

Arbitragem no Direito Coletivo do Trabalho

Dariane Marques Martinelli^(*)

Introdução. Arbitragem Como Meio De Solução De Conflitos. 1.1 A Lei 9.307/1996 E Sua Constitucionalidade. 1.2 A Natureza Jurídica Da Arbitragem. 2 O Objeto Da Arbitragem E O Direito Do Trabalho. 2.1 A Flexibilização Das Normas De Direito Do Trabalho. 2.2 Direitos Suscetíveis De Arbitragem. 2.3 A Aplicação Da Arbitragem No Direito Do Trabalho. 2.4 A Negociação Coletiva E O Dissídio Coletivo. 3 A Arbitragem Nos Conflitos Coletivos. 3.1 A Arbitragem Frente À Emenda Constitucional 45/2004. 3.2 O Poder Normativo E A Força Sindical. 3.3 As Vantagens E Desvantagens Da Arbitragem. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo trará o estudo da arbitragem no direito coletivo do trabalho.

Para chegar objetivamente ao tema proposto, é necessário situar a arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias.

Considerando que a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) teve questionada a sua constitucionalidade frente à garantia de acesso à Justiça prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, será analisado o julgamento do Supremo Tribunal Federal que apreciou o incidente e após vários anos declarou a constitucionalidade da Lei.

Na continuação da abordagem, para permitir a absorção da instituição da arbitragem será verificada a natureza jurídica da função do árbitro e as correntes divergentes que tratam do assunto.

Inserindo a arbitragem no âmbito do direito do trabalho, passa-se a tratar da flexibilização das normas trabalhistas, em razão do forte caráter de irrenunciabilidade destas em proteção do trabalhador. A seguir tratar-se-á diretamente da possibilidade de aplicação da arbitragem no

^(*)Advogada graduada pela Faculdade de Direito de Curitiba e advogada, graduada pela Faculdade de Direito de Curitiba em 2003 e especialista em Direito do Trabalho pelas Faculdades Integradas Curitiba em 2006

direito do trabalho, principalmente na esfera coletiva, onde a disponibilidade de direitos trabalhistas é mais pacífica.

Para melhor se entender a importância da arbitragem nos conflitos coletivos do trabalho, será forçoso adentrar brevemente ao tema da negociação coletiva e o dissídio coletivo, já que ambos também são formas de solução de conflitos e estão intimamente ligados à arbitragem, pois todos possuem previsão legal no mesmo artigo constitucional, qual seja, parágrafo 2º do artigo 114.

O presente estudo passará a versar então da alteração do referido artigo diante da Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe maiores obstáculos ao ajuizamento do dissídio coletivo de trabalho com natureza econômica, o que acaba ensejando maior interesse das partes em valer-se do instituto da arbitragem para a solução de seus litígios.

Mesmo constatando-se a viabilidade de utilização da arbitragem para o direito coletivo, é necessário verificar especificamente o poder normativo da justiça do trabalho e suas conseqüências, além da força sindical imprescindível para sua instituição.

Ao final, para corroborar e efetividade da arbitragem neste setor de direito, será efetuado o comparativo entre as vantagens e desvantagens da utilização da arbitragem frente à jurisdição estatal.

Por meio deste breve estudo, pretende-se analisar se o instituto da arbitragem, que atualmente tem crescido com maior ênfase nas relações de direito comercial, pode realmente ser utilizado nos conflitos coletivos de trabalho.

A partir desta proposta, analisou-se a alteração constitucional que teve por objetivo ampliar os meios autocompositivos desses conflitos e, também, a arbitragem como meio heterocompositivo.

Ocorre que não bastaria apenas analisar a simples possibilidade da arbitragem, mas também as problemáticas que impedem a sua ampla utilização, conforme será abordado na primeira e segunda parte do terceiro capítulo. Posteriormente, ultrapassada a problemática posta em questão, são validados os diversos benefícios que esta modalidade alternativa de solução de conflitos atribui às partes envolvidas.

1 ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 A LEI 9.307/1996 E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Pouco antes da promulgação da Lei de Arbitragem, especificamente em 11/09/1995, foi ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal – STF o pedido de homologação de sentença estrangeira autuado sob nº 5.206-7, sentença esta advinda do Reino da Espanha.

Tratava-se de laudo arbitral emitido na Espanha que dirimiu conflito existente entre duas empresas a respeito de direitos patrimoniais. Uma das empresas era brasileira e para que fosse possível a execução do laudo arbitral no Brasil havia necessidade da sua homologação junto ao STF. No primeiro julgamento o pedido não foi concedido por entender a Corte Suprema que seria necessário, inicialmente, a homologação do laudo arbitral por autoridade judiciária ou órgão público equivalente no país de origem, no caso, junto à Espanha.

