

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO
CURSO DE DIREITO

ROMANA LEITE VIEIRA

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DE
TRABALHO

FORTALEZA
2009

ROMANA LEITE VIEIRA

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DE
TRABALHO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado.

FORTALEZA
2009

ROMANA LEITE VIEIRA

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DE
TRABALHO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em 08/06/2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado (Orientador)
Universidade Federal do Ceará-UFC

Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz
Universidade Federal do Ceará-UFC

Prof. Mestre Maurício Feijó Benevides de Magalhães Filho
Universidade Federal do Ceará-UFC

Aos meus pais, Pedro e Raimunda
e aos meus irmãos Obed e Renan,
meus sustentáculos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, fonte de misericórdia, meu senhor e meu pastor, pelas batalhas permitidas e pelas vitórias até então conquistadas, que me fazem amadurecer a cada dia a fim de me tornarem um ser humano melhor.

Minha eterna gratidão a minha mãe, incomparável, insuperável, pelo amor incondicional, dedicação e paciência. A meu pai, exemplo de honestidade, integridade e de bondade, pelos valores morais transmitidos. A meus irmãos Obed e Renan pelo amor, pela convivência diária que me fazem mais forte a cada dia.

Aos meus avós, paternos e maternos, *in memoriam*, tios e primos, principalmente às minhas segundas mães: Titia Ana e Vovó Mundoca, meus sinceros agradecimentos pelo carinho e pela crença na minha vitória acadêmica e profissional.

Ao professor Emmanuel Furtado pela delicadeza em aceitar auxiliar-me nessa empreitada, sob a condição de mestre orientador. Minha gratidão. Ao professor Fernando Ferraz, que se mostrou tão solícito em ser meu examinador, obrigada.

Meus agradecimentos às minhas amigas de longa data: Laura, Germana e Thaís. Amizade fraternal, *ad eternum*. Aos amigos recentes, mas não de somenas importância: Andressa, a irmã que eu nunca tive, obrigada por seus conselhos, por sua sinceridade, por sua paciência e por sua fidelidade; Emellin, “tão diferente de mim e tão igual em carinho”, obrigada por sua amizade incondicional; Elaise, não há como não mencionar sua leveza, seu companheirismo em todos esses anos de vida acadêmica. Aos demais colegas: Safira, Webster, Rodrigo, Tiago Batista, Bruno Nayro, Roberta, Carla, Thiago Frois, Thiago Menezes, Homero, Arlindo, Péricles, Hermano, Kaique, David e Marcelo, Perfírio e Thales.

Agradeço ao procurador de justiça, Dr. José Gonçalves Monteiro, pelos ensinamentos jurídicos transmitidos, como também as lições de vida compartilhadas. Aos meus colegas “veridianos”: Arildo, Karinne e Aécio, pela amizade construída em meio a tantos obstáculos. Aos demais colegas de trabalho: Sabrina, Diego, Viviane, Vanderson, Núbia, Rafael, Otávio, Jarbas, Rodrigo e André pelo apoio e força nos momentos difíceis.

“Sentindo que a violência/ Não dobraria o operário
Um dia tentou o patrão/ Dobrá-lo de modo vário.
De sorte que o foi levando/ Ao alto da construção
E num momento de tempo/ Mostrou-lhe toda a região
E apontando-a ao operário / Fez-lhe esta declaração:
– Dar-te-ei todo esse poder/ E a sua satisfação
Porque a mim me foi entregue / E dou-o a quem bem
quiser.
Dou-te tempo de lazer / Dou-te tempo de mulher.
Portanto, tudo o que vês/ Será teu se me adorares
E, ainda mais, se abandonares/ O que te faz dizer não.

Disse, e fitou o operário / Que olhava e que refletia
Mas o que via o operário / O patrão nunca veria.
O operário via as casas/ E dentro das estruturas
Via coisas, objetos / Produtos, manufaturas.
Via tudo o que fazia / O lucro do seu patrão
E em cada coisa que via / Misteriosamente havia
A marca de sua mão./ E o operário disse: Não!

– Loucura! – gritou o patrão
Não vês o que te dou eu?
– Mentira! – disse o operário
Não podes dar-me o que é meu.”

(Vinicius de Moraes)

RESUMO

O uso da arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho é previsto no texto constitucional, ao passo que nos conflitos individuais, por ausência de previsão legal, a atuação do juízo arbitral é alvo constante de críticas por diversos segmentos do mundo jurídico. De fato, ante a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, não haveria, a princípio, como se admitir a hipótese. Todavia, como nem todas as garantias laborais refletem a tutela estatal, há aqueles benefícios de cunho privado, conferidos pelo empregador ao empregado, que são passíveis de transação. Outrossim, a fim de se afastar a presunção de coação durante a convenção de arbitragem, bem como de fraudes no transcorrer do procedimento arbitral e na prolação da sentença arbitral, medidas tais como o uso exclusivo do compromisso arbitral, em detrimento da cláusula arbitral, a criação de órgãos especializados, de atuação independente, ou ainda a atuação do Ministério Público como árbitro surgem como soluções. Destarte, não há como se refutar veementemente a arbitragem como meio alternativo de composição de contendas trabalhistas, mormente quando a espécie é admitida em vários países, com resultados satisfatórios. Com efeito, medidas alternativas, com intuito de pacificar o seio social, sem que para isso haja tolhimento de garantias mínimas, são admissíveis, uma vez adaptadas às peculiaridades da realidade vivida por aqueles que delas se valerão.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito trabalhistas. Indisponibilidade. Conflitos Individuais.

RESUMÉ

L'emploi de l'arbitrage dans les conflits collectifs de travail est prévu dans le texte constitutionnel, pendant que dans les conflits individuels, par absence de prévision légale, la performance du arbitre est cible constant de critiques par divers segments du monde juridique. En fait, devant la indisponibilité de les droits du travailleur, il n'y aurait pas, en principe, comme se admettre la hypothèse. Toutefois, comme ni toutes les garanties des travailleurs réfléchissent la protection du État, il y a des avantages privés, donné par le employeur au employé, qui sont passibles de transaction. Également, pour éloigner la supposition de coercion pendant la convention de arbitrage et aussi de fraudes durant le procédure d'arbitrage et dans la prolation de la sentence d'arbitrage, options tels que l'utilisation exclusive du compromis d'arbitrage, au détriment de la clause d'arbitrage, la création de organes spécialisés, de performance indépendante, ou encore la performance du Ministère Public comme arbitre surgissent comme solutions. Alors, il n'y a pas comme se réfuter véhémentement l'arbitrage comme moyen alternatif de composition de disputes de les travailleurs, principalement quand l'espèce est admise en plusieurs de pays, avec résultats satisfaisants. En effet, moyennes alternatives, avec le but de pacifier le milieu social, sans que pour ça il ait sacrifié de garanties minimales, sont admises, une fois adaptées a les particularités de la réalité vécu pour lesquels qui d'elle se vaudront.

Mots-clé: Arbitrage. Droit des Travailleurs. Indisponibilité. Conflits Individuels.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A ARBITRAGEM.....	11
2.1 Formas de Composição de Litígios.....	11
2.2 A Arbitragem. Aspectos gerais.....	12
2.2.1 Conceito e Natureza Jurídica.....	12
2.2.2 Histórico.....	14
2.2.3 Evolução no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	15
2.2.4 Classificação.....	17
2.2.5 Lei 9.307/96. Aspectos gerais.....	18
2.2.6 Espécies de convenção de arbitragem. O Compromisso Arbitral e a Cláusula Compromissória.....	21
2.2.6.1 A Cláusula Compromissória.....	21
2.2.6.2 O Compromisso Arbitral.....	23
2.3 A Constitucionalidade da Lei de Arbitragem.....	24
2.4 Limites impostos à utilização da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio....	26
3 OS DIREITOS TRABALHISTAS.....	29
3.1 Princípio da Proteção.....	29
3.2 Princípio da Irrenunciabilidade e da Intransacionabilidade.....	32
3.3 As Comissões de Conciliação Prévia.....	38
3.4 O Neoliberalismo e a Flexibilização dos direitos trabalhistas.....	39
4 A ARBITRAGEM E OS CONFLITOS TRABALHISTAS.....	47
4.1 Conflitos coletivos e individuais. Diferenciação.....	47
4.2 A Arbitragem nos conflitos coletivos trabalhistas. Previsão Constitucional.....	48
4.3 Conflitos individuais. Possibilidade ou não da utilização da Arbitragem. Diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais.....	49
4.4 Contexto Internacional.....	62
5 CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, consagra o princípio da celeridade processual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Também conhecido como princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, tal norma principiológica preconiza que o trâmite processual deve demorar tão-somente o tempo necessário a fim de alcançar os resultados justos visados por força do devido processo legal. Assim, são coibidas condutas comissivas ou omissivas que importem retardo da prestação jurisdicional, bem como se busca novas formas de pacificação social, sem, contudo, tolher uma tutela jurisdicional eficiente.

Este princípio de índole processual foi inserto no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional 45/2004, e refletiu os anseios sociais pela procura de novas soluções a fim de modernizar a máquina judiciária, repletas de ritos processuais obsoletos e de uma burocracia incompatível com a celeridade que as relações sociais assumiram nestas últimas décadas.

Destarte, em resposta a esse dilema, o Poder Judiciário vem a cada dia se aperfeiçoando a fim de corresponder às aspirações da sociedade, seja através de reformas na legislação processual, seja por meio de realização de concursos públicos para obtenção de novos magistrados e servidores públicos, quer seja por meio de programas de capacitação do corpo funcional já existente. Todavia, constatamos que a realidade brasileira ainda muito se distancia daquela ideal a suprir a demanda que assola as portas dos fóruns e dos tribunais diariamente.

É nesse contexto que ressurge a arbitragem, pela lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, instituto anterior à jurisdição, cujo uso remonta ao âmbito do direito interno e entre as cidades-estados da Babilônia. Reflete referida legislação a preocupação do legislador brasileiro em coadunar o ordenamento jurídico pátrio com as tendências mundiais, bem como oferecer ao corpo social um meio de composição de conflitos alternativo, célere, informal, que prima pela autonomia das partes.

Todavia ao delimitar que somente as “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º), a

Lei de Arbitragem fez surgir diversos questionamentos acerca da sua aplicação em determinados segmentos do direito, como no âmbito do direito do trabalho. De fato, como é ressabido, os direitos trabalhistas são comumente conhecidos pelo ser caráter de indisponibilidade, de tal sorte que, a princípio, não poderiam ser objeto de apreciação do juízo arbitral, ante o dispositivo legal acima citado. Este o posicionamento esposado por grande parte dos operadores do direito.

Entrementes, certos magistrados trabalhistas, alicerçados na opinião de parte considerável da doutrina, começaram a reconhecer a definitividade da sentença arbitral, opondo-se a rediscussão em juízo, da matéria já apreciada por árbitros, ante a inexistência de vícios no consentimento das partes conflitantes.

Para os defensores da utilização da arbitragem na seara laboral, existem direitos trabalhistas passíveis de transação, assim como meios eficazes de suprir a hipossuficiência existente na relação trabalhista, quando da utilização do laudo arbitral, seja por participação de representantes sindicais ou do Ministério Público, seja pela impossibilidade de inserção de cláusula compromissória no contrato laboral, admitindo-se tão-somente o compromisso arbitral, quer seja pela utilização da arbitragem somente após a extinção do vínculo empregatício entre as partes.

Recentemente, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao apreciar o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº-1475/2000-193-05-00, em 15 de outubro de 2008, reconheceu a possibilidade da utilização da arbitragem, uma vez atendidas às exigências insertas na Lei nº 9.307/96. Não obstante tratar-se de decisão recente e, até então isolada naquele sodalício, constatamos que o seu teor causou um considerável impacto da comunidade jurídica e levantou inúmeras discussões acerca do tema, de tal sorte que mister se faz analisar as vertentes existentes acerca da matéria, para, só então, formarmos nosso convencimento sobre a hipótese.

Por conseguinte, o objetivo maior do vertente trabalho consiste em analisar o instituto da arbitragem, mormente qual o âmbito de sua incidência, a fim de perquirir em que situações poderá ser utilizado na seara trabalhista, focalizando-se sempre as peculiaridades de que se reveste tal universo, ante a desigualdade não só jurídica, mas também sócio-econômica que permeia as relações laborais.

2 A ARBITRAGEM

2.1 Formas de Composição de Litígios

A jurisdição, tal como a conhecemos, é uma técnica recente de solução de conflitos no seio da sociedade. Mister investigar, pois, aprioristicamente, outras formas de composição de litígios a fim de compreendê-las e compará-las com o sistema jurisdicional vigente, perquirindo as vantagens e desvantagens de sua utilização, enfocando-se sempre a arbitragem - objeto cerne de nosso estudo.

Três são as espécies de composição de litígios: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. Vejamos cada uma delas e suas subespécies.

Antes do advento da figura estatal, os conflitos sociais normalmente resolviam-se com a predominância dos interesses da parte mais forte, aquela que conseguisse submeter a parte contrária a sua pretensão. Trata-se de uma fase superada historicamente, que, no entanto, encontra resquícios em alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, em que o desforço imediato nas possessórias, o penhor legal, o estado de necessidade e a legítima defesa na esfera penal, são hipóteses legais permissivas e taxativas. Todavia, cumpre destacarmos que, fora dessas escassas situações, deve o agredido procurar o Poder Judiciário para a solução do conflito, sob pena de cometer o crime de exercício arbitrário das próprias razões (Código Penal, art. 345).

Superada a fase da “justiça com as próprias mãos”, observamos que, em um novo momento da história, as partes conflitantes começaram a buscar conjuntamente uma solução para o impasse que as envolvia. Vislumbra-se, aqui, a autocomposição. São três as subespécies de autocomposição: a desistência – renúncia à pretensão; a submissão – renúncia à resistência oferecida à pretensão; e a transação – concessões recíprocas.

Indo além, insta consignarmos a existência de técnicas de transação, como a mediação e a conciliação. Na mediação, não há sugestão ou imposição de soluções, o mediador – neutro e imparcial – apenas auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los, de tal forma que as duas partes saiam beneficiadas. Na conciliação, embora o terceiro sugira a solução, não há imposição; as partes a aceitam se desejarem,

diferenciando-se assim, da Jurisdição e da Arbitragem.

Empós, surge a figura do árbitro, terceiro de confiança dos litigantes, em quem estes se louvam para que resolva o conflito. Inaugura-se, aqui, a heterocomposição. Com o fortalecimento do Estado, a escolha desse árbitro foi gradativamente sendo conferida aos agentes públicos. No direito romano, por exemplo, os conflitantes dirigiam-se ao pretor, para que este investisse o árbitro, por eles escolhido, no encargo de decidir a causa. A partir do século III d.C o próprio pretor passa a conhecer o mérito dos litígios entre os particulares, substituindo, assim o árbitro que antes era escolhido pelas partes. Como afirmam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, “Com ela (esta fase) completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública...”.¹

Destarte, quando o Estado se organiza e adquire o poder de decidir e sujeitar os cidadãos ao cumprimento dessas decisões, surge a tutela jurisdicional, que no entender de Alexandre Freitas Câmara²,

... é a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática.

Quanto à arbitragem, em sua concepção atual, teceremos maiores comentários em tópico próprio.

2.2 A Arbitragem. Aspectos gerais.

2.2.1 Conceito e Natureza Jurídica

De acordo com José Rocha Albuquerque, em seu livro, *A Lei de Arbitragem – uma avaliação crítica*³:

A arbitragem pode ser definida como um meio de resolver litígios civis, atuais e futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 23.

²CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 72

³ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem. Uma Avaliação Crítica**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 23.

Destarte, vemos que a arbitragem é um método de composição de litígios através do qual é outorgada a uma terceira pessoa, o árbitro, poderes para dirimir o impasse existente entre as partes. A arbitragem se caracteriza, primordialmente, pela liberdade de escolha, razão pela qual é chamada de “justiça privada”. A arbitragem, assim como o processo judicial, objetiva dirimir conflitos e choques de idéias, no entanto dele se diferencia, seja pelos métodos utilizados, seja por sua dogmática.

Outrossim, em artigo publicado em sítio da internet, Rodrigo Ferreira Santos e Victor Paulo Kloeckner Pires⁴ definem a arbitragem:

Derivada do latim “arbiter” (juiz, louvado, jurado), arbitragem significa, na linguagem jurídica, o procedimento utilizado na solução de litígios e tem como definição sumária e tradicional, segundo STRENGER, Guilherme Gonçalves (Do Juízo Arbitral, RT 607, p. 31), “a técnica, pela qual a divergência pode ser solucionada, por meio da intervenção de terceiro (ou terceiros, onde é chamado de Juízo Arbitral), indicado pelas partes, onde se presume a confiança de ambas. Isto tudo tendo por base a assinatura da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, onde as partes confiam a alguém a condução dos trabalhos para solucionar os conflitos. E, por fim uma decisão, livre de intervenções estatais, destinadas a assumir eficácia de sentença judicial”.

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, existem diferentes posicionamentos, que se consubstanciam em três correntes: a contratualista, a jurisdicional e a híbrida. Vejamos cada uma delas.

A teoria contratualista enumera diversos pontos a fim de caracterizar a natureza privada do instituto, entre eles: a) a autonomia da vontade das partes, ao passo que, na jurisdição prevalece a vontade do Estado-Juiz; b) não possuir o árbitro, poder de império; c) a necessidade da participação do Poder Judiciário na execução da sentença arbitral e, por fim, d) a imprescindibilidade da celebração da convenção de arbitragem.

