 1966.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. V. 1º.
- NETO, Lira. *Getúlio - 1930-1945*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- PEIXOTO, José Carlos Matos. *Recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.
- SACRISTÁN, Isidoro Álvarez. *La justicia y su eficacia - dela Constitución al proceso*. Madrid: Colex, 1999.
- SARAIVA, F. R. S. *Dicionário latino-português*. 11. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 2000.
- SCHWAB-WETH. *Arbeitsgerichtsgesetz* 3. Auf. Köln: Verkag.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Competência penal trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr, 1991.
- _____. *O legislado e o negociado em direito do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2015.
- _____. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. V. II, São Paulo: LTr, 1993.
- _____. *Pequeno tratado da nova competência trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. *Sanção e direito do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2014.