Contra tal decisão foi interposto Agravo Regimental em 04/01/1996, sendo que o seu julgamento somente veio a ocorrer a partir de 10/10/1996. O relator designado foi o Min. Sepúlveda Pertence que, inicialmente proferiu voto para dar provimento ao agravo, já sob análise da então recente Lei de Arbitragem promulgada em 23/09/1996. Mencionou em suas fundamentações que tal lei trazia duas alterações radicais se comparadas às redações contidas no CPC (artigos 1.072 e seguintes).

A primeira delas seria a possibilidade de requerer provimento judicial que substituisse a manifestação da parte que se nega a firmar o compromisso arbitral previsto anteriormente em cláusula compromissória, caso seja necessário.

Já a segunda seria a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial, conforme acima mencionado, inclusive com força de título executivo, independentemente de homologação judicial.

Mesmo manifestando o Relator as suas considerações quanto às inovações trazidas pela Lei, porém dando seu voto de provimento, em seguida o Min. Moreira Alves propôs que o julgamento fosse convertido em diligência para que se colhesse parecer do Ministério Público Federal quanto à constitucionalidade da então recente Lei de Arbitragem, pois cogitava a possibilidade de afronta ao princípio do livre acesso ao Poder

Judiciário, direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, já que segundo seu entendimento estar-se-ia renunciando direito constitucionalmente irrenunciável.

De maneira bastante clara foi o parecer do Procurador Geral da República pela constitucionalidade da lei quando assim mencionou à fl. 88:

Penso ainda que a Lei nº 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inserido no art. 5º, inciso XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma ‘faculdade inerente à própria personalidade’, não um dever (vide CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in Execução Civil, Malheiros Editores, 4ª ed, p. 364)¹

Concluiu o parecer mencionando que não somente era lícita como também constitucional a possibilidade de composição extrajudicial por via da arbitragem, uma vez que era opção de fugir do formalismo

¹ STF. Autos de pedido de homologação de sentença autuado sob nº 5.206-7, originário do Reino da Espanha. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12 dez. 2001; publicado no Diário da Justiça em 19/12/2001.

excessivo e demora das demandas judiciais, sendo que as decisões arbitrais possuem os mesmos efeitos que as próprias sentenças judiciais.

Voltando-se ao plenário, agora com a complementação do voto do Min. relator, este repudiou a antiga forma de arbitragem compulsória imposta por lei, uma vez que contraria totalmente a natureza do instituto, além de posicionar-se pela inconstitucionalidade do art. 6º, parágrafo único, artigo 7º e parágrafos, pois atentou que não seria possível a expressão de renúncia *in abstracto* pela parte ao direito de ação, já que esta somente poder ser aferida concretamente, quando já se tem conhecimento do direito questionado no caso concreto de conflito de interesses.

Essa declaração inicial de inconstitucionalidade do Min. Sepúlveda Pertence diz respeito especificamente à possibilidade declarar a intenção de dirimir controvérsias futuras e eventuais ao juízo arbitral no momento que se pactua a cláusula compromissória sem aventar e delimitar especificamente os tipos de lide que poderão advir. Alega que o motivo da impossibilidade de renúncia a direito de ação que ainda não se conhece foi o motivo pelo qual repeliu-se a possibilidade de execução judicial específica da cláusula compromissória, antes da Lei de Arbitragem.

Outra hipótese criticada seria a permissão de ajuizamento de demanda judicial contra a parte que resiste a firmar o compromisso arbitral mesmo após a existência de cláusula compromissória. Torna mais claro o posicionamento do Min. Relator a transcrição de parte fundamental do seu voto:

Viu-se, com efeito, que o empecilho à incidência, na hipótese, da regra geral do art. 639 C. Pr. Civ., é a impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria vontade da parte recalcitrante, ‘regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar’ – qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem.

Ora, essa impossibilidade não pode suprir a lei ordinária, sem ferir a garantia constitucional de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (CF, art. 5º, XXXV).²

Afirma ainda que além da violar o preceito constitucional, estaria confrontando a vontade bilateral dos litigantes, já que um deles não mais deseja se submeter à arbitragem quando surge o conflito, sendo que a manifestação livre das partes para a instituição dessa forma extrajudicial de solução de conflito é o seu fundamento primeiro.

Ao final de seu novo voto, o Min. relator acabou por declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º e do artigo 7º da Lei de arbitragem e, conseqüentemente, do artigo 41 que deu nova redação aos artigos 267, VII, e 301, IX do Código de Processo Civil. Todavia deu provimento ao agravo para homologar o laudo arbitral estrangeiro.

Logo em seqüência, na sua oportunidade de voto ao julgado, o Min. Nelson Jobim esclareceu que enquanto projeto de lei do então Senador Marco Maciel que culminou na Lei 9.307/96, teve grande participação tanto na Câmara dos Deputados enquanto Ministro da Justiça na tentativa de valorizar os meios extrajudiciais de composição de conflitos, na busca não somente de torná-los eficaz como também o próprio sistema judiciário estatal. Demonstrou logo de início sua tendência em confirmar a constitucionalidade questionada.