Por sua vez, a teoria jurisdicional assevera que, não obstante serem os árbitros designados pelas partes, é da lei que deriva o poder de julgar. Destarte, os árbitros seriam verdadeiros juízes no exercício privado de funções públicas. De fato, como aduz José de Albuquerque Rocha⁵,

A arbitragem tal como prevista na Lei brasileira, é, indiscutivelmente, exercício da atividade jurisdicional desenvolvida por agentes privados (árbitro ou árbitros). Categorização que não deve causar nenhuma admiração, pois cuida-se de situação muito comum no direito, esta de agentes privados exercitarem poderes públicos, seja por delegação constitucional, legal ou contratual. Sirvam de exemplo outros serviços públicos realizados por particulares, como educação, saúde, registros públicos, tabelionatos.

⁴ SANTOS, Rodrigo Ferreira; PIRES, Victor Paulo Kloeckner. **Arbitragem Internacional: Uma análise à luz da legislação brasileira**. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/17333>>. Acesso em: 19 mar. 2009.

⁵ ROCHA, José de Albuquerque., op. cit., 2008. p. 14

Com o advento da Lei 9.307/96, a teoria jurisdicional ganhou novo impulso, ante a desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Judiciário e pela equiparação, para efeitos penais, dos árbitros aos funcionários públicos, bem como, para fins processuais, ser o árbitro “juiz de fato e de direito”. Outrossim, não obstante não poder se valer de medidas coercitivas ou acautelatórias, é o árbitro que decide ou não pela utilização dessas medidas e as requer ao Judiciário.

Preferimos nos filiar a terceira vertente, segundo a qual a natureza da arbitragem seria mista. De fato, a fase que antecede o processo arbitral é eminentemente contratual, tendo por base cláusula contratual ou compromisso arbitral, nos quais se encontra inserta a vontade das partes em se valerem da heterocomposição. Somente, posteriormente, com a intervenção do árbitro, é que vislumbramos a fase jurisdicional, na qual é dito o direito aplicável à espécie, razão pela qual seria a arbitragem uma instituição complexa, uma síntese de elementos privados e públicos: privados em sua origem e público quanto aos seus efeitos.

Sintetizando com muita propriedade, José de Albuquerque Rocha⁶, assevera que:

Traduzindo isso em terminologia normativista mais precisa, diríamos ser a arbitragem uma realidade que tem por base uma atividade contratual privada que a lei toma em consideração, erigindo-a à categoria de fato jurídico, para o fim de imputar-lhe efeitos jurisdicionais, qualificados pela coisa julgada, que é uma característica essencial da atividade jurisdicional.

2.2.2 Histórico

Como visto alhures, a arbitragem fora uma das principais formas de solução de litígios, antecedendo, inclusive, a jurisdição.

Um dos primeiros registros de utilização da arbitragem, por volta de 3.000 anos a.C., ocorreu na Babilônia, no âmbito do direito interno e entre as cidades-estados.

Na Grécia antiga, um dos principais marcos foi o tratado celebrado entre Esparta e Atenas, em 445 a.C., no qual se constata a existência de cláusula compromissória expressa. A arbitragem era também comumente utilizada a fim de solucionar as contendas cotidianas, podendo vir a ser compromissória ou obrigatória. Os compromissos especificavam o objeto do litígio e os árbitros eram indicados pelas partes. A publicação da decisão arbitral se dava pela afixação de plaquetas de mármore ou de metal nos templos das cidades.

⁶ Ibid, p. 14

Todavia, é no Direito Romano que encontramos os vestígios mais concretos de utilização da Arbitragem. Em Roma, desde 754 a.C., os procedimentos arbitrais contavam com a figura do pretor, que era encarregado de preparar a ação, enquadrando-a nos limites da lei, encaminhando-a, posteriormente, para julgamento, este realizado por um *iudex* ou *arbiter* - pessoas idôneas, escolhidas pelas partes conflitantes e que não compunham, necessariamente, o corpo funcional romano. Importante salientar que a arbitragem, em Roma, apresentava-se em sua modalidade obrigatória, antecedendo, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada.

Com o advento do período da *extraordinem cognitio*, entretanto, a centralização do poder tornou-se cada vez mais forte – principalmente no *principado* e no *dominato*, na figura dos imperadores, dos césares –, o que resultou na administração da justiça pelos magistrados, em detrimento da liberdade privada existente até então.

No período Justiniano, o procedimento arbitral, em razão do despontamento de diversas disposições legais, tais como, formas de julgamento, casos de suspeição, formas de constituição, tornou-se um tanto quanto complicado, o que ocasionou o recuo desta forma de composição de litígios naquela época.

Na Idade Média, ante a forte atuação da Igreja Católica, a maioria dos conflitos, seja nas relações internas, seja nas externas, era dirimida pelo Papa, árbitro supremo, ou pelos bispos, árbitros investidos de poderes.

Durante a Idade Moderna, com o fortalecimento das monarquias absolutistas, a arbitragem foi vista com maus olhos, sentimento este que perdurou durante os séculos XV a XVIII.

Tanto no direito mulçumano, quanto no direito talmúdico, encontramos vestígios da utilização da arbitragem, principalmente no que se refere aos litígios oriundos de relações familiares, que comumente possuíam como árbitros líderes religiosos ou integrantes do próprio seio familiar.

2.2.3 Evolução no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Tratado de Tordesilhas, assinado em 1494, reiteradamente é citado como o marco inicial do uso da arbitragem na história do Brasil. Com efeito, ao se valerem da

intervenção do Papa Alexandre VI, para dirimir impasse acerca de limites territoriais, os dois estados europeus optaram pelo instituto da arbitragem internacional.

Posteriormente, as Ordenações Filipinas, primeiro ordenamento jurídico a vigorar no Brasil-Colônia, previu no Título XVI, Livro II, a figura dos “Juízes Árbitros”, bem como a possibilidade de recursos das decisões arbitrais. Tal regramento vigorou até a promulgação da Constituição de 1824, a qual extinguiu a possibilidade de recursos.

Em 25 de junho de 1850 entrou em vigor no Brasil através da Lei n.º 556, o Código Comercial Brasileiro, que estabelecia a justiça arbitral obrigatória nos contratos de locação mercantil. Foi neste mesmo ano que a arbitragem no Brasil começou a ter regramento próprio, através do regulamento n.º 737, que no artigo 411 ao artigo 475, abordava a arbitragem submetida à iniciativa privada, tornando-a obrigatória em alguns assuntos comerciais.

Importante incidente, no qual restou evidenciada a utilização da arbitragem na história do Brasil, foi a Questão Christie, impasse diplomático envolvendo Brasil e Inglaterra, solucionado pelo Rei Leopoldo I, da Bélgica, que concedeu laudo favorável ao Brasil, resultando no reatamento entre os dois países.

Através da Lei n.º 1.350, de 13 de setembro de 1866, revogou-se o juízo arbitral. Já em 26 de junho de 1867, sob influência das relações marítimas volta-se a falar da justiça arbitral com o Decreto n.º 3.900.

O Código Civil de 1916, em seus artigos 1.037 a 1.048, instituiu a arbitragem como forma de solução de pendências judiciais ou extrajudiciais. Também o Código de Processo Civil, de 1932, previa o uso de tal instituto. Importante salientar que, após a reforma de 1973, a legislação processual brasileira restringiu o alcance da sentença arbitral, condicionando-a à homologação pelo juiz originalmente competente para o julgamento da causa.

Em 1986, por meio da Lei n.º 31, a arbitragem voluntária ganha nova regulamentação, assim como pelo Decreto-Lei n.º 425 de 27 de dezembro de 1986, que autoriza a criação de centros a funcionar, institucionalizada e permanentemente, a arbitragem, como que profissionalizando a atividade.

Na ânsia de coadunar o país com o moderno conceito do instituto, tramitaram no Congresso Nacional, somente na década de 80, três Anteprojeto de Lei sobre tema. A

atividade legislativa resultou, em 23 de setembro de 1996, na promulgação da Lei nº 9.307, que revogou todas as disposições legais anteriores contrárias.

A novel legislação tornou o instituto mais moderno e ágil, prescindindo de homologação judicial e recurso aos Tribunais, como ocorria anteriormente, o que tornava extremamente morosa a obtenção de um resultado final.

Contudo, novos impasses surgiram, ora se questionando a constitucionalidade de tal legislação, ante o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, ora delimitando seu campo de incidência nas áreas trabalhista, administrativa e consumerista, por exemplo.

Tais matérias serão melhores apreciadas nos tópicos a seguir.

À guisa de fecho, impende destacar outros diplomas legais que contemplam o instituto da arbitragem, como a Lei nº 9.099 de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; a Lei nº 10.101 de 2000 que cuida da participação dos trabalhadores sobre o lucro e resultado das empresas, bem como o atual Código Civil que reafirma a importância e as condições de admissibilidade da arbitragem no Direito brasileiro, em seus artigos 851 a 853.

2.2.4 Classificação

A doutrina comumente apresenta cinco critérios, a fim de classificar as várias espécies de arbitragem, vejamos cada um deles.

Quanto à compulsoriedade, a arbitragem poder ser voluntária, quando escolhida livremente pelas partes, ou obrigatória, quando imposta pela lei. Cumpre frisarmos que no ordenamento brasileiro não há, em hipótese alguma, a obrigatoriedade da convenção de arbitragem, pois, caso contrário, haver-se-ia ofensa direta ao inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, que consigna o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

No que tange ao procedimento a ser adotado, poderá ser a arbitragem formal ou informal. A primeira observará as regras insertas na lei nº 9.307/96, e surtirá os efeitos por ela previstos. Contudo, optando as partes por outras regras, que não sejam previstas em lei, não poderão estas (as partes) argüir os efeitos legais atribuídos à arbitragem formal, tais como, a garantia da coisa julgada e o valor de título executivo da sentença condenatória do árbitro.

Quanto ao critério a ser utilizado para dirimir o impasse, poderá o árbitro se valer da equidade, segundo seu sentimento de justiça, ou de regras de direito, aplicando normas de direito positivo.

No que diz respeito à organização e administração, temos a arbitragem institucional e a arbitragem *ad hoc*. A primeira é estruturada por instituições não-governamentais, tais como tribunais ou cortes arbitrais, a quem as partes encarregam o controle de todos os aspectos da arbitragem, fornecendo aquelas as normas sobre procedimento, serviços de secretaria, assistência jurídica, relação de árbitros capazes e independentes, tarifas de serviços, etc. A arbitragem *ad hoc* é aquela regulada pelas próprias partes, durante a convenção arbitral, designando árbitros e o rito a ser observado.

Por fim, quanto ao âmbito espacial de validade, poderá ser interna, quando proferida a sentença arbitral em território nacional; ou internacional, quando prolatada fora do território nacional (art. 34, parágrafo único, da lei nº 9.307/96). Para que tal decisão tenha validade, vindo a ser reconhecida e executada no Brasil, é necessária sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art.105, letra *i*, da Constituição Federal, observando-se as regras dos art. 34 e ss. da Lei de Arbitragem.

2.2.5 Lei 9.307/96. Aspectos gerais.

Como já delineado em linhas transatas, no Brasil, a regulamentação do procedimento arbitral somente se deu, de maneira sistemática, em 1996, por meio da lei nº 9.307, que estabeleceu normas acerca dos requisitos imprescindíveis ao uso da arbitragem, do procedimento a ser adotado, dos árbitros, bem como da sentença arbitral.

Passemos, pois, às condições previstas em lei, para a utilização do instituto da arbitragem.

Em seu art. 1º, a Lei da Arbitragem preconiza: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Vemos, portanto, que mister se fazem duas condições: que ao buscarem o juízo arbitral, sejam as partes capazes de contratar e que o objeto do impasse, a ser solucionado via arbitral, refira-se a direitos patrimoniais disponíveis.

Cumpra analisarmos cada uma destas exigências.

A priori, no que tange a capacidade de contratar, requisito subjetivo, despicienda uma análise aprofundada, vez que capaz é toda pessoa que preenche as condições enumeradas no Código de Direito Civil. Insta salientar, entretanto, que o código não diz quem é capaz, ao contrário, ele apenas enumera as hipóteses de incapacidade absoluta ou relativa. Por exclusão, plenamente capaz é todo aquele que não está incluso em uma das situações descritas nos arts. 3^a ou 4^o do CC.

Art. 3^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
 I - os menores de dezesseis anos;
 II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
 III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4^o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
 I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
 II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
 III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
 IV - os pródigos.
 Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Há autores⁷, contudo, que vão além, e vislumbram, outrossim, a possibilidade de pais, tutores ou curadores, poderem representar ou assistir incapazes, firmando cláusulas ou compromissos arbitrais que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis desses incapazes, uma vez circunscritos aos limites de mera administração. Contudo há aqueles, como José de Albuquerque Rocha⁸, que somente admitem essa hipótese quando haja a autorização da autoridade judicial competente, com a prévia audiência do Ministério Público, “já que a participação na arbitragem excede os poderes de mera administração”.

Além da capacidade geral, é necessário que as partes possuam capacidade especial, ou seja, legitimação para certos negócios, em determinadas circunstâncias.

De fato, de acordo com Maria Helena Diniz⁹

A capacidade especial ou *legitimação* distingue-se da capacidade geral das partes, para a validade do negócio jurídico, pois para que ele seja perfeito não basta que o agente seja plenamente capaz; é imprescindível que seja parte legítima, isto é, que tenha competência para praticá-lo, dada a sua posição em relação a certos interesses jurídicos.

Por conseguinte, quer-nos parecer que somente podem convencionar a arbitragem

⁷ SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 26

⁸ ROCHA, José de Albuquerque., op. cit., ibid. 2008, p.31.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva. 2005. v.1.p. 427.

aqueles que possuam legitimidade específica em relação ao bem litigioso. Assim, por exemplo, não poderia o marido valer-se do juízo arbitral para dirimir conflito acerca de bens imóveis pertencentes ao casal, sem a outorga uxória, exceto se o regime de bens for o de separação absoluta.

Quanto ao segundo requisito, de ordem objetiva, há que se investigar qual o seu alcance, vez residir neste grande parte da celeuma que ora é analisada.

Vários são os autores que tentam conceituar o que sejam *direitos patrimoniais disponíveis*, de tal sorte que necessário se faz reproduzir alguns pensamentos, a fim de estabelecermos um parâmetro adequado ao nosso estudo.

Vólia Bomfim Cassar, em sua obra, *Direito do Trabalho*¹⁰, caracteriza os direitos patrimoniais como: “... os direitos suscetíveis de serem avaliados em dinheiro, isto é, aqueles em que é possível se atribuir valoração econômica, expressão monetária”. Adiante, quanto à disponibilidade, assevera: “Disponíveis são os direitos cujos interesses são particulares, suscetíveis de circulabilidade”.

Para Luiz Antonio Scavone Junior¹¹,

“Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade. [...] A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação”.

Luiz Antunes Caetano, por sua vez, aduz que direitos patrimoniais disponíveis são¹²:

Todos os direitos que têm conteúdo de ordem patrimonial ou econômica dos quais se pode dispor. Isto é, dar, usar, gozar, negociar, fornecer, comercializar, ceder, emprestar ou mesmo renunciar. Simplesmente todo ato ou fato entre pessoas, firmas ou empresas particulares que possam ser objeto de qualquer contrato, seja por instrumento particulares ou públicos, verbais, por carta, e-mail etc;

De acordo com Cassio M. C. Penteado Junior¹³:

De forma sintética, parece possível afirmar, de logo, que o direito é disponível, quando é possível de ser transacionado, vale dizer, seu titular pode dispor sobre o direito que detém. Nessa simplificação, admite-se, portanto, uma categorização entre direitos disponíveis e indisponíveis, esses últimos dispostos em uma esfera tal, geralmente de natureza pública, que obsta – em princípio – a renúncia, a cessão, a transferência, ou, genericamente, qualquer espécie de transação. Contudo, a lei de

¹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2ªed. Niterói: Impetus. 2008.p. 221

¹¹ SCAVONE JR., Luiz Antonio., op. cit., 2009, p.28

¹² CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**. São Paulo: 2002. p. 17 e 57.

¹³PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C. **Os direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5360>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

regência da arbitragem, como se nota, não se limita ao quesito de disponibilidade do direito para admiti-lo ao procedimento arbitral, mas, acresce o conceito de patrimonialidade, portanto, nessa linha, seria admissível considerar-se que, de plano, exclui-se do campo da mediação os direitos não disponíveis que não apresentam, em geral, conteúdo patrimonial, como, por exemplo, os direitos individuais e coletivos, ditos fundamentais.

Destarte, depois destas considerações, podemos extrair alguns elementos essenciais, que se mostram presentes na maioria das definições acima transcritas.

No que tange à patrimonialidade, vemos que as idéias de valoração econômica, bem como de direito obrigacional retratam muito bem essa faceta das espécies de direito que se submetem ao crivo do juízo arbitral. De fato, os direitos patrimoniais expressam-se monetariamente e comumente são objetos de contratos.

Outro aspecto importante refere-se à disponibilidade desses direitos. Não basta que possuam expressão econômica; é necessário que sejam passíveis de circulabilidade, ou seja, que seus titulares possam livremente deles dispor, sem a incidência de normas cogentes, de caráter público, que venham a restringir a alienação, transação, uso, gozo, negociação ou renúncia deles.