O Min. Jobim também constatou que o artigo 5º, inciso XXXV é “*proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluem da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça a direito*” além de ter como destinatário o próprio legislador, enquanto criador de normas e mecanismos, e não o cidadão propriamente dito.

Essa consideração significa que restou preservado o direito do cidadão em **optar** em propor demanda perante o Judiciário, **sem que fosse ele obrigado a tal**, ou seja, preservou a possibilidade de recorrer ao

² Ibid., p. 1006.

Poder Judiciário se assim quiser o indivíduo, não o impedindo de tal conduta, permanecendo sua faculdade, a sua liberdade individual. (grifo do autor)

Logo após essa explicação, o julgamento tomou forma de diálogo, pois tanto o Min. relator Sepúlveda Pertence quanto o Min. Moreira Alves passaram a questionar o posicionamento do Min. Nelson Jobim quanto à constitucionalidade da norma questionada, se a garantia de acesso à Justiça objetiva o cidadão e por tal motivo estaria incluída entre as garantias individuais. Questionaram também a possibilidade ou não de execução da cláusula compromissória contra a parte desistente da arbitragem, tendo em vista a renúncia ao exercício do direito de ação no momento em que se insere a cláusula compromissória.

O Min. Relator ainda acrescentou que: *“A manifestação da vontade só pode constituir na renúncia ao exercício do direito de ação com relação a uma lide concreta; antes da lide manifestada, não é possível”*.³

Esmiuçando a lei de arbitragem, o Min. Nelson Jobim prosseguiu mantendo sua opinião de que a arbitragem somente poderá versar sobre direitos disponíveis, permitindo assim a renúncia da apreciação do Poder Judiciário. Completou que eventual processo intercorrente somente acontecerá nas hipóteses de ter sido firmada uma cláusula compromissória vazia, ou seja, que não tenha esclarecido o órgão arbitral institucional ou entidade especializada e nem optado por qualquer procedimento com regras estabelecidas.

E a necessidade do procedimento intercorrente para culminar com o compromisso arbitral é prevista exatamente pela falta de esclarecimentos da cláusula compromissória sobre a forma que será instituído o juízo arbitral para a lide que já teria surgido.

Depois do debate dessas questões pertinentes, o Min. Nelson Jobim pediu vista dos autos, levando ao adiamento do julgamento. Quando do retorno à sessão plenária, o Min. Nelson Jobim retomou seu voto especificando todo o procedimento da arbitragem e a lei que o regula, demonstrando que a instituição da arbitragem sempre ocorrerá após o surgimento do conflito, mesmo que haja anteriormente a cláusula compromissória no contrato, pois ela não institui a arbitragem, somente

³ Ibid., p. 1029.

ventila a sua possibilidade dentro do contrato firmado entre as partes. Tal pensamento vai de encontro à opinião do Min. relator, pois não caberia mencionar a renúncia abstrata à jurisdição, já que a execução da cláusula compromissória e instituição da arbitragem ocorrerão necessariamente após o surgimento do conflito.

Trata-se de momentos distintos, sendo o primeiro o pacto quanto à cláusula compromissória prevendo a utilização da arbitragem e o segundo a própria instituição da arbitragem após o surgimento do conflito.

Mesmo em relação à cláusula compromissória pactuada abertamente, sem ventilar qualquer hipótese de conflito, não se pode caracterizar como abstrata, pois ela somente poderá dizer respeito à relação jurídica decorrente do contrato firmado entre as partes, não podendo nunca extrapolá-la para situações que nada se comunicam com o contrato pactuado. Ademais, esclarece que a lei de arbitragem não permite a renúncia abstrata da jurisdição estatal, apenas a renúncia relativa à ação judicial enquanto decorrente da relação contratual das partes. Por tais motivos, entendeu o Min. Nelson Jobim ter afastado a primeira afirmação de inconstitucionalidade relativa ao parágrafo único do artigo 6º da Lei 9.307/96.

Em continuação do seu raciocínio contra a afirmação de inconstitucionalidade aventada pelo Min. relator, o Min. Nelson Jobim traz novamente algumas definições antes demonstradas, confirmando que a instituição de arbitragem consiste na execução do pactuado na cláusula compromissória. Ou seja, possuirá sempre uma controvérsia atual, já que a cláusula compromissória necessariamente será anterior ao conflito de interesses, pois do contrário estar-se-ia diante de um compromisso arbitral, que é a forma de instituição da arbitragem após o surgimento da pretensão resistida.

E ao tratar da declaração de inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei de arbitragem, o Min. Nelson Jobim especifica que tal redação legal diz respeito à cláusula compromissória “em branco”, que significa que no momento em que foi pactuada não foi prevista a forma de instituir a arbitragem quanto às regras de órgão ou entidade especializada e nem teve previsão de qualquer disciplina e procedimento da arbitragem,

apenas trazendo a manifestação das partes em se submeterem à arbitragem caso ocorra conflito relativo à sua relação contratual.