2.2.6 Espécies de convenção de arbitragem. O Compromisso Arbitral e a Cláusula Compromissória

A Lei de Arbitragem prevê duas espécies de convenção de arbitragem, são elas, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Por possuírem naturezas e efeitos distintos, o legislador preferiu discipliná-las separadamente nos arts. 4º ao 8º e nos arts. 9º ao 12, respectivamente.

2.2.6.1 A Cláusula Compromissória

Dispõe o art. 853 do Código Civil: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

Outrossim, o art. 4º, da lei nº 9.307/96: “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”.

Podemos, pois, depreender dos dispositivos acima colacionados que, por meio da cláusula compromissória, é possível que as partes contratantes estabeleçam o juízo arbitral como o competente para dirimir conflitos que porventura possam surgir da relação contratual que ora se inicia.

A principal característica da cláusula compromissória é, portanto, sua anterioridade ao conflito, e nisto se diferencia do compromisso arbitral, o qual será melhor analisado adiante.

Ademais, impende destacar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato cujo conteúdo se refere, uma vez constituir negócio jurídico com individualidade própria. Dessarte, a nulidade do contrato não enseja a nulidade da cláusula (art. 8º, da Lei de Arbitragem).

Ante as peculiaridades que a envolvem, a cláusula compromissória possui regramento específico. De fato, essa cautela legal se deve à existência de riscos maiores, vez que as partes, ao a estipularem, ignoram a natureza, dimensões e conseqüências do litígio que porventura irá surgir em decorrência da execução contratual.

A doutrina aponta duas espécies de cláusula compromissória. A primeira é conhecida como cláusula “vazia”. Nela as partes simplesmente acordam submeter futuros impasses ao juízo arbitral, sem, contudo, disciplinarem as regras para a instauração e processamento da arbitragem. Trata-se de um contrato preliminar. Destarte, sem a indicação dos árbitros, ou instituições arbitrais que decidirão o conflito, bem como sem a especificação das regras a serem aplicadas no caso concreto, as partes serão obrigadas, ante o surgimento do conflito, a pactuarem compromisso arbitral, a fim de que estabeleçam o regramento a ser utilizado.

Caso não haja consenso entre as partes em firmar o compromisso arbitral, poderá a parte interessada acionar o Poder Judiciário, a fim de que seja o outro contratante citado para a lavratura do compromisso, ou recusando-se este a firmá-lo, ou não comparecendo em juízo, caberá ao magistrado substituir a vontade dos contendores e impor por sentença as regras que regerão a arbitragem (art. 6º e 7º da lei nº 9.307/96).

A segunda espécie é conhecida como cláusula “cheia” e nela encontram-se consubstanciados todos os requisitos previstos para a convenção do compromisso arbitral, de tal sorte que, ante o advento de qualquer impasse, prescindível se fará novo ajustamento, uma vez já estabelecidas todas as regras para a instauração do juízo arbitral.

2.2.6.2 O Compromisso Arbitral

Segundo Luiz Antonio Scavone Junior¹⁴, “O compromisso arbitral nada mais é que a convenção de arbitragem mediante o qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido através da solução arbitral [...]”.

O art. 9º da Lei de Arbitragem (L.A.) preconiza que o compromisso arbitral poderá ser judicial ou extrajudicial. O primeiro será celebrado por termos nos autos e extinguirá o feito sem resolução de mérito nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, ao passo que o segundo será firmado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

São requisitos imprescindíveis à validade do compromisso arbitral extrajudicial (art.10 da L.A.): a) o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; b) o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; c) a matéria que será objeto da arbitragem; e d) o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

O art. 11, da LA, prevê outros elementos, que, no entanto, são facultativos, tais como: o local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; o prazo para apresentação da sentença arbitral; a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; entre outros.

¹⁴ Ibid. p. 89

2.3 A Constitucionalidade da Lei de Arbitragem

Com o advento da Lei 9.307/96, surgiram várias questionamentos acerca da constitucionalidade deste instituto, face ao princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, previsto no inciso XXXV, do art. 5º, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Todavia, em 12 de dezembro de 2001, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206-7¹⁵, declarou, incidentalmente, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, segundo ementa, a seguir reproduzida:

EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento,por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. **2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF.** A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). **3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte**

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 5206. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Advogados: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Agravado: Resil Industria e Comercio Ltda. Advogados: Marcia Serra Negra e André Carmelino Alves e outros. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=\(5206.numere.%20ou%205206.acms.\)&base=baseacordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=(5206.numere.%20ou%205206.acms.)&base=baseacordaos). Acesso em: 30 mar. de 2009.

recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).(destaques nossos)

Como é ressabido, o princípio da inafastabilidade, direcionado ao legislador infraconstitucional, visa evitar a elaboração de normas jurídicas que impeçam, ou restrinjam, àquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que se sinta lesado em sua pretensão, o acesso ao Poder Judiciário.

Ocorre que a Lei de Arbitragem não veio impedir o acesso ao Judiciário, ao contrário; ela surge como um meio alternativo, que busca solucionar os conflitos sociais de maneira mais célere. Não há em momento algum, a imposição, por parte do legislador, em submeter todos ou certos litígios à arbitragem. As partes são livres para se socorrerem desse meio alternativo de heterocomposição quando bem lhes aprouver.

Outrossim, como visto alhures, a lei preconiza que somente direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de apreciação do juízo arbitral, bem como que somente as partes capazes de contratar podem se valer dessa forma alternativa. Vemos, portanto que o legislador pátrio manteve-se cauteloso quanto aos direitos de ordem pública, que são indisponíveis e não podem ser livremente pactuados pelas partes, uma vez estarem em jogo não só os interesses das partes, mas também de todo o corpo social.

Destarte, podemos concluir que, se à época da celebração da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, as partes eram capazes e o direito, objeto litigioso, era patrimonial e disponível, válida será a convenção de arbitragem, não havendo que se falar em malferimento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, excetuando-se, claro, os casos em que haja algum vício de consentimento, o que permitirá a apreciação do poder estatal, ensejando a nulidade da sentença arbitral.

À guisa de fecho, transcrevemos a seguir manifestação do então Procurador Geral da República, à época da prolação do mencionado julgado, Geraldo Brindeiro, citada por Luiz

Scavone Junior, em seu Manual de Arbitragem¹⁶:

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

2.4 Limites impostos à utilização da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio.

Certas matérias, ante seu caráter de indisponibilidade, não podem ser objeto de convenção de arbitragem. Com o intuito de traçarmos adiante um paralelo com o objeto de nosso estudo – os conflitos individuais de trabalho -, analisaremos, aqui, algumas relações jurídicas que não se submetem ao juízo arbitral.

O Código de Defesa do Consumidor veda no art. 51, inciso VII, a estipulação contratual, nas avenças de consumo, que determine a utilização compulsória da arbitragem. Buscou o legislador, desta forma, proteger a parte mais vulnerável da relação jurídica; o consumidor. Com efeito, antes de instaurado o conflito, não há como se saber qual a extensão da contenda que porventura surgirá, bem como suas conseqüências. Destarte, visando resguardar a garantia constitucional do acesso ao Judiciário, a lei proíbe a inserção de cláusula compromissória nos contratos consumeristas.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu¹⁷:

ACÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS - ARBITRAGEM - ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. - Em se tratando de relação de consumo, é possível que se modifiquem as cláusulas que

¹⁶ SCAVONE JR., op. cit., 2008, p.70.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0702.06.319785-0/002(1). Relator: Elpídio Donizetti. Apelante: Jefferson Gitirana Neto. Apelado: Construtora RCG Ltda. Belo Horizonte, 10 de março de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=6&txt_processo=319785&complemento=002&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 11 abr. 2009.

destoem das disposições do CDC (art. 6º, V), mormente as que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV do CDC). - Nos de contratos de adesão, é nula de pleno direito cláusula contratual que prevê arbitragem compulsória (art. 51, VII do CDC). O princípio da autonomia privada, aqui, é mitigado por princípios outros, como o da igualdade, da boa-fé e da função social do contrato, o que se justifica em razão da evidente vulnerabilidade de um dos contratantes, que será obrigado a se sujeitar às cláusulas impostas pelo outro, se com ele quiser contratar.

Contudo, no que tange ao compromisso arbitral, não vislumbramos nenhum óbice a sua utilização, haja vista que, ao deparar-se com o conflito já deflagrado, pode o consumidor optar pelo Poder Judiciário ou pela arbitragem, conforme lhe aprouver. Contudo, cumpre ressaltarmos a opinião de parte da doutrina que só vislumbra essa possibilidade quando seja facultado ao consumidor escolher o órgão julgador, devendo recair esta escolha na pessoa de algum órgão técnico em defesa do consumidor, como o PROCON (Programa de Proteção e Orientação ao Consumidor) ou o SEDECOM (Serviço de Defesa do Consumidor), na de advogado especializado ou na de outra pessoa qualquer, desde que esta goze da plena confiança da parte hipossuficiente.¹⁸

Por fim, não há que se falar em derrogação da vedação imposta pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) pela Lei de Arbitragem, pelo fato de esta ser posterior àquele, pois, como é ressabido, o CDC constituiu um microsistema próprio, de tal sorte que prevalece *in casu* o critério da especialidade - *lex specialis derogat legi generali*.

No que tange aos contratos de adesão *latu sensu*, cremos não existir qualquer empecilho legal à convenção de arbitragem, seja por meio de cláusula compromissória, seja por compromisso arbitral. Todavia, há que se salientar que, tratando-se de contrato que envolva relação consumerista, será admissível tão somente a modalidade do compromisso arbitral, pelas razões já expendidas acima.

Voltando aos contratos de adesão, cumpre observarmos que algumas cautelas se fazem necessárias quando da utilização da cláusula compromissória, isto porque, como sabemos, nesta espécie contratual

um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro [...] aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. Esses contratos ficam, portanto, ao arbítrio exclusivo de

¹⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Conflitos de consumo e juízo arbitral**. Disponível em: <<http://74.125.93.104/search?q=cache:rkgVGqHCMH0J:www.grupos.com.br/group/direitosdifusosecoletivos/Messages.html%3Faction%3Ddownload%26year%3D08%26month%3D2%26id%3D1202732938151520%26attach%3DLEIARBIT-.DOC+Procurador+de+Justi%C3%A7a+Jos%C3%A9+Geraldo+de+Brito+filomeno+ arbitragem+consumidor&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR>> . Acesso em 05 maio 2009.

uma das partes – o polícitante, pois o oblato não pode discutir ou modificar o teor do contrato ou as suas cláusulas¹⁹.

Destarte, preconiza a L.A. que, a instituição da cláusula compromissória, nos contratos de adesão, deve ser feita por escrito, mesmo que por correspondência digital no bojo do contrato ou em documento apartado (aditivo contratual); que haja destaque em negrito e que haja assinatura específica para a cláusula arbitral no bojo do contrato ou em documento anexo (art. 4º, §2º).

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. v.3.p. 95

3 OS DIREITOS TRABALHISTAS

3.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção objetiva, primordialmente, retificar, compensar, no plano jurídico, o desequilíbrio existente no plano fático do contrato de trabalho - no qual se constata a diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia - a fim de criar uma superioridade jurídica em favor do empregado, ante sua condição de hipossuficiência.

Fácil constatar-mos que tal princípio constitui o fundamento basilar de todo o ordenamento justralhista, servindo com pressuposto a todos os demais princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.

A doutrina comumente apresenta três princípios corolários do princípio da proteção: o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica e o princípio *in dubio pro operario*. Vejamos cada um deles.

No entendimento de Maurício Godinho Delgado²⁰, o princípio da **norma mais favorável**

... dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

De fato, ao elaborar a norma de cunho trabalhista, deve o legislador buscar tutelar, da maneira mais eficaz, os direitos do obreiro, tendo em vista sua condição de vulnerabilidade. Contudo, aqui, vislumbramos apenas a função informativa deste princípio, haja vista que não há um caráter normativo, configurando-se mais como uma *fonte material*, no entender de Godinho.

Uma vez superada a fase de elaboração da norma, cabe ao exegeta, havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, observar a que for mais favorável ao trabalhador. Neste ponto, o Direito do Trabalho distancia-se de outras áreas do direito, uma

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr. 2007. p. 199

vez que “não há um respeito à hierarquia formal da norma e sim, em cada caso, à fonte que for mais benéfica ao empregado, desde que esteja acima do mínimo legal, prevalecerá a norma que lhes trazer mais benefícios.”²¹

Dúvidas surgem ao se aplicar este princípio, uma vez que, como visto acima, o critério de hierarquia não serve para dissolver o conflito de normas. Três são as correntes que buscam solucionar o impasse: a teoria da *acumulação*, segundo a qual cabe ao intérprete retirar de cada uma das fontes, objeto de comparação, as disposições mais favoráveis ao empregado e reuni-las, aplicando-as ao caso concreto; a teoria do *conglobamento*, que defende a comparação “em conjunto”, ou seja, verifica-se qual fonte é mais favorável, na sua integralidade, aplicando-a inteiramente, em detrimento das demais; e por fim, a teoria do *conglobamento por instituto*, que apresenta como alternativa a comparação entre grupos homogêneos de matérias (institutos), de uma e de outra norma.

Alice Monteiro de Barros assevera que o ordenamento jurídico brasileiro filiou-se a terceira vertente, consoante se depreende do art. 3º, inciso II, da lei nº 7.064/82, *in verbis*: “a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, **no conjunto de normas e em relação a cada matéria.**” (destaque nosso).

Por fim, no que tange à interpretação das normas, se, mesmo após a aplicação das regras de Hermenêutica Jurídica, deparar-se o aplicador do direito com dois ou mais resultados interpretativos consistentes, deverá proceder à aplicação da regra mais benéfica ao obreiro.

O **princípio da condição mais benéfica** busca resguardar situações pessoais vantajosas que foram incorporadas ao patrimônio do trabalhador, sejam oriundas da lei, do contrato de trabalho, do regimento interno ou da norma coletiva. “É a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), do fato de o trabalhador já ter conquistado certo direito, que não pode ser modificado, no sentido de se outorgar uma condição desfavorável ao obreiro.”²².

Vólia Bomfim Cassar vislumbra quatro requisitos a ensejar sua aplicação, quais sejam, a existência de condição mais favorável que a legal ou a contratual; a habitualidade na concessão da benesse, salvo quando o benefício foi concedido de forma expressa (oral ou

²¹ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., 2008, p.192.

²² MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2002. p 76.

escrito); concessão voluntária e incondicional e, por fim, não haver impedimento legal para a incorporação da condição ao contrato.

Contudo, existem exceções à aplicabilidade deste princípio. Com efeito, se a situação que originou o benefício foi temporária e se esvaiu, não há que se falar em manutenção da benesse outrora usufruída. Outrossim, condições malélicas ao trabalhador não são passíveis de incorporação. Neste sentido²³:

SÚMULA Nº 367 UTILIDADES "IN NATURA". HABITAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. VEÍCULO. CIGARRO. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 24, 131 e 246 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A habitação, a energia elétrica e veículo fornecidos pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis para a realização do trabalho, não têm natureza salarial, ainda que, no caso de veículo, seja ele utilizado pelo empregado também em atividades particulares. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 131 - inserida em 20.04.1998 e ratificada pelo Tribunal Pleno em 07.12.2000 - e 246 - inserida em 20.06.2001)

II - O cigarro não se considera salário utilidade em face de sua nocividade à saúde. (ex-OJ nº 24 da SBDI-1 - inserida em 29.03.1996) (destaques nossos)

Constatamos, portanto, que o princípio da cláusula mais benéfica assemelha-se ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, insculpido no art. 468 da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

Conhecido também como princípio *in dubio pro misero*, o **princípio in dubio operario** consiste basicamente em assegurar a interpretação mais favorável ao trabalhador, em caso de dúvidas, conquanto não afronte a *mens legis*. Tal princípio - transposição adaptada do princípio penal *in dubio pro reo* - visa proteger o devedor (empregado), presumidamente mais frágil, em face do credor (empregador).

Sua aplicação é constantemente alvo de questionamentos, uma vez que, para alguns²⁴, afrontaria o princípio jurídico do juiz natural. Isso porque, ao transportar o princípio *in dubio pro operario* para esfera processual trabalhista, obrigar-se-ia o julgador a decidir em benefício do trabalhador, em caso de dúvidas no exame de situações fáticas concretas, quando que nem sempre a parte hipossuficiente da relação jurídica é o empregado²⁵.

²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 367. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html> Acesso em: 02 maio 2009.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. op.cit, 2007, p. 213.

²⁵ Interessante é a situação narrada por Francisco Meton Marques de Lima ocorrida na Vara do Trabalho de Quixadá /CE:. “Diante do pretório, o empregado e o patrão, ambos com sintoma de infinita pobreza; o primeiro reclama soma elevada de diferença salarial, 13º, férias, horas extras, salário-família, indenização de antigüidade,

Creemos, portanto, que a aplicação da regra do *in dubio pro operario* deve se dar cautelosamente diante do caso concreto, sob pena de acarretar desigualdades maiores as já existentes, ou, por vezes, decidir arbitrariamente, o magistrado, em favor de quem não faz *jus* à tutela jurisdicional pleiteada.

Após as considerações acima expendidas, podemos concluir, em consonância com Maurício Godinho que “...sem a idéia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente”²⁶. De fato, como se verá adiante, o surgimento do Direito do Trabalho teve seu nascedouro justamente na necessidade de tutelar os interesses da parte mais fraca da relação empregatícia: o trabalhador, razão pela qual o princípio protetor se apresenta como o pilar de toda a esfera trabalhista.

3.2 Princípios da Irrenunciabilidade e da Intransacionabilidade

Antes de adentrarmos no tema, é necessário explanarmos sobre alguns conceitos que serão de grande valia para uma análise acurada da incidência de tais princípios na esfera trabalhista.

Não obstante havermos feito algumas considerações no tópico referente aos meios de composição de litígios, impende reavivar algumas idéias e construir outras acerca do que venha a ser renúncia, transação, composição e conciliação.

Renúncia é ato unilateral, no qual há o despojamento de um direito, sem que haja uma correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia. Transação, por sua vez, é ato bilateral, onde as partes, mediante concessões recíprocas, acertam direitos ou obrigações.

Diferencia-se da transação, a composição. Enquanto naquela há concessões recíprocas, aqui há o reconhecimento da titularidade de um direito, com a assunção da respectiva obrigação. Por fim, temos a conciliação. Trata-se de um negócio jurídico, no qual um terceiro imparcial e alheio ao conflito oferece informações e propõe alternativas que

anotações de CTPS; o reclamado não sabe sequer se manifestar em contestação, limita-se a dizer que não tem condição financeira para pagar qualquer indenização, mesmo com prejuízo do sustento próprio e da família (claro que expresso em linguagem coloquial); o Juiz-Presidente propõe a conciliação e para a surpresa de todos, o reclamado oferece a bodega ao reclamante na condição de este o empregar com carteira assinada e salário-mínimo. O reclamante rejeitou a proposta, dizendo que a bodega (contra a qual reclamava) não suportava tal encargo”. Cf.: LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994. p. 81-82

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. op.cit., 2007, p.198.

podem, ou não, serem aceitas pelos conflitantes, sem qualquer espécie de imposição.

Findas essas considerações iniciais, começaremos agora o estudo da (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz uma série de prescrições, insculpidas nos arts. 9º, 444 e 468, que traduzem bem a intenção do legislador pátrio em resguardar os direitos laborais, inclusive do próprio obreiro, ao retirá-los da sua esfera de disponibilidade.

Vejamos o que dispõem os referidos artigos:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Todavia, tanto a doutrina como a jurisprudência não são assentes em delimitar a esfera de disponibilidade dos direitos trabalhistas. Há autores que defendem a existência de direitos absolutamente indisponíveis e relativamente indisponíveis, de tal sorte que somente estes últimos seriam passíveis de transação. Outros, somente aceitam a disponibilidade daqueles direitos de ordem privada. Há também quem defenda a possibilidade de transação somente após o término da relação contratual. Por fim, há autores que vedam qualquer espécie de disponibilidade, excetuando-se tão-somente as situações previstas em lei. Vejamos, pois, em que consiste cada uma das vertentes acima citadas.

Godinho classifica os direitos trabalhistas em absolutamente e relativamente indisponíveis. Os primeiros seriam aqueles que retratam o interesse público e que garantem um “patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”²⁷. Já os direitos relativamente disponíveis seriam os que traduzem interesses individuais ou bilaterais simples e, desde que não houvesse efetivo prejuízo ao empregado, poderiam ser objeto de transação.

Vólia Bonfim critica essa divisão, ao afirmar que “O problema dessa corrente é que cada autor conceitua de forma diferente quais são os direitos de indisponibilidade

²⁷ Ibid. p. 217

absoluta e aqueles de indisponibilidade relativa”²⁸.

Importante notar que, para Maurício Godinho, os direitos trabalhistas não são passíveis de renúncia sob qualquer aspecto, excetuadas certas situações, previstas em lei, tal como a renúncia tácita à garantia conferida ao dirigente sindical, quando este solicitar ou, de espontânea vontade, acolher a transferência a outra base territorial; e a renúncia à velha estabilidade celetista em decorrência da opção retroativa pelo regime de FGTS, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Alice Monteiro de Barros acrescenta uma terceira hipótese: o pedido de demissão do empregado estável, com a devida assistência, prevista no art. 500 da CLT.

Por outro lado, há quem estabeleça tratamento diferenciado aos direitos de ordem pública e àqueles criados através do contrato de trabalho, regulamento interno de empresa, convenção ou acordo coletivo, ou seja, os direitos privados.

Por configurarem concessões acima do patamar mínimo da lei, poderiam ser os direitos privados, a princípio, livremente pactuados. Todavia, em observância ao art. 468, da CLT, anteriormente reproduzido, refutar-se-iam disposições negociais que trouxessem prejuízos ao obreiro. Esta é a posição predominante na doutrina e esposada pelos tribunais pátrios, qual seja, que somente é cabível a disponibilidade dos direitos trabalhistas privados, desde que não haja malefícios ao trabalhador.

Outrossim, há quem utilize como critério, para definir a esfera de disponibilidade dos direitos trabalhista, o momento em que ocorrerá a renúncia ou a transação: se antes, durante ou após a relação contratual.

A maioria dos doutrinadores e da jurisprudência costuma refutar a possibilidade de negociação ou renúncia antes do início da execução contratual. Tal posição resta exemplificada pela Súmula nº 199 do TST, que veda expressamente a pré-contratação de horas extras pelos bancários, por implicar renúncia prévia à jornada reduzida²⁹:

BANCÁRIO. PRÉ-CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 48 e 63 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal,

²⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., 2008, p.229.

²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 199. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html> Acesso em: 02 maio 2009.

sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento), as quais não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário. (ex-Súmula nº 199 – alterada pela Res. 41/1995, DJ 21.02.1995 - e ex-OJ nº 48 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas. (ex-OJ nº 63 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994)

No decorrer da relação contratual, ante a presunção de coação na vigência do contrato - pelo receio que tem obreiro do desemprego-, o entendimento majoritário reside na impossibilidade de transação ou renúncia, exceto nas situações taxativamente previstas em lei, como a majoração da jornada de oito horas no regime de compensação (art. 7º, XIII, CF) e da jornada de seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV, CF), sempre mediante convenção coletiva.

Outro caso de renúncia no curso do contrato é previsto no inciso II da Súmula nº 51 do TST, *in verbis*³⁰:

Norma Regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. (RA 41/1973, DJ 14.06.1973. Nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 163 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20.04.2005)

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 - Inserida em 26.03.1999) (destaques nossos)

Entretanto, uma vez extinto o contrato, as opiniões divergem quanto à possibilidade transação. Em síntese, existem três correntes.

A primeira defende que, uma vez finda a relação contratual, os direitos tornar-se-iam disponíveis, de natureza indenizatória. Scavone Júnior³¹ assevera:

Entendemos que, depois do final da relação jurídica trabalhista, os direitos, como, por exemplo, férias proporcionais e décimo terceiro salário proporcional, já foram adquiridos e, nessa medida, diante do conflito, podem ser objeto de transação.

Existem aqueles que, não obstante aceitarem a possibilidade de negociação após o término do contrato, impõem certas restrições. Argumentam que, para que haja a transação ou renúncia é necessário que haja livre manifestação de vontade, bem como que seja o objeto negocial, em sua essência, disponível. Para tanto, asseveram que³²:

após a extinção do contrato, o estado de sujeição em que se encontrava o empregado, que o colocava em situação de coação presumida, desaparece,

³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 51**. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html.> Acesso em: 03 maio 2009.

³¹ SCAVONE JÚNIOR, Luiz., op. cit., 2008, p. 41.

³² SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999, v.1. p.222 apud CASSAR, Volia Bomfim, op.cit., p. 230.

recobrando as partes a liberdade de negociação e a livre manifestação do empregado.

Por último, há quem alegue ser irrelevante o momento no qual ocorre a transação, seja antes, durante ou depois de findo o pacto laboral. Isso porque o que realmente importa é saber se o direito, o qual será submetido à renúncia ou transação é de ordem pública ou privada. Corroborando tal posicionamento, Vólia³³ afirma que “... os direitos trabalhistas, impostos por norma de ordem pública, não perdem esta característica após a extinção do pacto, logo não podem ser abdicados.”. A seguir, a título de exemplificação, cita a autora o FGTS, que, em regra, somente é movimentado após a despedida imotivada e, mesmo assim não pode o empregado dele dispor; o mesmo ocorrendo com a indenização de 40%.

Ainda sobre as várias vertentes acerca da disponibilidade dos direitos trabalhistas, encontramos aqueles que defendem a possibilidade de renúncia e transação efetuadas por meio de norma coletiva. De fato, a Constituição Federal, no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, autoriza negociação coletiva acerca da jornada de trabalho e do *quantum* salarial. Para os defensores desta corrente, uma vez “equilibrados os pratos da balança”, ou seja, suprimidas, ou pelo menos amenizadas, as diferenças entre os dois pólos da relação econômica, por meio de acordo ou convenção coletiva, nenhum obstáculo haveria ao despojamento de tais direitos, pelo obreiro, restringindo-se, claro, às hipóteses elencadas nos dispositivos constitucionais acima mencionados.

Por fim, impende citar o pensamento de parte da doutrina, que defende a abdicção dos direitos trabalhista somente em juízo, ou seja, perante um juiz do trabalho, já que nesta hipótese, estaria afastada qualquer espécie de coação, que normalmente é presumida em acordos extrajudiciais.

Como visto, são vários os posicionamentos existentes acerca da disponibilidade dos direitos trabalhistas, não havendo um consenso entre os estudiosos e aplicadores do direito acerca da matéria. Todavia, após o estudo das manifestações já exaradas, pelos diversos autores acima citados, cremos que os princípios da irrenunciabilidade e da indisponibilidade sofrem limitações.

A nosso ver, estas restrições residem justamente na natureza do direito a ser tutelado, e não no momento em que será transacionado, ou ainda perante quem o será. O que importa saber é qual a intensidade da proteção conferida pelo legislador àquela espécie de direito.

³³ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., 2008, p.231.

Como veremos adiante, em tópico próprio, os direitos trabalhistas receberam ao logo da história diversas espécies de tratamento, desde a tutela mínima, no Estado Liberal, até a proteção máxima, no Estado do bem estar social

No caso do Brasil, vemos claramente, que à época da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, a *mens legis* residia na tutela máxima dos direitos trabalhistas, concedendo-lhes todos os atributos de direitos de ordem pública, isso porque ao resguardá-los, não intentou o legislador somente proteger o obreiro; mas sim todo o corpo social.

De tal sorte que, quer-nos parecer existirem direitos de ordem pública, não passíveis de transação, quiçá renúncia pelo empregado; assim como direitos privados, conferidos pelo empregador, sendo estes um *plus* em relação às garantias previstas em lei, sendo cabível, por isso, sua negociação pelo trabalhador, quando isto não lhe trazer prejuízos.

Aqui se fazem necessárias algumas ponderações quanto ao tratamento que deve ser dado à renúncia e a transação dos direitos laborais. Cremos que a renúncia é repelida na esfera trabalhista, uma vez importar prejuízo ao trabalhador. Contudo há exceções, previstas em lei, como visto alhures, em que poderá o obreiro despojar-se dos direitos que lhe foram conferidos, afastando-se, assim, a presunção de prejuízo concebida pelo legislador. Ou seja, não pode o trabalhador renunciar aos seus direitos, exceto quando a lei assim o permitir.

Quanto à transação, não vemos óbice a sua realização, quando os direitos a serem transacionados sejam de ordem privada e não implique malefícios ao obreiro. Isso porque, em nosso entendimento, a regra insculpida no art. 468 abrange tanto os direitos de ordem pública como os privados.

Por último, insta salientarmos que, ao se tomar como parâmetro a importância do direito objeto de negociação, pouco importará o momento da renúncia ou da transação, haja vista que, desta forma se tutelar-se sempre o interesse, não só do trabalhador, mas também de toda a sociedade, sendo despicienda a averiguação de coação que porventura pode sofrer o trabalhador, seja antes durante ou após o pacto laboral.

Concluindo, cremos serem os direitos trabalhistas, a princípio, irrenunciáveis e indisponíveis, ante seu caráter público, no entanto, sendo passíveis de transação (e quase nunca de renúncia) nos casos taxativamente previstos em lei, bem como quando o objeto da transação seja um direito privado e esta negociação não importar prejuízos ao obreiro.

3.3 As Comissões de Conciliação Prévia

Com o intuito de enriquecer nosso trabalho, bem como, adiante, traçar um paralelo com o objeto de nosso estudo - a arbitragem- , discorreremos brevemente acerca das comissões de conciliação prévia, instituto previsto nos art. 625-A a 625-H, da CLT, inseridos pela lei nº 9.958 de 12.01.2000.

As comissões de conciliação prévia são órgãos de composição mista, compostos por representantes dos empregados e dos empregadores, que traduzem uma aspiração do legislador pátrio, influenciado por recomendações da OIT, em solucionar um dos maiores problemas que assolam o poder judiciário; a morosidade processual. Assim, por meio de tais comissões seria possível “filtrar” diversas demandas, a fim de prevenir e conciliar as controvérsias decorrentes das relações de trabalho.

Como dito alhures, as Comissões de Conciliação Prévia são compostas por representantes dos empregados e dos empregadores, que buscam junto com os contendores uma solução para o impasse. Trata-se uma opção conferida às empresas e aos sindicatos, não sendo obrigatória sua implementação; todavia, uma vez constituída, tornar-se-ia compulsória a submissão do impasse ao seu crivo, a fim de que pudesse ser ajuizada a respectiva ação trabalhista. Assim preconiza o art. 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) *in expressis*: “Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.”.

Críticas surgiram quanto a esta previsão legal, pois, ao se condicionar o direito de ação, à submissão prévia do conflito trabalhista às comissões de conciliação prévia, afrontar-se-ia o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal. No entanto, para alguns autores, a lei nº 9.958/2000, ao instituir essa condição específica da ação, não objetivou retirar da Justiça do Trabalho a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, mas tão-somente diferir no tempo a acionabilidade, buscando efetivar, assim, o princípio da economia processual.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 625-D da CLT, decidiu que as demandas trabalhistas podem ser submetidas ao Poder Judiciário antes que tenham sido analisadas por uma comissão de conciliação prévia. Para o STF, esse entendimento preserva o direito universal dos cidadãos

de acesso à Justiça, pois, quando a Constituição quer excluir uma demanda do campo de apreciação do Judiciário, ela o faz de forma expressa, como ocorre, por exemplo, na área desportiva - nesse caso, o ingresso no Judiciário somente pode ocorrer após se esgotarem as instâncias da Justiça Desportiva (parágrafo 1º do artigo 217, CF).

Não obstante tratar-se de apreciação de pedidos de liminar em sede de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs 2139 e 2160³⁴ ajuizadas respectivamente pelos partidos políticos PCdo B, PSB, PT, PDT e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio - CNTC), cremos que este será o novo posicionamento adotado por aquela Corte Suprema e, por conseguinte, por todas as demais esferas do Poder Judiciário.

No que tange ao procedimento a ser adotado, quando se opte por esse meio de composição, tão logo seja formulada a demanda, será realizada, no prazo máximo de 10 dias, a contar da provocação do interessado, sessão de tentativa de conciliação. Uma vez aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregador, pelo empregado e pelos conciliadores da comissão, constituindo título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória, salvo quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Para a posição majoritária da doutrina, a outorga de eficácia liberatória geral ao termo de conciliação - posteriormente título executivo extrajudicial - constitui flagrante inconstitucionalidade, pois repassa ao empregado o ônus de fazer a ressalva, outrossim, contraria o princípio de que a transação deve ser interpretada restritivamente.

Podemos concluir, após estas breves considerações, que as Comissões de Conciliação Prévia, não obstante haverem sido criadas com o intuito de “desafogar” o Poder Judiciário, devem ser utilizadas com certa parcimônia, a fim de que não haja sacrifício das garantias trabalhistas mínimas asseguradas em lei.

3.4 O Neoliberalismo e a Flexibilização dos direitos trabalhistas

As décadas de 60 e 70 foram marcadas por profundas mudanças no cenário mundial que culminaram no enfraquecimento das estruturas economico-sociais até então vigentes. O modelo econômico adotado por grande parte dos países desenvolvidos, o Estado

³⁴ Acórdão ainda não publicado. Informação extraída do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107888&caixaBusca=N>> Acesso em: 10 maio 2009.

de bem-estar social, aos poucos cedeu lugar ao Neoliberalismo, em razão das constantes crises econômicas que assolaram todo o globo.

Neoliberalismo, em sentido amplo, significa a retomada dos valores e ideais do liberalismo político e econômico que nasceu do pensamento iluminista – através de seu precursor Adam Smith³⁵ – e dos avanços da economia decorrentes da revolução industrial do final do século XVIII. Defende esta doutrina econômica, a absoluta liberdade de mercado e uma restrição à intervenção estatal sobre a economia, só devendo esta ocorrer em setores imprescindíveis e ainda assim num grau mínimo - minarquia.

Estados Unidos e Inglaterra, são os exemplos mais notáveis de países que adotaram o sistema neoliberalista, visando superar a crise mundial petrolífera da década de 70. Governos tais como os de Regan e de Thatcher apontaram o modelo keynesiano – Estado de bem-estar social³⁶ – como sendo o responsável pela crise. Liderados por economistas adeptos do *laissez-faire* e do fundamentalismo de livre mercado, como Milton Friedman³⁷, denunciaram a inflação como sendo o resultado do aumento da oferta de moeda pelos bancos centrais. Responsabilizaram os impostos "elevados" e os tributos "excessivos", juntamente com a regulamentação das atividades econômicas, como sendo os culpados pela queda da produção e do aumento da inflação.