Isto porque, nos outros tipos de cláusula compromissória, surgindo o conflito decorrente da relação contratual, institui-se a arbitragem nos termos das regras que foram previstas pelas partes ou pelo órgão por elas escolhido, de acordo com a redação do artigo 5º da Lei, já que a previsão da ação judicial do artigo 7º tem unicamente a finalidade de instituir a forma de arbitragem e o compromisso do árbitro, contra os quais a parte se nega a fazer.

O Min. relator manifestou novamente seu voto pela inconstitucionalidade por entender pela impossibilidade do juiz substituir a vontade da parte recalcitrante à instituição da arbitragem, pois estaria regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio de origem. Isto porque a decisão do juiz seria a determinação da lide a ser submetida à arbitragem, uma vez que a cláusula compromissória seria a renúncia genérica à garantia constitucional de acesso à jurisdição. Portanto, permitir a validade do artigo 7º da Lei para formalização do compromisso arbitral através da execução judicial específica, seria a dispensa da vontade bilateral dos litigantes a fim de admitir a instituição do juízo arbitral.

Elucidou o Min. Nelson Jobim em seu voto que o juiz, na hipótese do artigo 7º da Lei, não poderá inovar em relação ao litígio então conhecido e determinado na petição inicial, porquanto apenas poderá verificar se ele está dentro das margens delineadas pela relação jurídica das partes e da cláusula compromissória e se o conflito diz respeito a interesses disponíveis.

Para dar força à sua explanação cita as observações do Min. Maurício Corrêa em julgado anterior (SEC 5.847-1, pág. 07):

... a noção genérica de litígio, objeto da renúncia, contém tão-só as espécies decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações contratuais. Ocorre que o juiz estatal, quando acionado para compelir a parte recalcitrante... não decidirá sem antes verificar se a demanda que se concretizou estava, ou não, abrangida pela renúncia declarada na cláusula

compromissória. Se concluir que a espécie de conflito que se concretizou se incluía no objeto da renúncia, deferirá o pedido.⁴

E teria finalizado o seu voto entendendo constitucional o parágrafo único do artigo 6º e o artigo 7º, bem como os artigos 41 a 44 da Lei de Arbitragem.

Após outras discussões em plenário, pediu vista dos autos o Min. Ilmar Galvão.

Quatro meses depois, o Min. Ilmar Galvão proferiu o seu voto fundamentando entre seus argumentos a realidade atual da complexidade e do rápido aperfeiçoamento das ciências tecnológicas a serviço da sociedade, cujos efeitos não são acompanhados pela insuficiência das ciências sociais, entre elas o próprio direito, que não consegue evoluir na mesma proporção e acaba arrastando por anos as soluções judiciais que lhe são requeridas.

Também esclarece que a garantia constitucional de acesso ao judiciário inserida na Carta de 1946, à época no artigo 141, § 3º, surgiu contra atos do governo de Getúlio Vargas, quando era possível a instauração de inquéritos policiais e outros atos que se instauravam contra pessoas que não conseguiam exercer o contraditório e a ampla defesa, culminando em decisões “*sumárias, finais e impositivas, insuscetíveis de reexame pelo Judiciário*”.

Concorda em seu voto com o Min. Nelson Jobim ao afirmar que a renúncia do direito de ação contida na cláusula compromissória não seria genérica, já que não pode dizer respeito a atos ou fatos diversos daqueles contidos no contrato em questão. Atribui que o reconhecimento da validade da cláusula compromissória está em consonância com convenções internacionais aderidas pelo Brasil, como o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 1923 (convalidado pelo Decreto nº. 21.187/1932), a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional (Decreto nº. 1.902/1996) e a Lei-Modelo da comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio

⁴ Ibid., p. 1070.

Internacional – UNCITRAL sobre a Arbitragem Internacional, editada pela Organização das Nações Unidas – ONU em 1985.

O Min. Ilmar Galvão termina seu voto realçando que a cláusula compromissória não é incompatível ao livre acesso ao judiciário estatal já que em caso de resistência de uma das partes na instauração da arbitragem, será o próprio poder judiciário que irá apreciar a sua eficácia, além da decisão arbitral ao final do conflito também poder ser executada somente por este mesmo poder estatal, inclusive pelo controle de sua validade quando questionada nos moldes do artigo 32 da Lei de Arbitragem. Não haveria assim a “supressão do controle judicial”, mas apenas a transposição do seu momento de atuação, prevalecendo inicialmente a liberdade das partes. Por fim, declara seu voto pela constitucionalidade dos dispositivos legais questionados e pela homologação da sentença arbitral.

Na seqüência foi a vez da Ministra Ellen Gracie pedir vista dos autos. Quando o julgamento retornou ao plenário, proferiu seu voto de maneira bastante sucinta, lembrando que anteriormente à Lei 9.307/96 o país se distanciava da demais jurisdições ao permitir que sempre que uma das partes pretendesse furta-se à solução célere de uma controvérsia ou do reconhecimento de sua responsabilidade pela quebra do pacto, bastava sua recusa ao compromisso arbitral, o que tornava impraticável a arbitragem brasileira.