As conseqüências desta política se evidenciam com as privatizações em massa, o desprezo às políticas sociais, a flexibilização dos direitos trabalhistas e prevalência do capital financeiro-especulativo sobre o capital de investimento produtivo.

Neste tópico, nos restringiremos ao estudo da flexibilização dos direitos trabalhistas e quais as suas conseqüências no cenário brasileiro e mundial.

O Direito do Trabalho surgiu em resposta aos problemas sociais decorrentes do capitalismo liberal, do século XIX, onde, sob o império da máquina, facilitou-se a exploração do trabalho humano, por meio de excessivas jornadas de trabalho, baixos salários, com a ocorrência de freqüentes acidentes mecânicos.

³⁵ Conhecido principalmente como fundador da economia liberal clássica, Adam Smith desenvolveu teorias econômicas que estavam inseridas dentro de um amplo sistema de filosofia política e social.

³⁶ Estado de bem-estar social (em inglês: *Welfare State*), também conhecido como Estado-providência, é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população.

³⁷ Milton Friedman foi um dos mais destacados economistas do século XX e um dos mais influentes teóricos do liberalismo econômico e defensor do capitalismo *laissez-faire* e do livre mercado.

Diante deste quadro, a intervenção estatal, que até então era mínima, passou a ser mais presente, com a criação de normas cogentes, a fim de se garantir uma proteção mínima ao obreiro.

Tais modificações se deram em decorrência do advento das classes médias urbanas, com o declínio das oligarquias rurais, bem como sob influência das correntes doutrinárias emergentes à época, como a doutrina social cristã e o socialismo. As convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também desempenharam importante função para essa mudança de paradigma.

O fato é que, após o *crack* da bolsa de Nova York, em 1929, o mundo parou a fim de refletir acerca do capitalismo e do liberalismo exacerbado que se praticava à época. De fato, constatou-se que a *mão invisível*³⁸ não era suficiente para solucionar todos os problemas, vez que, como a competição nunca era totalmente livre, a relação de oferta e demanda gerava efeitos sociais que não eram resolvidos naturalmente pela dinâmica da economia de mercado.

Com efeito, os mercados trabalham em busca de interesses privados, não obstante haver outras áreas, frequentemente importantes, que não são exploradas. Cremos que aí reside uma das grandes críticas ao Liberalismo. Existem “espaços vazios” que não são supridos pela iniciativa privada, seja porque contrariam seus interesses, seja porque simplesmente não são passíveis de rentabilidade.

Aí podemos incluir os direitos trabalhistas. Sem a intervenção do Estado, dificilmente a classe obreira, imprescindível ao ciclo produtivo, teria assegurado um patamar vital mínimo, haja vista inexistir, *a priori*, interesse nesse sentido por parte dos detentores dos meios de produção.

Ocorre que ante a crise econômica no início de 1970, em razão do alto preço do petróleo; das inovações tecnológicas; das modificações radicais na organização da produção; e da necessidade de combater o desemprego, as relações de trabalho sofreram consideráveis modificações, impulsionadas pela classe empresária, que começou a questionar veementemente o partenalismo estatal, sob o argumento de que os trabalhadores atuais são mais conscientes, mais maduros, menos explorados que outrora.

Surge-se então a indagação: como conciliar os interesses econômicos empresariais

³⁸ Mão invisível foi um termo introduzido por Adam Smith em "A Riqueza das nações" para descrever como numa economia de mercado, apesar da inexistência de uma entidade coordenadora do interesse comunal, a interação dos indivíduos parece resultar numa determinada ordem, como se houvesse uma "mão invisível" que os orientasse.

e os direitos historicamente consagrados pelos trabalhadores?

A questão não é de fácil deslinde. Todavia, parte considerável da doutrina espousa posicionamento poderável: a flexibilização é um mal necessário. Entretanto, toda e qualquer medida tendente à flexibilização deve ser dada por intervenção legislativa ou através de acordo ou convenção coletiva. Ademais, o respeito à dignidade da pessoa humana apresenta-se como pressuposto a modificações na legislação trabalhista. Reduções de direitos somente são admissíveis ante casos de comprovada necessidade econômica, quando destinada à sobrevivência da empresa, sem abusos de direito.

Essa é a opinião esposada por Vólia Bonfim³⁹:

A flexibilização não pode servir ao empregador como desculpa para ter lucro superior, para aumentar seus rendimentos. A flexibilização é um direito do patrão, mas deve ser utilizada com cautela e apenas em caso de real e comprovada necessidade de recuperação da empresa. Daí porque os princípios da razoabilidade, da lealdade, da transparência, da necessidade, devem permear todo o processo.

Impende diferenciarmos flexibilização e desregulamentação das normas trabalhistas. A primeira importa uma menor interferência do Estado, com uma maior ingerência das partes no processo de regulamentação, contudo assegurando-se um núcleo de normas de ordem pública, a fim de se respeitar a dignidade do trabalhador; ao passo que a desregulamentação caracteriza-se como a supressão total da participação estatal, com a retirada da proteção legislativa, permitindo-se à autonomia privada, regular a relação de trabalho.

Sobre o tema leciona Sérgio Pinto Martins⁴⁰:

Não se confunde flexibilização com desregulamentação. Desregulamentar significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulamentação o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação a lei simplesmente deixa de existir. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato. Em certos casos, porém, é permitida a negociação coletiva para modificar alguns direitos, como reduzir salários, reduzir e compensar jornada de trabalho, como ocorre nas crises econômicas.

Em nosso entendimento, o que se admite, portanto é a flexibilização; jamais a desregulamentação. Isso porque, como dito alhures, há todo um aparato estatal à proteção dos direitos trabalhistas, uma vez refletirem estes interesses que ultrapassam a esfera individual, importando, na verdade, sérias conseqüências à sociedade.

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., 2008, p.36.

⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 26, 27.

Alice Monteiro de Barros vislumbra duas espécies de flexibilização: a heterônoma e a autônoma. A primeira, também denominada “desregulamentação normativa”, imposta unilateralmente pelo Estado, consiste na derrogação de vantagens de cunho trabalhista e na substituição por benefícios inferiores. Por sua vez, a flexibilização autônoma, ou, “regulamentação laboral de novo tipo”, pressupõe a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais, com primazia da negociação coletiva.

No Brasil, são inúmeros os exemplos de direitos que foram flexibilizados ao longo dos anos, entre os quais destacamos⁴¹:

- liberdade de o empregador em despedir imotivadamente o empregado com a criação do FGTS – antiga Lei nº 5.107/66 e atual Lei nº 8.036/90 e extinção do regime anterior preconizado nos arts. 478 e 492 da CLT;
- contrato provisório para estímulo a novos empregos – Lei nº 9.601/98;
- trabalho por tempo parcial que autoriza a redução proporcional dos salários – art. 58-A da CLT;
- ampliação das hipóteses de terceirização;
- limitação do valor crédito trabalhista a 150 salários mínimos para fins do art. 449, §1º da CLT, isto é, limitação para fins de crédito privilegiado na falência – art. 83, I da Lei nº 11.101/05;
- autorização legal para as normas coletivas disciplinarem a natureza do tempo despendido no itinerário casa-trabalho, quando o empregador for empresa de pequeno porte – art. 58, § 3º da CLT.

Contudo, a nosso ver, os mais notáveis casos de flexibilização no ordenamento jurídico brasileiro estão insertos nos incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

[...]

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

O Constituinte brasileiro, sensível às transformações sócio-econômicas que sofreram as relações trabalhistas, no contexto internacional, findou por aderir as idéias neoliberalistas, a fim de adaptar o direito do trabalho brasileiro às novas tendências mundiais.

Entretanto, urge frisarmos que a realidade brasileira distancia-se daquela

⁴¹ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., 2008, p. 46.

experimentada pelos países desenvolvidos. Isso porque, nós não conhecemos, efetivamente, o *welfare state* (o Estado de bem-estar social). Com efeito, não há como se equiparar ao modelo europeu, tampouco ao norte-americano, uma sociedade que, em pleno século XXI, apresenta resquícios de trabalho escravo ou em condição análoga; condições subumanas de trabalho, exploração do trabalho do menor e um explícito desrespeito à legislação trabalhista.

De fato, não obstante a existência de normas protetoras, o que se constata, na verdade, é uma realidade desanimadora. Cada vez mais, o “desemprego estrutural” assola a classe trabalhadora brasileira. A maior parte dos assalariados encontra-se na informalidade, integrando uma relação empregatícia mascarada de serviço autônomo, estagiário, cooperado, profissional representado por pessoa jurídica. Ante os altos encargos trabalhistas, tanto o setor empresarial como os próprios obreiros optam por um vínculo laboral desprovido das garantias mínimas asseguradas por lei. Assim, por exemplo, a assinatura da Carteira de Trabalho, que é dever primordial do empregador, é relegada a segundo plano, visando-se assegurar o *direito ao trabalho*, em detrimento do *direito do trabalho*.

Dessarte, como aplicar medidas flexibilizadoras a um país que sequer conseguiu assegurar as garantias mínimas de sobrevivência aos seus cidadãos? Como flexibilizar algo que não existe (pelo menos na prática)?

Falar-se em uma flexibilização desprovida de limites, configura-se, a nosso ver, um retrocesso. Enquanto os mais variados campos do direito (constitucional, civil, penal, administrativo, etc.) buscam valorizar a faceta social das relações jurídicas, o direito do trabalho, vem, ao longo dos anos, sofrendo intervenções maléficas, desvirtuando-o de seu fim primordial, “que é corrigir as diferenças, elevando o nível social da classe trabalhadora, como imposição de solidariedade, que nos torna responsáveis pela carência dos demais.”⁴²

Para alguns, a resposta a este dilema surge com o termo *flexissegurança* - uma combinação de flexibilidade com segurança. Para Vólia Bonfim⁴³, a *flexissegurança*:

repousa sobre uma relação triangular: mercado flexível pela desregulamentação das regras trabalhistas; sistemas de indenização generosos proporcionados por um Estado social; política estatal de ‘ativação’ do mercado de trabalho, isto é, o Estado oferece recurso de qualificação e métodos de motivação à procura de novo emprego.

Tal modelo social vem sendo aplicado por diversos países europeus, entre os quais destacamos Dinamarca, Suécia e Holanda, e consiste basicamente, no que já foi acima reproduzido: flexibilizar ainda mais a mobilidade do emprego, facilitando as formas de

⁴² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr. 2007. p. 85.

⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., 2008, p. 43.

contratação e a dispensa sem ônus e, de outro, compensar a classe trabalhadora (*trade-off*), através de um robusto seguro-desemprego aliado a uma rigorosa política de recolocação de trabalho (*outplacement*).

Creemos que essa política, de nítido caráter neoliberal, não se adéqua à realidade brasileira, que conta com uma política de desemprego frágil e limitada a pouco mais de três meses. Sequer em Portugal⁴⁴ vem se admitindo a aplicação da corrente:

Mas agora aparece uma nova panacéia que se chama " Flexisegurança". Idéia importada da Dinamarca, país com condições sócio-econômicas completamente diversas das de Portugal e que, manifestamente, não terá qualquer êxito em Portugal, onde só servirá para " flexibilizar " cada vez mais as leis laborais , sem qualquer contrapartida na "segurança" para os desempregados.

Por conseguinte, quer-nos parecer existirem outras vias a fim de se combater a situação de crise vivida pelas classes assalariada e empresarial brasileiras. Uma política de desoneração previdenciária e fiscal da folha de pagamento, aliada à redução de outros encargos trabalhistas, aparenta-nos uma das alternativas.

Ante as considerações acima expostas, podemos concluir que as medidas flexibilizatórias, tão reclamadas pelo mercado, devem ser vistas com certa cautela. Isso porque, como restou demonstrado alhures, o sistema liberalista, atualmente sob as vestimentas neoliberais, não foi capaz de suprir todas as necessidades que a sociedade reclama, sendo imprescindível a atuação estatal a fim de suprir as carências não cobertas pelo setor privado. De tal sorte que, esferas como a trabalhista carecem de maior proteção.

No caso do Brasil tal necessidade resta evidente, tendo em vista a gritante desigualdade social e econômica existente e o flagrante desrespeito às garantias mínimas conferidas ao proletariado.

Dessarte, não obstante a imprescindibilidade de adaptações legislativas às novas tendências econômicas, há que se ter em mente os princípios basilares do Direito do Trabalho, a fim de que sejam tuteladas as garantias mínimas de sobrevivência, e principalmente, respeitada a dignidade do empregado.

Flexibilizar, por flexibilizar, ou ainda, desconstituir direitos historicamente conquistados, com o único intuito de aumentar as margens de lucros, são ações que devem ser veementemente rechaçadas, pois as práticas neoliberais somente se tornam admissíveis em

⁴⁴ SILVA, José Augusto Ferreira da. **Empregabilidade em crise, Dezesseis milhões de desempregados na Europa e meio milhão só em Portugal.** Disponível em: <www.fazer.com.br/a2_default2.asp?cod_materia=2398>. Acesso em 01 maio 2009.

razão da sobrevivência da empresa, a fim de garantir-se o posto de trabalho, implicando, assim, concessões e benefícios recíprocos, sob pena de uma inversão de valores, uma vez que o Direito do Trabalho tornar-se-ia direito protetor do capital, e não do trabalho.

Por fim, transcrevemos a seguir citação do economista estadunidense Joseph E. Stiglitz⁴⁵, que caracteriza muito bem a teoria econômica neoliberalista⁴⁶:

O mercado neoliberal fundamentalista foi sempre uma doutrina política a serviço de certos interesses. Nunca recebeu o apoio da teoria econômica. Nem, agora fica claro, recebeu o endosso da experiência histórica. Aprender essa lição pode ser a nesga de sol nas nuvens que hoje pairam sobre a economia global.

⁴⁵ Joseph E. Stiglitz é um economista estadunidense. Foi presidente do Conselho de Assessores Econômicos (*Council of Economic Advisers*) no governo do Presidente Clinton (1995-1997), Vice-Presidente Sênior Para Políticas de Desenvolvimento do Banco Mundial, onde se tornou seu economista chefe. Recebeu, juntamente com A. Michael Spence and George A. Akerlof, o Prêmio de Ciências Econômicas, imprecisamente também chamado de "*Prêmio Nobel de Economia*" em 2001 "*por criar os fundamentos da teoria dos mercados com informações assimétricas*"

⁴⁶STIGLITZ, Joseph E. **O fim do neoliberalismo?** Disponível em: < http://arquivoetc.blogspot.com/2008/07/o-fim-do-neoliberalismo-joseph-e_16.html > Acesso: 01 maio 2009.

4 A ARBITRAGEM E OS CONFLITOS TRABALHISTAS

4.1 Conflitos coletivos e individuais. Diferenciação.

A priori, insta definirmos o que é conflito de trabalho. Salutar é o conceito elaborado por Mozart Victor Russomano⁴⁷:

“conflito de trabalho é o litígio entre trabalhadores e empresários ou entidades representativas de suas categorias sobre determinada pretensão jurídica de natureza trabalhista, com fundamento em norma jurídica vigente ou tendo por finalidade a estipulação de novas condições de trabalho”.

Temos que conflito é um impasse, que na seara trabalhista, surge em meio a relação empregado x empregador, como resultante da divergência de interesses de cada uma das partes. Importa notar que, não obstante serem continuamente utilizados como sinônimos, os conceitos de conflito, controvérsia e dissídio diferenciam-se entre si. Senão vejamos.

Conflito, como visto alhures, é uma oposição de interesses verificada numa relação que envolva duas ou mais pessoas. Controvérsia, por sua vez, seria uma espécie de conflito prestes a ser solucionado, mediante convenção das partes. Por fim, dissídio corresponde ao conflito submetido ao Poder Judiciário.

A definição acima transcrita permite-nos extrair dois elementos essenciais à classificação que aqui se pretende realizar. Primeiro, vemos que o conflito trabalhista poderá ter fundamento em “norma jurídica vigente” ou ter por finalidade “a estipulação de novas condições de trabalho”.

Destarte, quando o objeto da querela for interesses concretos, decorrentes de normas já existentes, estaremos diante dos conflitos individuais. No entanto, quando se buscar a criação de uma norma jurídica ou a sua interpretação, ter-se-ão os conflitos coletivos.

Os conflitos individuais podem envolver um ou mais trabalhadores, um ou mais empregadores, todavia versará sobre interesses próprios desses sujeitos, que sempre serão considerados individualmente. Por tal razão a doutrina costuma diferenciar conflitos individuais em singulares e plúrimos. Os primeiros envolvem apenas um trabalhador e um empregador, ao passo que nos plúrimos cada pólo do litígio poderá ser composto por mais de

⁴⁷RUSSOMANO, Mozart Victor *apud* MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 13.

um trabalhador e/ou empregador. Vale ressaltar que a existência de vários sujeitos não descaracteriza esta espécie de conflito, uma vez que as partes são perfeitamente identificáveis e seus interesses encontram-se individualizados.

Os conflitos trabalhistas coletivos são “decorrentes da relação trabalho x capital, e envolvem interesses metaindividuais de natureza indivisível (difusos ou coletivos em sentido estrito) ou decorrentes de origem comum (individuais homogêneos).”⁴⁸ Aqui, são postulados interesses abstratos de um grupo social com o objetivo de serem criadas novas condições de trabalho pelo Judiciário, que serão aplicadas a pessoas indeterminadas que já integrem ou que venham a integrar essas categorias litigiosas.

Dividem-se os conflitos coletivos em econômicos ou jurídicos. Os primeiros visam a criação de novas condições de trabalho. Já os conflitos jurídicos têm em mira interpretação ou aplicação de determinada norma jurídica ao caso posto em análise. Enquanto a sentença, no conflito econômico, possui natureza constitutiva, no conflito jurídico, a decisão judicial será declaratória da existência, ou não, da relação jurídica controvertida.

4.2 A Arbitragem nos conflitos coletivos trabalhistas. Previsão Constitucional.

Vólia Bomfim Cassar enumera seis espécies de solução para os conflitos coletivos de trabalho: o ajuste direto; a investigação; a conciliação; a mediação; a decisão judicial ou Jurisdição e por fim a arbitragem. Deteremos-nos a esta última, haja vista ser o objeto do vertente trabalho.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 114, §1º e §2º prevê que:

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente

Destarte, depreendemos dos referidos dispositivos constitucionais que, são condições de ajuizamento do dissídio coletivo, a negociação coletiva e/ou a arbitragem. Trata-se, portanto, de uma alternativa conferida às partes envolvidas no conflito, não necessariamente uma obrigação, vez que as estas poderão se valer ou da negociação coletiva,

⁴⁸ Ibid., 1998, p. 15.

ou da arbitragem para, só então, ajuizarem o conflito coletivo.

Não há que se falar aqui, em impossibilidade da utilização da arbitragem, por não serem os direitos trabalhistas passíveis de transação. Isso porque, é a própria Constituição que determina essa forma alternativa de solução dos conflitos coletivos, assim como em outros momentos permite a flexibilização dos direitos trabalhistas, mediante acordo ou convenção coletiva, para a compensação e redução da jornada de trabalho (art. 7º, XIII), bem como para o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV).

Outrossim, o instituto da arbitragem se mostra compatível com esta espécie de conflito trabalhista, haja vista que foi idealizado como solução aos conflitos comerciais que envolvam valores, quantias muito elevadas, ou situações que, uma vez não decididas com celeridade, podem inviabilizar grandes negócios ou trazer enormes prejuízos. Nesse sentido é que os sindicatos têm condições de usufruir do instituto da arbitragem, pois têm meios de entrar no processo em posição mais equilibrada, o que não acontece com os dissídios individuais. Ora, se os sindicatos, autorizados pelas respectivas categorias, podem negociar sobre os interesses gerais e abstratos das mesmas, é razoável entender que também podem transferir esta tarefa a um terceiro, árbitro ou comissão de árbitros.

4.3 Conflitos individuais. Possibilidade ou não da utilização da Arbitragem. Diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

Antes de adentrarmos no tema cerne do vertente trabalho, urge tecermos alguns comentários acerca da realidade da Justiça brasileira, mais especificamente a Justiça do Trabalho. Iniciemos nossas explanações, expondo alguns dados fornecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho⁴⁹, referentes ao período compreendido entre os anos de 2004 e 2007, primeiramente no que tange à carga de trabalho por magistrado:

Tabela 1 – Carga de Trabalho por magistrado, correspondente ao período compreendido entre 2004 a 2007.

Justiça do	Carga de Trabalho por Magistrado
------------	---

⁴⁹ Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 maio 2009.

Trabalho				
	2004	2005	2006	2007
TST	12.615	12.550	12.416	17.075
TRT	1.605	1.790	1842	2.073
Conhecimento	1.188	1.190	1.189	1.188
Varas				
Execução	1.131	1.113	1.076	989

FONTE: Tribunal Superior do Trabalho (2009).

Depreendemos das informações estatísticas acima que, o número de processos existentes, nas instâncias inferiores, manteve-se estável. Todavia, no que concerne à quantidade de feitos nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior, constatamos um aumento considerável. De fato, a título de exemplificação, vemos que em 2004 a média de processos por ministro do TST era de 12.615, ao passo que em 2007, esta já ultrapassava a marca dos 17.000 processos.

Por outro lado, quanto à despesa da Justiça do Trabalho por habitante, vemos que o custo médio nacional era de R\$ 45,08 em 2007. Rondônia, Acre, Tocantins, Rio Grande do Sul e Amazonas, aparecem no *ranking* dos estados que mais realizam despesas com feitos trabalhistas.

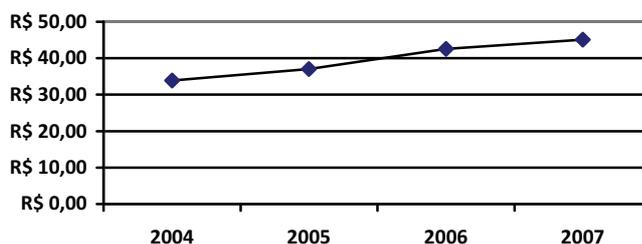


GRÁFICO 1- Justiça do Trabalho. Despesas por habitantes.
FONTE: Tribunal Superior do Trabalho

Através dos dados coletados, é possível extrair algumas considerações que nortearão nossos estudos.

Vemos que a Justiça Laboral apresenta uma sobrecarga de processos por juízes, realidade esta não somente afeta à justiça do trabalho, mas também a outros segmentos do Poder Judiciário brasileiro. A lentidão dos processos, aliada a seus altos custos e formalismo

excessivo, são facetas da situação de crise pela qual passa a Justiça brasileira. Tais dificuldades resultaram na busca por novas alternativas e, é neste contexto que surge a Lei de Arbitragem.

Há quem critique esta forma de composição de conflitos, por vislumbrar a influência do liberalismo na elaboração da lei nº 9.307/96. Para José de Albuquerque Rocha, a arbitragem seria uma resposta do liberalismo à crise do Judiciário. Como pudemos observar em tópico próprio, o liberalismo consiste em uma corrente econômica para qual a liberdade de iniciativa deve prevalecer sobre a intervenção estatal. A partir da década de 70, começa-se a falar em neoliberalismo, teoria que retoma os ideais de Adam Smith, adequando-os à realidade da crise do Estado de bem-estar social.

A flexibilização dos direitos trabalhistas encontra-se intimamente ligada às idéias neoliberalistas. De fato, também na seara trabalhista, dia após dia, vêm os setores empresariais buscando diminuir a proteção estatal conferida aos obreiros ao longo dos anos. Para tanto argumentam que, em períodos de crise, mister se faz a redução dos encargos trabalhistas, com o intuito de preservar a empresa e, assim, garantir o *direito ao trabalho* ainda que isso venha a resultar na aniquilação de outras garantias.

Não se quer aqui repudiar totalmente a adoção de medidas flexibilizadoras, uma vez que estas, a nosso ver, se mostrarem necessárias ante a conjuntura econômica mundial. Contudo, não há como também se afastar totalmente a participação do Estado da defesa (proteção) dos direitos trabalhistas - garantias de cunho eminentemente público.

Assim, o uso da arbitragem, ainda que traga em seu bojo o ideal liberalista (ou neoliberalista) pode sim surgir como alternativa ao caos vivido pelo Judiciário atualmente. Ressalvamos, todavia, que cautelas devem ser adotadas, haja vista que a natureza dos direitos trabalhistas se distancia daquela inerente a outras espécies de direitos, como o comercial e cível, que são comumente submetidos ao crivo do júízo arbitral.

Em uma época em que o neoliberalismo se converteu em ideologia hegemônica, se não única, parece oportuno observar que, se o movimento sindical não começar logo a discutir a questão da arbitragem pública, não estatal, dos conflitos individuais de trabalho, as "forças de mercado", manto sob o qual se escondem os interesses mais retrógrados, mesquinhos e excludentes em nossa sociedade, novamente atuarão para, via arbitragem privada dos conflitos trabalhistas, operar um verdadeiro assalto aos

direitos trabalhistas, como uma face ainda mais perversa do que a chamada flexibilização dos direitos sociais⁵⁰.

Outras críticas surgem quanto à utilização da arbitragem na seara trabalhista, principalmente, no que tange aos conflitos individuais, por ausência de previsão constitucional.

Como delineado anteriormente, a utilização da arbitragem nos conflitos coletivos é pacificamente aceita, ante a redação dos parágrafos 1º e 2º, do art. 114, da Constituição Federal. Todavia, parcela considerável da doutrina refuta o uso do juízo arbitral nos conflitos individuais, alegando para tanto que, se o constituinte almejasse incluir também esta hipótese, teria o feito expressamente. Como assim não o fez, não há como se admiti-la, vez que a princípio, a maioria dos direitos trabalhistas é indisponível, razão pela qual não se submetem ao juízo arbitral, consoante o art. 1º da lei nº 9.307/96.

Verifica-se, portanto, que no âmbito da demanda coletiva, a arbitragem tem respaldo legal. Já no campo da demanda individual a legislação é omissa e não há como recorrermos subsidiariamente à Lei n. 9.307, de 1996, considerando que ela só autoriza a arbitragem em relação aos direitos patrimoniais disponíveis. Ora, é sabido que, em face do princípio da irrenunciabilidade, a maioria das normas trabalhistas é indisponível, o que torna difícil a aplicação da arbitragem nesse âmbito, no estágio atual de nossa legislação⁵¹.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas, portanto, aparece como outro obstáculo ao uso arbitragem. A L.A. é bastante clara ao definir sua área de aplicação: somente litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de análise por árbitros.

Como tivemos a oportunidade de ver anteriormente, a doutrina dominante assevera serem de ordem pública as normas trabalhistas, de tal sorte que convenções entre particulares não são suficientes para modificar as disposições legais.

Contudo, em nosso entendimento, mister se faz diferenciar o tratamento conferido aos direitos trabalhistas de ordem pública e aos direitos de ordem privada. Por refletirem a proteção estatal, não são os primeiros passíveis de transação, tampouco renúncia. Ao passo que os segundos, por representarem um *plus* em relação às garantias previstas em lei, estão inseridos na esfera de disponibilidade dos trabalhadores. Importante salientarmos que somente é admissível a hipótese de transacionabilidade dos direitos privados quando esta não importe prejuízos ao obreiro.

⁵⁰ RAMOS FILHO, Wilson., *apud*, MOURA, Fernando Galvão., MELO, Nelma de Sousa. **Arbitragem no direito do trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2204>>. Acesso em: 17 maio 2009.

⁵¹ BARROS, Alice Monteiro de., *op. cit.*, 2007, p.125.

Destarte, quer-nos parecer admissível a utilização da arbitragem nos dissídios individuais quando o direito sobre o qual versar a querela for de ordem privada e desde que o laudo arbitral não resulte em malefícios ao trabalhador. Nestes casos, uma vez submetido o impasse ao juízo arbitral, não mais será possível levar à apreciação do Poder Judiciário a matéria já decidida, excetuada, claro, a hipótese em que haja algum vício de consentimento que implique a nulidade da sentença arbitral.

Cumpre ressaltarmos, outrossim, a nosso ver, que os direitos laborais somente poderão ser transacionados, jamais renunciados perante o juízo arbitral, salvo em situações permitidas por lei (p. ex. a renúncia tácita à garantia conferida ao dirigente sindical, quando este solicitar ou, de espontânea vontade, acolher a transferência a outra base territorial) . Isto porque a renúncia em si já resulta em prejuízo ao obreiro.

A possibilidade do uso da arbitragem nos impasses que envolvam relações consumeristas, corrobora nosso posicionamento. De fato, como é ressabido, os direitos do consumidor também são classificados como de ordem pública, o que a princípio os excluiria da área de abrangência da arbitragem. Contudo, como visto alhures, o Código de Defesa do Consumidor somente afasta a possibilidade do uso compulsório da arbitragem nas relações de consumo, ou seja, é vedada a inserção de cláusula compromissória nos contratos consumeristas. Não há, portanto, qualquer óbice a utilização da arbitragem uma vez já instaurado o conflito, caso assim opte o consumidor, vez que este é livre para escolher o Judiciário, ou o juízo arbitral.

Creemos que a existência de cláusula compromissória nos contratos de trabalhistas também se mostra inconcebível, haja vista que, antes da existência do impasse, não há como se saber as proporções que este assumirá. De tal sorte que, somente pelo uso do compromisso arbitral (após o surgimento do conflito), se fará possível a inauguração do juízo arbitral.

Por outro lado, no que tange ao órgão arbitral, acreditamos que instituições especializadas, de composição mista (integrada por representantes dos trabalhadores e dos empregadores), poderiam ser criadas com o intuito privativo de dirimir impasses trabalhistas, tais quais as já existentes Comissões de Conciliação Prévia.

Trata-se de verificar a possibilidade de criação de instituições especializadas em determinadas matérias. A resposta é positiva. Os artigos 16, parágrafo 1º e 21 da lei de arbitragem fazem referência à entidades especializadas. Não fora isso, a liberdade de criação de associações é direito fundamental assegurado no artigo 5º, item XVIII, da Lei Maior. De forma que, instituições arbitrais especializadas nos diferentes setores de mercado, como transportes, seguros, planos de saúde, veículos, eletroeletrônicos, locações urbanas, compra e venda de habitações sobretudo de

apartamentos, informática, turismo, consórcios, comunicação, água e esgoto, energia elétrica, etc.⁵²

A busca por estas instituições se daria de maneira facultativa, jamais compulsória, uma vez que, conforme exposto alhures, consoante a mais recente posição do Supremo Tribunal Federal, a criação de quaisquer condições de acionabilidade, neste sentido, acarretam o malferimento do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, além do que, o uso obrigatório da arbitragem desnaturaria seus objetivos e enfraqueceria o movimento sindical e o direito de greve.

Outra alternativa que nos apresentar ser admissível é a atuação do representante do Ministério Público como árbitro nos conflitos trabalhistas, consoante dispõe o art. 83, inciso XI, da lei complementar nº 75/93⁵³, posteriormente regulamentado pela Resolução nº 44, de 1999, do Conselho Superior do Ministério Público⁵⁴.

Com efeito, a mediação ministerial seria uma alternativa à concretização e asseguramento dos direitos fundamentais da cidadania. Trata-se-ia, portanto, de uma via moderna e legal para se evitar o processamento judicial formal e ortodoxo - uma fórmula de resolução de conflitos para melhor atender anseios da população e o dever do Estado frente à função essencial da prestação jurisdicional.

⁵²SALES, Lilia Maia de Moraes. **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC Editora, 2003, p.106.

⁵³ Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[...]

XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;

⁵⁴ Art. 1º As atividades de arbitragem no âmbito do Ministério Público do Trabalho serão exercidas por Membros do Ministério Público do Trabalho, conforme previsão do art. 83, inciso XI, da Lei Complementar n 75/93, escolhidos pelas partes.

Art. 2º Poderão ser objeto de arbitragem os dissídios de competência da Justiça do Trabalho.

Art. 3º A arbitragem poderá ser iniciada pela vontade conjunta de todos os conflitantes ou por um deles, mediante a convenção de arbitragem.

§ 1º Havendo iniciativa conjunta de todos os conflitantes, o pedido de arbitragem será autuado e distribuído ao Membro escolhido que tomará as providências necessárias.

§2º No caso de iniciativa de apenas parte dos envolvidos no conflito, deverá o Membro escolhido dar conhecimento aos conflitantes que ainda não se manifestaram para que informem se aceitam a atuação do Ministério Público do Trabalho e a sua indicação.

§ 3º Não havendo a aceitação de todos os conflitantes será arquivado o processo de arbitragem.

Art. 4º A arbitragem se regerá pelas regras previstas na legislação em vigor.

Art. 5º Concluída a arbitragem, segundo os parâmetros legais em vigor, o processo será encerrado com relatório final circunstanciado.

Parágrafo único - O processo de arbitragem será arquivado na Procuradoria de origem, independentemente de homologação, devendo ser encaminhada cópia do relatório final à Câmara de Coordenação e Revisão, no prazo de três dias.

Art. 6º O descumprimento dos prazos previstos nesta Resolução implica em responsabilização de quem lhe der causa, na forma do Título III, Capítulo III da Lei Complementar nº 75/93, não gerando, no entanto, qualquer nulidade dos resultados obtidos.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

O maior dever do Ministério Público, como é ressabido, é a defesa da ordem jurídica, ao primar pelo cumprimento das normas vigentes. Inúmeras seriam as vantagens⁵⁵ da atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro: a credibilidade dos membros oficiais quanto a sua atuação e formação jurídica; a isenção e imparcialidade absolutas em seu pronunciamento; a ausência de custo para as partes, salvo se houver necessidade de perícias ou produção de provas e, por deterem as garantias institucionais da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos gozariam de maior autonomia e independência para exercer tal múnus.

Insta salientarmos que os dispositivos legais e infralegais que regulamentam a matéria não fazem qualquer distinção quanto à espécie de conflito, de forma que, em nosso entendimento, faz-se possível a arbitragem ministerial tanto nos dissídios individuais, como nos coletivos, uma vez requisitada pelas partes.

Outros diplomas legais contemplam a hipótese do uso da arbitragem nos impasses trabalhistas. É o caso, por exemplo, da lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa:

Art. 4º Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:
I - mediação;
II - arbitragem de ofertas finais.

Considera-se arbitragem de ofertas finais, de acordo com o § 1º, do referido dispositivo legal, aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.