A atividade comercial internacional atual exige mecanismos de soluções de conflitos céleres e especializados, sendo que pessoas jurídicas brasileiras, na falta de legislação própria que permita esse tipo de solução, acabavam sendo obrigadas a se submeterem à arbitragem em países estrangeiros. Atualmente a adoção da arbitragem em contratos principalmente de comércio internacional, acaba sendo um grande diferencial na negociação das partes.

Utilizando-se dos mesmos fundamentos do Min. Ilmar Galvão a Ministra Ellen Gracie finaliza mencionando que:

Como se vê, o cidadão **pode** invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas, **não está proibido** de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim,

não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.⁵

Votou pela constitucionalidade do § único do artigo 6º e do artigo 7º da Lei de Arbitragem e dos demais dispositivos que deles derivam, além da homologação do laudo arbitral estrangeiro.

Foi então a vez de proferir seu voto o Min. Maurício Corrêa que lembrou que o objeto da renúncia pela cláusula compromissória tem noção genérica somente a respeito das espécies de eventual inadimplemento das obrigações contratuais. E que, a ação judicial prevista no artigo 7º não obriga o juiz estatal a deferir a instituição da arbitragem à parte interessada em desfavor daquela que se esquivava, mas garante que *“qualquer lesão ou ameaça a direitos, em hipótese alguma poderá escapar ao controle jurisdicional, como bem observou o Procurador Geral da República no parecer de fls. 91/92”*.⁶

Neste caso o juiz não substituiria a vontade da parte, mas apenas a concretizaria.

Entende o Min. que sem a possibilidade de proteção judicial da parte interessada é que se estaria tratando de violação à garantia do livre acesso à justiça, e não o contrário.

E ainda, ao final do seu fundamento o Min. Maurício Corrêa põe em plenário sua avaliação sobre a questão tratada:

Se se entender inconstitucional a execução forçada da cláusula compromissória, o Brasil ficará isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem.⁷

Vota, enfim, acompanhando os Min. Nelson Jobim e Ilmar Galvão.

⁵ Ibid., p. 1149.

⁶ Ibid., p. 1154 et seq.

⁷ Ibid., p. 1157.

O Min. Marco Aurélio acompanhou o voto do Min. Nelson Jobim acrescentando que a Lei de Arbitragem não obriga a sua adoção necessariamente e que teria essa legislação consagrado o princípio da manifestação da vontade apenas quanto a direitos disponíveis.

Já os limites para formalização da cláusula compromissória estarão sempre dentro das balizas do contrato firmado e nunca de forma totalmente abstrata, sendo que a garantia do acesso à justiça se dá à parte interessada diante da resistência daquela que tenta esquivar-se da arbitragem anteriormente prevista.

Contudo, o Min. Sydney Sanches declarou em seu voto à inconstitucionalidade dos artigos invocados, acompanhando o voto do Min. Sepúlveda Pertence, por entender que:

“a Lei permite que, em abstrato, ou seja, sem a definição ou indicação das lides determinadas ou determináveis, ainda que meramente possíveis e eventuais, se abra mão ao direito de ação, enfim, à jurisdição estatal, o que não é tolerado pelo nosso ordenamento constitucional, [...]”.⁸

Retornando ao plenário após vista dos autos o Min. Néri da Silveira retomou os entendimentos anteriores conflitantes dos Min. Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim e proferiu seu voto entendendo que não seria possível renunciar o direito de ação em abstrato frente a litígios não conhecidos, ainda que estejam vinculados a determinada relação jurídica.

Ressalta a dificuldade da cláusula compromissória preencher todos os requisitos e elementos do compromisso arbitral para que se possa permitir a instauração de arbitragem sem a necessidade de pactuar este após o surgimento do conflito. E, também, que não haveria como permitir a substituição da vontade da parte pela decisão do juiz quando acionado na forma do artigo 7º da lei.

⁸ Ibid., p. 1171.

Por tais motivos, acompanha o voto do Min. relator declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados e homologa o laudo arbitral estrangeiro.

De maneira bastante breve, o Min. Carlos Velloso declara que a lei não institui a arbitragem obrigatoriamente, o que poderia ser considerado como ofensa ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, mas apenas faculta às partes envolvidas uma solução extrajudicial de solução do litígio. Logo, acompanhou o voto do Min. Nelson Jobim.

Conforme já havia sinalizado nos debates anteriores, o Min. Moreira Alves acompanhou o voto do Min. Sepúlveda Pertence ao entender que a lei de arbitragem obsta o livre acesso ao Poder Judiciário ao permitir a renúncia em abstrato do direito de ação.

Assim, cerca de 05 (cinco) anos depois de iniciado o julgamento, restando vencidos os Min.s Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, foi declarada a constitucionalidade do § único do artigo 6º, do artigo 7º, do artigo 41 e 42 da Lei de Arbitragem. A maioria dos votos foi composta pelos Min.s Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Veja-se que a discussão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem resumiu-se a dois pontos bastante específicos, ambos relativos à cláusula compromissória e a garantia constitucional do livre acesso à justiça.