Outrossim, a Lei dos Portos (lei nº 8.630/93), preconiza a constituição de uma comissão paritária direcionada a solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra. Aqui também a arbitragem será de ofertas finais. Os árbitros deverão ser escolhidos de comum acordo entre as partes e, uma vez firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes (art. 23).

Podemos citar ainda a Lei de Greve (lei nº 7.783/89), que em seu artigo 7º, dispõe: “Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.”

⁵⁵ LEITE, Carlos H. Bezerra. **Ministério Público do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p.136.

Vemos, portanto, que antes mesmo do advento da Lei de Arbitragem, já existiam em nosso ordenamento dispositivos normativos que regulavam o uso da arbitragem na esfera trabalhista, de tal sorte que não há como se refutar totalmente sua utilização, haja vista tratar-se de instituto que vem repetidamente sendo utilizado pelo legislador pátrio.

Por outro lado, urge destacarmos que, não obstante a majoritária corrente jurisprudencial ser contrária à hipótese tratada no vertente trabalho, considerável parcela dos julgadores trabalhistas vem se mostrando favorável à arbitragem como meio alternativo de composição de litígios, principalmente nos estados de Minas Gerais e Bahia, ao reconhecer a impossibilidade de se rediscutir, em juízo, a matéria já decidida através da sentença arbitral.

Neste sentido, colacionamos a seguir alguns julgados:

ARBITRAGEM – DISSÍDIO INDIVIDUAL – CABIMENTO - Na seara coletiva, sem dúvida alguma, a arbitragem é um procedimento altamente salutar, reconhecido, inclusive, pela Constituição Federal (art. 114, § 1º). A questão, contudo, merece maiores reflexões no que se refere ao dissídio individual. O art. 1º da Lei nº 9.307/96 é explícito ao afirmar que a arbitragem somente é cabível para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência têm se dividido entre aqueles que repelem totalmente o instituto, em razão da irrenunciabilidade e, conseqüente, indisponibilidade dos direitos trabalhistas; aqueles que o aceitam em termos e, por fim, outros que querem aplicá-lo na sua forma mais ampla. **A arbitragem no campo individual trabalhista só deve ser admitida em casos excepcionalíssimos, quando envolvidos empregados graduados, executivos etc., e estabelecida por compromisso arbitral, após a eclosão do conflito, mas nunca por cláusula compromissória, quando da realização do contrato de trabalho, que é um contrato de adesão, em que o trabalhador não tem condições de negociar em igualdade o que entende correto. Tais disposições não se chocam com o estatuído pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário para a lesão de qualquer direito, como preceituado no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal, visto que o Poder Judiciário poderá rever a questão, desde que haja evidências da nulidade da sentença arbitral (art. 33 da Lei 9.307/96).**⁵⁶ (destaque nosso).

JUÍZO ARBITRAL. APLICABILIDADE NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. POSSIBILIDADE. Excluídos os vícios de consentimento e observadas as exigências previstas na Lei no. 9.307/96, é perfeitamente cabível o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas.⁵⁷

Contudo, há quem, não obstante aceitar a hipótese da arbitragem na esfera trabalhista, recomenda parcimônia em seu uso, principalmente no que tange aos efeitos da coisa julgada da sentença arbitral no processo do trabalho:

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 15ª Região – Campinas/São Paulo. Recurso Ordinário nº01048-2004-032-15-00-0. Relator: Flavio Nunes Campos. Recorrente: Sérgio De Jesus Ferreira. Recorridos: Têxtil Rossini Do Brasil Ltda e Empresa Brasileira de Segurança e Vigilância Ltda. Campinas, 03 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>>. Acesso em: 20 maio 2009.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 5ª Região – Bahia. Recurso Ordinário nº 20524/07. Relatora: Desembargadora Débora Machado. Recorrente: Edivanildo Araújo Santos. Recorridos: Amaral – Coleta de Lixo Comercial e Urbana Ltda. e Outros. Salvador, 24 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/servicos/AcordaoConsultaBlobTexto.asp? v_id=48561&texto=arbitragem>. Acesso em: 20 maio 2009.

EMENTA: JUÍZO ARBITRAL NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS. SENTENÇA ARBITRAL. COISA JULGADA. Cumpridas todas as exigências legais, e desde que respeitadas as garantias mínimas previstas no ordenamento jurídico trabalhista, é possível a solução dos conflitos individuais trabalhistas pela utilização da arbitragem, ainda mais quando assistido o reclamante pelo sindicato, ou quando houver norma coletiva dispondo a respeito. Todavia, até que a matéria seja amadurecida no âmbito das relações laborais, entendo, por enquanto, que a sentença arbitral não pode fazer coisa julgada no processo do trabalho, devido, principalmente, ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos laborais, dependendo cada caso dos seus contornos fáticos e jurídicos, cabendo ao magistrado dar-lhe o valor que entender devido, como equivalente jurisdicional de solução dos conflitos.⁵⁸

Recentemente, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao apreciar o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1475/2000-193-05-00, em 15 de outubro de 2008, reconheceu a possibilidade da utilização da arbitragem, uma vez atendidas às exigências insertas na lei nº 9.307/96, *in verbis*⁵⁹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. LEI Nº 9.307/96. CONSTITUCIONALIDADE. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista querer conhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 – a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a, do artigo 896, da CLT e da Súmula nº 296, desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região – Minas Gerais. Recurso Ordinário nº 14832/01. Relator: Convocado Maurílio Brasil. Recorrentes: Asbace - Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais Emerson Junio Balduino. Recorridos: os mesmos. Belo Horizonte, 08 de março de 2002. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao271584&codprocesso=267314&datPublicacao=08/03/2002&index=0>>. Acesso em: 20.05.2009.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1475/2000-193-05-00.7. Relator: Ministro Pedro Paulo Manus. Agravante: ARCANJA DOS SANTOS FERREIRA VAZ . Agravado: LOJAS BRASILEIRAS S.A. Julgamento em 15.10.2008. Publicação em: 17.10.2008. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 08 mar 2009.

Para o Ministro Pedro Paulo Manus, relator da decisão em apreço, a questão não pode ser vista de forma tão ortodoxa⁶⁰:

Há colegas que têm essa idéia de que nada no Direito do Trabalho pode ser negociado. Acredito realmente que há regras que não podem ser negociadas, como as processuais e as que estabelecem patamares mínimos para o salário ou piso da categoria e as normas de segurança do trabalho. Mas em Direito Civil também tem determinadas normas que não são disponíveis.

Assevera, outrossim, que a arbitragem representa mais uma forma de acesso à Justiça, e que os juízes não podem ser contrários a ela quando verificada a celebração segundo os critérios legais. O que deve ser repellido é a utilização da arbitragem como forma de se burlar o direito do trabalhador. "É claro que isso não pode servir para fraudes. A utilização da arbitragem não deve significar fraudar aos direitos trabalhistas. No entanto, é preciso assegurar que as partes tenham liberdade para negociar. Essa é uma tentativa de criar meios extrajudiciais de resolução", afirma.

Compartilhando o mesmo entendimento, o Ministro Ives Gandra Martins Filho, presidente da 7ª Turma, também se manifestou a favor do instituto. Em relação à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, ele defende a tese de que existem limites. "Você não pode transacionar determinados direitos, como em matéria previdenciária ou que diga respeito à medicina e segurança do trabalho. Agora, o resto... Salário, jornada, justa causa, por que não?", assevera.

Ainda de acordo com o supracitado ministro, a idéia da arbitragem integra a terceira onda da reforma, de maior acesso à Justiça: "É possível admitir formas alternativas de composição do litígio que não precisem chegar ao Judiciário".

Contudo, cumpre ressaltarmos que o posicionamento acima reproduzido ainda não é compartilhado pela grande maioria dos operadores do direito. No estado do Ceará, por exemplo, a hipótese vem sendo veemente rechaçada. Em fevereiro do corrente ano, o Tribunal Cearense de Arbitragem Ltda. assinou perante o Ministério Público do Trabalho (MPT) Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em que se comprometeu a não prestar serviço de assistência à rescisão contratual, mediar ou arbitrar em qualquer questão de natureza trabalhista individual - ainda que de vários trabalhadores-, inclusive discussão de vínculo empregatício.

⁶⁰Informações extraídas do sítio da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/site/index.php?view=article&catid=66%3Aclipping-anpt&id=187%3Atst-valida-decisao-arbitral&option=com_content&Itemid=75>. Acesso em: 20 maio 2009.

O descumprimento das obrigações assumidas importará na incidência de multa de R\$ 10 mil por trabalhador envolvido na atuação (mediação/arbitragem), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) ou a programas de qualificação profissional de pessoas portadoras de deficiência ou de menores aprendizes.

A atuação do Tribunal de Arbitragem em questões de natureza individual foi denunciada ao MPT pelo presidente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-7ª Região), desembargador José Antonio Parente da Silva, e investigada pelo procurador do Trabalho Nicodemos Fabrício através de inquérito civil.

Para o representante do MPT a atuação dos Tribunais de Arbitragem deve se restringir às questões de natureza trabalhista coletiva. No que tange ao recente precedente da 7ª Turma do TST, validando decisão de juiz arbitral em ação trabalhista, assevera que⁶¹: “Esse precedente ainda se limita a uma Turma, portanto, não reflete o pensamento do Pleno daquele Tribunal, e se aplica a uma situação muito específica”.

Dessarte, o que podemos depreender dos vários argumentos acima citados e analisados, é que existem duas correntes acerca do tema cerne do vertente trabalho, que se contradizem. A primeira delas, amplamente aceita pelos doutrinadores e pelos demais operadores do direito – juízes e representantes do ministério público –, refuta energicamente o uso da arbitragem nos conflitos individuais, somente o admitindo nos conflitos coletivos, ante previsão constitucional. Para tanto, argumentam que, por se caracterizarem, os direitos trabalhistas, como de ordem pública, não são estes passíveis de transação.

Todavia, não obstante ser coerente o raciocínio acima, urge ressaltarmos que, no processo trabalhista, a conciliação é valorizada e até incentivada perante o magistrado. De fato, preconiza os art. 764 da CLT:

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

No procedimento ordinário, é obrigatória a proposta conciliatória em dois momentos: após a abertura da audiência (art. 846 da CLT) e após as razões finais (art. 850 da CLT), sendo permitido às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo

⁶¹Informações extraídas do sítio da Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região. Disponível em: http://www.prt7.mpt.gov.br/noticias/2009/fevereiro/12_02_09_MPT_obtem_compromisso_tribunal_arbitragem.htm. Acesso em: 20 maio de 2009.

depois de encerrado o juízo conciliatório (art. 764, §3º). Vemos, portanto, a consagração do princípio da conciliação, no processo trabalhista.

[...] cabe ao juiz do trabalho, ao celebrar o acordo, verificar a observância das normas de proteção ao trabalhador (normas imperativas, de ordem pública), bem como atestar as bases acordadas não prejudiciais ao obreiro, podendo o magistrado recusar a homologação do acordo quando o mesmo representar, em verdade, renúncia de direitos pelo empregado⁶².

Conclui-se, portanto, que não há empecilhos à transação dos direitos trabalhistas perante o magistrado do trabalho, observadas as normas de caráter imperativo. Todavia, há quem refute a possibilidade de transação perante outros agentes, por presumir a falta de isenção destes conciliadores e árbitros. Asseveram que somente a autoridade judiciária detém legitimidade para mediar os acordos entabulados entre empregadores e empregados, suprindo a condição de vulnerabilidade vivida pelos últimos.

Cumprе consignarmos que de fato, mister se faz a integridade daquele que servirá como árbitro nas contendas trabalhistas, haja vista a peculiaridade da espécie. Contudo, cremos que não só o magistrado, como outras autoridades públicas poderão exercer este papel. Como tivemos a oportunidade de destacar alhures, há previsão legal da atuação do *Parquet* como árbitro nos conflitos trabalhistas, independente de serem estes coletivos ou individuais. Basta para tanto que as partes assim convencionem. Destarte, por que não se admitir tal hipótese como opção ao desafogamento do Poder Judiciário?

Ora, pelo art. 127 da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Portanto, não haveria qualquer óbice a sua participação na solução dos conflitos trabalhistas, haja vista tratar-se de órgão imparcial, de funções reconhecidas constitucionalmente. Como fiscal da lei, poderia afastar a hipossuficiência do obreiro e buscar uma solução que melhor atendesse aos interesses das partes conflitantes, sem que houvesse o desenrolar de todo o trâmite processual para tanto.

Outrossim, órgãos de composição paritária, integrados por especialistas na área, sob fiscalização do Estado e da sociedade poderiam desempenhar essa função de forma autônoma, uma vez criadas regras que assegurassem sua independência funcional.

É importante assinalarmos que não somos adeptos ao uso indiscriminado da arbitragem na seara trabalhista, vez que, como é ressabido, trata-se de área repleta de

⁶² SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Método. 2007, p.39.

peculiaridades que requer maior atenção. Todavia, não há como se refutar integralmente tal hipótese, pois nem todos os direitos trabalhistas estão excluídos da esfera de disponibilidade dos trabalhadores. Assim, se o obreiro e o empregador optam por meio extrajudicial a fim de solucionar o impasse, se a desigualdade material entre as partes é afastada, e estas podem livremente pactuar, e, por último, se o objeto da querela não reflete a proteção estatal, tampouco importa malefícios ao trabalhador, não vemos porque o instituto da arbitragem não possa ser contemplado no âmbito trabalhista.

Também não somos alheios às transformações pelas quais vem passando os direitos trabalhistas. Somos contrários a medidas flexibilizadoras que importem prejuízos a classe trabalhadora. No entanto, não podemos fechar os olhos à realidade vivida por inúmeros trabalhadores brasileiros que esperam anos o deslinde do impasse no qual estão envolvidos, sem terem acesso às verbas de caráter alimentar que lhes são devidas, vivenciando uma situação de desespero, por não encontrarem imediatamente nova colocação profissional, e sem contarem com o auxílio governamental para proverem o sustento seu e de sua família.

Se existe a possibilidade de outras formas de solução de conflitos, por que não as utilizarmos? Por que não as aperfeiçoarmos e corrigirmos suas falhas, ao contrário de repudiá-las prontamente? O uso da arbitragem, não obstante, em parte, refletir os ideais liberais, fora uma das primeiras formas de composição de conflitos, antecedendo inclusive a jurisdição. De tal maneira que, se mostra uma alternativa coerente e admissível à resolução dos embates trabalhistas, desde que se imponha limites necessários a fim de coibir abusos e evitar prejuízos aos trabalhadores.

Por conseguinte, preferimos nos perfilar a segunda corrente de doutrinadores que defendem o uso da arbitragem em situações específicas, que comportem a possibilidade de transação, jamais, frise-se, renúncia dos direitos trabalhistas. Assim, apenas uma parcela desses direitos, de caráter privado, poderia ser submetida à arbitragem. cremos, outrossim, que diversas medidas poderiam vir a ser adotadas a fim de se afastar a idéia, que a maioria dos operadores do direito do trabalho tem, de fraude no juízo arbitral. É resabido que o obreiro encontra-se em uma condição de hipossuficiência e de submissão não só jurídica, mas também social e econômica, ainda mais no Brasil, país repleto de desigualdades e de contradições regionais. Portanto, a fim de igualar os pólos dessa relação, alternativas tais como a atuação de órgãos especializados, intervenção dos sindicatos e, mormente, participação do Ministério Público do Trabalho como árbitro, querem-nos parecerem, a princípio, satisfatórias a tal fim.

Como veremos adiante o uso da arbitragem na seara trabalhista é uma realidade presente em diversos países. Portanto, cumpre analisarmos as peculiaridades existentes em cada uma dessas nações a fim de compará-las com o sistema brasileiro, e buscar outras soluções, afora as que já foram discutidas acima.

4.4 Contexto Internacional

Ao analisar a arbitragem no direito trabalhista comparado e internacional, Sérgio Pinto Martins⁶³ faz uma nítida divisória entre as formas de uso deste instituto nos países que o adotam:

No direito comparado vamos verificar a divisão da arbitragem, principalmente sob o ângulo de ser facultativa ou voluntária (*voluntary arbitration*), em que as próprias partes a escolhem livremente como forma de solucionar seus conflitos, e obrigatória (*compulsory arbitration*), imposta pela respectiva legislação.

Iniciando seu cotejo analítico, o autor supramencionado caracteriza a justiça arbitral na Austrália, país em que a arbitragem muito se aproxima da jurisdição, vez que os laudos arbitrais, proferidos por tribunais quase judiciais, valem como sentenças. Prima-se neste país pela mediação; contudo esta não logrando êxito, opta-se pela arbitragem.

Já na Nova Zelândia, a compulsoriedade da arbitragem perdurou até 1991, ano no qual foi editado o *Employment Contract Act*, que substituiu esse sistema por contratos coletivos ou individuais em nível de empresa.

Na Grã-Bretanha a arbitragem ganha grande relevo na seara trabalhista. Seu uso é obrigatório moralmente, conquanto não seja legalmente. A princípio, qualquer conflito, como os que envolvem salários, classificação profissional, despedida e questões disciplinares, pode ser submetido a órgãos arbitrais, tal como o ACAS – Advisory, Conciliation and Arbitration Service – serviço público independente, criado por lei em 1975, liberado da tutela jurisdicional, composto por dez membros: presidente, três representantes da federação empresarial, três representantes dos sindicatos e três integrantes com preparação científica. Contudo, ressaltamos que, não obstante seu uso dar-se largamente nos conflitos entre

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2001.p. 83

sindicatos e empregadores, quase não vem sendo usada entre empregados e empregadores concretos.

Cumpramos destacar que no Japão também há a atuação de órgãos estatais, de formação tripartite: um representante dos empregados, um dos empregadores e um do “interesse público”.

Na França, o Código Napoleônico já previa o instituto da arbitragem. Atualmente, no que tange aos conflitos trabalhistas, a existência de cláusula compromissória em acordo ou convenção coletiva se faz imprescindível. A arbitragem tem lugar após a frustração da mediação e da conciliação, ou quando instigada diretamente pelas partes. Para os conflitos jurídicos, o árbitro se valerá das regras de direito, enquanto que, nos dissídios econômicos, decidirá de acordo com a equidade. A decisão arbitral deverá ser devidamente fundamentada, podendo ser impugnada perante a Corte Superior de Arbitragem – órgão composto por juízes de ordem administrativa e judiciária. Uma vez anulada a arbitragem pela referida corte, as partes poderão indicar novos árbitros. Destaca-se, outrossim, o Conselho de *Prud'hommes*, instituição integrada por juízes leigos, em composição paritária (empregados e empregadores). Trata-se de um organismo conciliador, antes de ser julgador; possui competência para qualquer lide individual e integra o aparelho judicial estatal, sendo suas decisões passíveis de revisão pela *Corte de Casation*.

Os conflitos trabalhistas coletivos, na Espanha, poderão ser solucionados por meio da arbitragem, ante a previsão do Decreto-Lei de Relações de Trabalho (DLRT). É imprescindível que os árbitros possuam uma qualificação especial. Os juízos arbitrais detêm competência para dirimir os conflitos individuais assim como os coletivos, todavia somente no que tange a lides de natureza jurídica, ou seja, que dizem respeito à interpretação do direito. A regra geral é a voluntariedade da escolha pela arbitragem, contudo, em casos excepcionais, como uma greve com longo tempo de duração, dependendo de suas conseqüências, a arbitragem poderá ser imposta, de forma obrigatória, consoante decisão do Tribunal Constitucional Espanhol.

Nos Estados Unidos, o uso da arbitragem é facultativo para os conflitos trabalhistas individuais. Assim como na Espanha, não é necessário que o árbitro possua qualificação específica. Este pode decidir livremente, desde que não contrarie a lei. A arbitragem americana pode ser dividida em duas espécies: a de queixas (*grievance arbitration*) e a de interesses (*interest arbitration*). A primeira é forma de solucionar conflitos

de interpretação ou de aplicação de convênios, ao passo que a segunda busca fixar novas condições de trabalho. Não obstante ser o laudo arbitral irrecorrível, alguns estados americanos prevêm a possibilidade de nulidade, ante a existência de algum vício durante o seu proferimento. Destaque para a *American Arbitration Association*, importante instituição arbitral com sede em Nova York e ramificações em todo o País e no exterior.

A legislação italiana contempla o uso da arbitragem nos contratos ou acordos coletivos, no que tange à interpretação ou à execução, desde que haja cláusula compromissória, não sendo passível de recurso, o laudo arbitral, cabendo tão-somente a interposição de ação de nulidade nos casos expressamente previstos.

O modelo belga, regulamentado em 1972, confere ao árbitro amplos poderes, tendo a sentença os mesmos efeitos da sentença judicial, podendo o juízo arbitral ordenar todos os meios de provas, tais como investigações, vistorias, inspeção, comparecimento pessoal das partes. Importa frisar, outrossim, a possibilidade da utilização de medidas cautelares, para assegurar direitos, caso estarem estes prestes a deteriorarem-se.

No México, a arbitragem é facultativa nos conflitos que envolvam o direito de greve. Contudo, nos demais casos, ela se torna obrigatória. Preconiza a Constituição de 1917 que, acaso haja recusa do empregador em submeter o impasse à arbitragem, o contrato trabalhista será rescindido, cabendo indenização equivalente a três meses de salário ao trabalhador. Sendo a recusa do obreiro, o contrato será resolvido. Vale ressaltar que a arbitragem é inaplicável nos conflitos individuais, sendo cabível tão-somente nos conflitos coletivos que objetivam novas condições de trabalho.

O sistema de arbitragem na Argentina muito se assemelha ao adotado no Brasil, haja vista que, ante a recusa de uma das partes em submeter a querela ao juízo arbitral, após assinar cláusula arbitral, poderá a outra parte peticionar ao juiz para que supra a parte renunciante. Os litígios trabalhistas são comumente objeto dos juízos arbitrais, que buscam, sempre que possível, a solução do impasse por técnicas de conciliação.

Em Portugal, a arbitragem está vinculada à vontade das partes. Contudo, torna-se compulsória nas hipóteses que envolvam empresas públicas ou de capitais públicos. Seus limites estão insertos tanto nas normas constitucionais quanto legais, não podendo violar direitos fundamentais e normas imperativas, nem diminuir direitos e garantias consagradas

nas convenções coletivas de trabalho anteriores, nem estabelecer condições menos favoráveis que as legais.⁶⁴

A República Dominicana apresenta um dos sistemas mais liberais, ao permitir que tanto conflitos individuais como coletivos sejam apreciados por árbitros. A sentença arbitral será irrecorrível e seus efeitos terão vigência de até cinco dias, tal como as convenções coletivas de trabalho.

A arbitragem assume natureza compulsória na Austrália, vez que os laudos arbitrais valem como sentenças. “Os tribunais de arbitragem são órgãos quase judiciais. Os laudos arbitrais (*awards*) têm o mesmo valor das sentenças normativas.”⁶⁵. Sua utilização restringe-se aos conflitos coletivos.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho), por meio da Convenção nº 154 de 19.06.1981⁶⁶, ratificada pelo Brasil em 10.07.1992, prevê a utilização de meios alternativos, tais como a conciliação e a arbitragem, na solução de conflitos, uma vez presente a participação voluntária das partes.

Ante tais considerações, concluímos que apesar das especificidades de cada país, prevalece a voluntariedade do uso da arbitragem na solução dos conflitos trabalhistas. Salvo exceções, como Espanha e Portugal, a regra é que as partes, de comum acordo, busquem essa formal extrajudicial para dirimir o impasse que as envolve. Outrossim, vislumbramos que o objeto de apreciação do juízo arbitral restringe-se, em muitos casos, aos conflitos coletivos. Todavia, grande parte dos países desenvolvidos, como França, Grã-Bretanha e Estados Unidos admitem a possibilidade da utilização da arbitragem nos conflitos individuais. Contudo vale aqui ressaltar que a situação da classe operária nestes países distancia-se daquela existente em países periféricos como o Brasil, seja pela maior conscientização dos obreiros, seja pela organização e força política dos sindicatos de trabalhadores, seja pelo histórico de lutas, quer seja pelas melhores condições sócio-econômicas que esposam a população dos países de primeiro mundo.

⁶⁴ LORENTZ, Lutiana Nacur. **Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr. 2002.p.44.

⁶⁵ MARTINS, Sérgio Pinto., op. cit.,2001.p. 82.

⁶⁶ Artigo 5

1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

de instituições de conciliação de arbitragem, ou de ambos, nos quais tomem parte voluntariamente as partes na negociação coletiva.< Disponível em: <http://www.institutoamp.com.br/oit154.htm> >. Acesso em: 20 maio 2009.

Ademais, cumpre assinalarmos que, em muitos dos países acima mencionados, existem órgãos públicos voltados para solucionar as contendas trabalhistas via arbitragem. Sem sombra de dúvidas, tais órgãos refletem a preocupação estatal em resguardar as garantias trabalhistas, o que, a nosso ver, mostra-se uma posição salutar, digna de aplausos, desde que a atuação dessas instituições ocorra somente quando provocada pelas partes, jamais de forma compulsória, pois, caso contrário, estaríamos diante de nítida interferência estatal maléfica, em prejuízo ao livre acesso ao Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho reveste-se de inúmeras peculiaridades, haja vista ser seu objetivo precípua resguardar os interesses da parte mais frágil da relação empregatícia: o trabalhador. Com efeito, ante a condição de subordinação e de hipossuficiência que este presumidamente ostenta, imprescindível se faz a criação de normas que assegurem não só a igualdade formal, mas também material entre patrão e empregado.

Os direitos trabalhistas sofreram ao longo da história diferentes espécies de tratamento, desde a tutela mínima no Estado liberal, até a tutela máxima no Estado de bem-estar social. Ultimamente vem sofrendo diversos tolhimentos por meio de medidas flexibilizadoras impostas por governos conhecidos como “neoliberais”. Críticas surgem à adoção de tais medidas, uma vez que muitas delas não se prestam somente a contornar períodos de crise, mas sim, dismantelar direitos historicamente conquistados pela classe trabalhadora, a bel prazer dos detentores dos meios de produção.

Neste contexto surge a arbitragem como meio de pacificação social. Instituto, segundo alguns, de cunho liberal, não se configura, a nosso ver, em um substitutivo à jurisdição, mas sim, em via alternativa, apta a contornar os dilemas vivenciados pelo Poder Judiciário. Não obstante ser comumente utilizada na seara cível e comercial, uma vez revestida das cautelas necessárias, mostra-se admissível em setores até então exclusivamente protegidos pelo poder estatal, como é o caso do Direito do Trabalho, havendo inclusive previsão constitucional neste sentido, no que tange aos conflitos coletivos.

Como dito alhures, o âmbito trabalhista consubstancia-se em uma variedade de normas protetoras necessárias ao fim que se propõe. Contudo nem todas as regras trabalhistas revestem-se de caráter público. Há benefícios que são conferidos pelo empregador e constituem um *plus* em relação às garantias legais. Destarte, não há como se refutar à submissão do juízo arbitral, querelas que envolvam direitos de ordem privada, que em nada lesarão os preceitos legais.

No entanto, a hipótese tratada no vertente trabalho requer a adoção de cautelas. A primeira delas, como já salientado alhures, consiste em delimitar o objeto de apreciação do juízo arbitral nas contendas trabalhistas. De fato, somente direitos que sobrepujam aqueles

estatuídos pelo Estado, são passíveis de transação e, portanto, de serem submetidos ao crivo de árbitros.

Como segundo pressuposto à utilização da arbitragem na seara trabalhista, destacamos a atuação de órgãos imparciais, de integridade reconhecida no seio social. Para tanto, a criação de órgãos de composição paritária, cujos membros sejam detentores de prerrogativas legais, a fim de resguardar sua independência funcional e a atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro, ante a previsão do art. 83, inciso XI, da LC 75/93, configuram, a nosso ver, em alternativas apropriadas a se evitar a hipótese de fraudes no proferimento da sentença arbitral, bem como de coação, ou qualquer outro vício que macule a vontade do trabalhador em se valer da via arbitral.

De fato, uma vez constatado algum vício de consentimento, possível será a declaração de nulidade da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. Esta possibilidade se mostra uma importante ferramenta ao uso deste meio extrajudicial na esfera trabalhista. Como é ressabido, o Brasil, país de proporções continentais, abriga diferentes realidades, diferentes culturas, de tal sorte que não podemos comparar um trabalhador urbano, devidamente assistido por um sindicato, com um trabalhador rural, desprovido de informações. Assim, diante do caso concreto poderia se verificar a autonomia de vontade das partes e, acaso constada alguma imperfeição na declaração de vontade, nula seria a sentença arbitral e a matéria seria rediscutida em juízo.

Destarte, não há como se refutar radicalmente a hipótese da arbitragem como meio de solução nos conflitos individuais trabalhistas, vez que existem alternativas a “equilibrar os pratos” da relação empregado x empregador e coibir abusos que porventura possam ocorrer durante a celebração do compromisso arbitral e durante o trâmite do processo arbitral, resguardando-se, sempre, frise-se, as garantias mínimas asseguradas em lei, como aquelas pertinentes à saúde e a segurança do trabalhador e a garantia do salário mínimo, por exemplo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr. 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 23 março 2009.

_____. Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 set. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 15 março 2009.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 maio 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp75.htm>> Acesso em: 19 maio 2009.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 20 março. 2009.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 fev.2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 27 março 2009.

_____. Lei nº 7.783 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun.1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7783.htm>>. Acesso em: 22 maio 2009.

_____. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 maio 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8036consol.htm>>. Acesso em: 27 março 2009.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set.1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>> Acesso em: 29 março 2009.

_____. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 fev 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/l8630.htm>>. Acesso em: 22 maio 2009.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 março. 2009.

_____. Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jan.1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9601.htm>>. Acesso em: 27 março de 2009.

_____. Resolução nº 44, de 1999, do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho. Disponível em:< http://www.prt18.mpt.gov.br/codin/mediacao/mpt_como_arbitro.htm>. Acesso em: 19 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 5206. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Advogados: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Agravado: Resil Industria e Comercio Ltda. Advogados: Marcia Serra Negra e André Carmelino Alves e outros. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=\(5206.ume.%20ou%205206.acms.\)&base=baseacordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=(5206.ume.%20ou%205206.acms.)&base=baseacordaos). Acesso em: 30 mar. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0702.06.319785-0/002(1). Relator: Elpídio Donizetti. Apelante: Jefferson Gitirana Neto. Apelado: Construtora RCG Ltda. Belo Horizonte, 10 de março de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=6&txt_processo=319785&complemento=002&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 11 abr. 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 15ª Região – Campinas/São Paulo. Recurso Ordinário nº01048-2004-032-15-00-0. Relator: Flavio Nunes Campos. Recorrente: Sérgio De Jesus Ferreira. Recorridos: Têxtil Rossini Do Brasil Ltda e Empresa Brasileira de Segurança e Vigilância Ltda. Campinas, 03 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>>. Acesso em: 20 maio 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região – Minas Gerais. Recurso Ordinário nº 14832/01. Relator: Convocado Maurílio Brasil. Recorrentes: Asbace - Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais Emerson Junio Balduino. Recorridos: os mesmos. Belo Horizonte, 08 de março de 2002. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao271584&codprocesso=267314&datPublicacao=08/03/2002&index=0>>. Acesso em: 20 maio 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 5ª Região – Bahia. Recurso Ordinário nº 20524/07. Relatora: Desembargadora Débora Machado. Recorrente: Edivanildo Araújo Santos. Recorridos: Amaral – Coleta de Lixo Comercial e Urbana Ltda. e Outros. Salvador, 24 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/servicos/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=48561&texto=arbitragem>. Acesso em: 20 maio 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1475/2000-193-05-00.7. Relator: Ministro Pedro Paulo Manus. Agravante: ARCANJA DOS SANTOS FERREIRA VAZ . Agravado: LOJAS BRASILEIRAS S.A. Julgamento em 15.10.2008. Publicação em: 17.10.2008. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 08 mar. 2009.

_____. **Súmula nº 51**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html> Acesso em: 03 maio 2009.

_____. **Súmula nº 199**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html> Acesso em: 02 maio 2009.

_____. **Súmula nº 367**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html> Acesso em: 02 maio 2009.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**. São Paulo: 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2ªed. Niterói: Impetus. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. v.1.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. v.3.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Conflitos de consumo e juízo arbitral**. Disponível em: <<http://74.125.93.104/search?q=cache:rkqVGqHCMH0J:www.grupos.com.br/group/direitosdifusosecoletivos/Messages.html%3Faction%3Ddownload%26year%3D08%26month%3D2%26id%3D1202732938151520%26attach%3DLEIARBIT-.DOC+Procurador+de+Justi%C3%A7a+Jos%C3%A9+Geraldo+de+Brito+filomeno+arbitragem+consumidor&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=BR>>. Acesso em 05 maio 2009.

LEITE, Carlos H. Bezerra. **Ministério Público do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr. 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2001.

MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2002.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MOURA, Fernando Galvão., MELO, Nelma de Sousa. **Arbitragem no direito do trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2204>>. Acesso em: 17 maio 2009.

MPT obtém de Tribunal de Arbitragem compromisso de não atuar em questão trabalhista de natureza individual. **Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região**. Disponível em: <http://www.prt7.mpt.gov.br/noticias/2009/fevereiro/12_02_09_MPT_obtem_compromisso_tribunal_arbitragem.htm>. Acesso em: 20 maio 2009.

PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C. **Os direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5360>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem. Uma Avaliação Crítica.** São Paulo: Atlas. 2008.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Estudos sobre mediação e arbitragem.** Fortaleza: ABC Editora, 2003.

SANTOS, Rodrigo Ferreira; PIRES, Victor Paulo Kloeckner. **Arbitragem Internacional: Uma análise à luz da legislação brasileira.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/17333>>. Acesso em: 19.março.2009.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2008.

SILVA, José Augusto Ferreira da. **Empregabilidade em crise, Dezesseis milhões de desempregados na Europa e meio milhão só em Portugal.** Disponível em: <www.fazer.com.br/a2_default2.asp?cod_materia=2398>. Acesso em 01 maio 2009.

STIGLITZ, Joseph E. **O fim do neoliberalismo?** Disponível em: <http://arquivoetc.blogspot.com/2008/07/o-fim-do-neoliberalismo-joseph-e_16.html> Acesso: 01 maio 2009.

TST valida decisão arbitral. **Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho.** Disponível em: <http://www.anpt.org.br/site/index.php?view=article&catid=66%3Aclipping-anpt&id=187%3Atst-valida-decisao-arbitral&option=com_content&Itemid=75>. Acesso em: 20 maio 2009.