O primeiro deles diz respeito se no momento de inserção da cláusula compromissória no contrato pactuado estariam as partes violando a garantia constitucional de acesso à jurisdição estatal.

O segundo ponto questionado seria a possibilidade de se promover a execução específica da cláusula compromissória a partir do surgimento de um conflito em que uma das partes não mais possui interesse em instituir a arbitragem para a sua solução.

O presente artigo teve sua inspiração exatamente na possibilidade de visualizar a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, aqui especificamente relacionado aos conflitos coletivos de trabalho, porém é sabido que a aplicação da arbitragem se verifica em diversos ramos do direito.

Todavia percebe-se que o instituto da arbitragem, por motivos culturais não é amplamente difundido e utilizado no Brasil, devendo a sua legislação torná-lo suficientemente atrativo às partes interessadas para que permita sua maior aplicação aos litígios surgidos.

Assim é que se entende pelo mesmo posicionamento da maioria dos Min.s do Supremo Tribunal Federal ao confirmar que a renúncia ao direito de ação jurisdicional estatal contida na cláusula compromissória não impede o livre acesso ao poder judiciário. Essa decisão se justifica, pois as lides possíveis de serem dirimidas pela arbitragem terão que dizer respeito necessariamente à relação contratual das partes, dentro dos limites que o pacto foi firmado, sem maiores ampliações.

Além disso, caso seja verificada qualquer nulidade durante a instauração, o transcorrer da arbitragem ou mesmo ao proferir a sentença arbitral, a parte que se sentir lesada poderá questionar a decisão pela via judicial estatal. Também é de se lembrar que a execução do julgado somente pode ocorrer judicialmente, pois apesar da sentença arbitral possuir os mesmos efeitos da sentença judicial, ela só será executada com o acesso ao poder judiciário.

O artigo 7º da Lei de Arbitragem possibilita que, após o surgimento do litígio entre as partes, cujo instrumento de contrato possua cláusula compromissória, a parte interessada em instaurar a arbitragem possa ingressar em juízo caso a outra se negue a aceitá-la.

Em outras palavras, não contendo a cláusula compromissória todas as regras e elementos necessários para instauração imediata da arbitragem após o surgimento do conflito, a parte interessada deve convocar a outra a firmar o compromisso arbitral, reafirmando as intenções anteriores em solucionar seu litígio por essa via extrajudicial e para estabelecer as demais regras necessárias.

Entretanto, se a parte convocada não mais se dispõe a confirmar a intenção anteriormente manifestada para utilização da arbitragem, a parte interessada possui o respaldo legislativo para ingressar em juízo com uma espécie de execução específica da cláusula compromissória. Nesta ação, inicialmente, o juiz irá citar a parte recalcitrante a comparecer em juízo para tentar a conciliação. Não sendo

esta possível, o juiz continuará seu procedimento para celebração do compromisso arbitral, de comum acordo das partes ou não.

Isto não significa, todavia, que se pretende substituir a vontade da parte hesitante pela decisão judicial. Pelo contrário, uma vez formalizada a cláusula compromissória no contrato pactuado, considerada esta como manifestação livre da vontade das partes, pretende-se assegurar pela própria via judicial a proteção da parte interessada na instauração da arbitragem com a oficialização do compromisso arbitral.

O juiz estatal apenas conduzirá as partes à celebração do compromisso arbitral e, não sendo possível de maneira conciliatória, o fará por meio de julgamento, analisando a cláusula compromissória, onde ambas as partes lá se manifestaram. Assim, demonstra-se que não há qualquer liberdade ao juiz para substituir a vontade da parte recalcitrante à arbitragem, mas apenas a possibilidade de executar a vontade anteriormente expressada nos limites do contrato, objetivando realizá-la sem beneficiar a desistência intentada.

Segundo Pedro A. Batista Martins, o artigo 7º da Lei de Arbitragem:

De cunho eminentemente processual – e não constitucional – é instrumento natural e adequado utilizado, universalmente, para suprir a vontade da parte inadimplente e, assim, realizar a justiça entregando ao titular do direito violado o resultado prático pretendido.⁹

Por conseguinte, entendendo-se ultrapassado o obstáculo da constitucionalidade da Lei de Arbitragem já que seu conteúdo possui garantias de segurança contratual em total concordância com a legislação vigente, passa-se a analisar a natureza jurídica da arbitragem.

1.2 A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

⁹ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28.

Conforme já explicitado neste primeiro capítulo, sempre existiram formas plurais de solução de conflitos, seja ela a própria justiça estatal emanada pelo poder judiciário ou ainda a arbitragem e demais soluções extrajudiciais tais como a mediação e conciliação.

Contudo, a natureza jurídica dessas formas alternativas de solução de conflitos é bastante controversa entre doutrinadores, incluindo-se a natureza jurídica da arbitragem, onde a atividade jurisdicional exercida pelos árbitros é que desencadeia a discussão.

As três principais correntes doutrinárias caracterizam a natureza jurídica da arbitragem como sendo privatista, publicista e mista.

A primeira delas, a teoria privatista, tem por principais defensores Chiovenda e Salvatore Sata. Segundo eles, a atividade dos árbitros não se confunde com jurisdição uma vez que decorre especificamente do negócio jurídico celebrado entre as partes.

Por meio da cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ambas as partes manifestaram seu livre exercício da autonomia da vontade, estabelecendo por meio desses instrumentos de origem contratual o vínculo entre si e o(s) árbitro(s).

Outra razão desta teoria para afastar a jurisdição seria acreditar que particulares não possuem a prerrogativa de seu exercício, cuja possibilidade seria exclusiva de funcionários públicos, como representantes do Estado.

Chiovenda já entendia que a atividade jurisdicional é exclusividade do Estado:

que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da lei, já no torná-la praticamente efetiva.¹⁰

De acordo com Márcio Yoshida (2006), não se cogitaria a natureza jurisdicional da arbitragem se sopesar que ela somente ocorre

¹⁰ CHIOVENDA. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, v.1, p. 82 et seq.

em razão da autonomia da vontade das partes, cujo pressuposto essencial se dá por meio da convenção de arbitragem; que o árbitro não possui poder de império na imposição de medidas coercitivas e cautelares e que a sentença arbitral não se completa sem a execução promovida pela própria jurisdição estatal.¹¹

Em contraste é a teoria publicista, que denota à arbitragem a preservação do interesse público do Estado na administração da justiça, ainda que o árbitro não seja dotado efetivamente de poderes transmitidos pelo Estado tal qual o juiz estatal.

Isso ocorre porque a atuação do árbitro, seu poder de decisão definitiva dos conflitos que lhe são submetidos, de dizer o direito com efeitos de coisa julgada e equiparação a título executivo judicial são decorrentes da lei. A administração da justiça não seria exclusividade do Estado, como monopólio, já que a si é resguardada a possibilidade de delegação deste poder a particulares, de acordo com a lei, tal como o árbitro.

Ao definir a jurisdição como sendo a substituição das partes litigantes pelo Estado com a finalidade de buscar a solução da questão por meio da aplicação do direito objetivo através do processo, não há qualquer entrave na comparação com a atividade do árbitro, como sendo essa atribuição a si delegada.

A corrente publicista ganhou força principalmente pela promulgação da Lei 9.307/96 que atribuiu os efeitos da coisa julgada à sentença arbitral, ou seja, sem possibilidade de revisão do mérito judicialmente e constituindo-lhe força de título executivo, sem necessidade de homologação pelo juiz estatal.

José Alexandre Tavares Guerreiro afirma que o caráter essencialmente jurisdicional:

Se identifica, segundo pensamos, sempre que o tertius (árbitro ou tribunal arbitral) toma a decisão concernente aos interesses das partes, não sendo seu representante ou mandatário, o que o faz de forma independente, obrigando o

¹¹ YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006, p. 70.

decidido às próprias partes, segundo o que elas pactuaram, seja via celebração do compromisso, seja via estipulação da cláusula compromissória.

12

Contudo, ainda que se observe a falta do poder impositivo ao árbitro para medidas cautelares e cominatórias, segundo essa corrente a arbitragem não se descaracteriza e nem carece do poder jurisdicional. Este é a posição de Carlos Alberto Carmona, pela qual não se confunde o exercício da força com poder jurisdicional, comparando a situação com os juízes trabalhistas, que estariam carentes de jurisdição por não possuir competência criminal, ou mesmo os juizados especiais, que anteriormente à alteração do artigo 40 da Lei nº. 7.244/1984 não poderiam executar suas sentenças de conhecimento.

A teoria mista ou heterocompositiva, denominação esta adotada por Wilson Ramos Filho¹³, acaba por conciliar os posicionamentos anteriores. Caracteriza a arbitragem inicialmente como contratual, quando consensualmente as partes optam por sua utilização, por meio da inserção da cláusula compromissória ou diretamente pelo compromisso arbitral. Porém, após a sua instituição, ela se tornaria jurisdicional em razão da própria atividade do árbitro em dizer o direito e pela natureza pública do laudo por si proferido.

O doutrinador acima mencionado trata de maneira bastante clara a situação aventada:

A questão apresenta-se como de múnus público vez que a jurisdição, como atributo da soberania, é função essencialmente (mas não exclusivamente) do Estado, de tal modo que os árbitros são investidos provisoriamente da função pública, exercendo verdadeira atividade jurisdicional. Em outras palavras, estar-se-ia

¹² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos de arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 62/63.

¹³ RAMOS FILHO, Wilson. **O fim do poder normativo e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 1999, p. 197.

diante do exercício de uma função pública por parte das pessoas que não integram os quadros funcionais do Estado.¹⁴

No mesmo sentido é a lição de Sérgio Pinto Martins:

Envolvendo o contrato e a jurisdição, em que as partes contratam com um terceiro para dizer quem deles tem o direito. A primeira fase da arbitragem é contratual, tendo como base a cláusula compromissória, que decorre de acordo de vontade. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie.¹⁵

Adota-se neste trabalho esta teoria, por entender que a natureza jurídica da arbitragem não pode ser caracterizada totalmente como contratual ou como jurisdicional, uma vez que sua complexidade exige análise completa desde a sua escolha como meio alternativo para composição da pretensão resistida, bem como a própria atuação do árbitro que ao assumir o encargo de proferir a decisão do conflito atrai a atividade jurisdicional não exclusiva do Estado.

2 O OBJETO DA ARBITRAGEM E O DIREITO DO TRABALHO

2.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO DO TRABALHO

A arbitragem somente pode ser realizada para solver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme determinação prevista no artigo 1º da Lei 9.307/1996.

Para que se possa considerar a disponibilidade dos direitos trabalhistas em relação à aplicabilidade da arbitragem, será preciso traçar um contexto histórico.

¹⁴ Op. Cit., p. 198.

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 87.

De acordo com Marcio Yoshida¹⁶ (1997), na década seguinte à aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, na década de 1950, desenvolveu-se rapidamente a tese de que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis.

A tese de irrenunciabilidade encontrava-se adequada com os propósitos contidos na CLT, principalmente em razão do caráter protecionista desta legislação para o trabalhador. Anos mais tarde, na década de 1980, diante da busca de forças das organizações sindicais junto às grandes indústrias, este entendimento começou a ser repensado.

A partir do início da organização sindical, a luta por direitos trabalhistas se fortaleceu e por meio de diversos movimentos grevistas e disputas judiciais descobriu-se que era possível conquistar vários benefícios a essa classe. Todavia, viu-se também que inúmeras vezes essas conquistas acabavam acarretando dispensas de trabalhadores das indústrias.

A história econômica mundial que se seguiu com o advento da globalização, abriu o mercado brasileiro e facilitou o crescimento das indústrias de produtos de consumo e também as prestadoras de serviços.

Por conseqüência, passou-se a discutir a flexibilização das normas trabalhistas tanto no âmbito acadêmico, quanto político e social, a fim de atender a atualidade econômica e a realidade trabalhista de empregos breves¹⁷, subempregos e desempregos que se tornam números cada dia mais crescentes no país.

A discussão da flexibilidade das normas pressupõe a análise da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, que persiste até os dias de hoje, com o objetivo de preservar o trabalhador em seus direitos mínimos assegurados pela lei.

Contudo, é de se observar que esta flexibilização vem sendo inserida diretamente na lei, pois até mesmo a Constituição Federal

¹⁶ GARCEZ, J. M. R. (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 91.

¹⁷ Entenda-se o significado de “empregos breves” no texto como contratos de trabalho que não perduram no tempo como anteriormente se permitia ao funcionário iniciar, ascender e muitas vezes até finalizar sua carreira na mesma empregadora.

permite a possibilidade de modificação *in pejus* de direitos que se classificam entre os mais delicados ao trabalhador, como o salário e a jornada de trabalho, desde que ocorra por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Márcio Yoshida, ao continuar sua reflexão sobre o tema explica: A formulação tradicional e rígida do Direito do Trabalho, ligada à idéia de que o trabalhador é hipossuficiente e carece de proteção do Estado, encontra-se superada pela heterogeneidade da nova realidade sócio-econômica, onde a garantia da oferta de emprego e a terceirização de serviços estão ocupando o espaço da subordinação jurídica clássica dos contratos de trabalho.¹⁸

Já Manuel Alonso Olea enumera os reflexos da flexibilização no âmbito trabalhista:

- 1) multiplicação dos contratos atípicos;
- 2) maior incidência dos contratos de tempo parcial;
- 3) debilitação do princípio da estabilidade;
- 4) maior utilização dos contratos por prazo determinado;
- 5) ressurgimento do trabalho a domicílio;
- 6) decadência do módulo hebdomadário;
- 7) difusão da subcontratação;
- 8) expansão da multiplicidade de empregos;
- 9) incorporação das mulheres no mercado de trabalho;
- 10) alastramento da economia submersa;
- 11) ambivalência da convenção coletiva, com admissibilidade de efeitos *in melius* e *in pejus*;
- 12) utilização do contrato de aprendizagem como medida de fomento ao

¹⁸ Op. Cit., p. 92.

emprego; 13) revisão da seguridade social, com vistas à contenção das despesas respectivas.¹⁹

Ou seja, as recentes alterações que são observadas nas relações trabalhistas acabaram sendo reflexos das diversas medidas de flexibilização das normas trabalhistas e vice-versa.

Uma grande alteração se deu em razão das cooperativas de trabalho, com respaldo na Lei 8.949/1994, segundo a qual os cooperados utilizam a sua mão-de-obra tendo como objetivo o benefício a si mesmos, já que serão diretamente atingidos como se sócios fossem, até com a participação nos lucros obtidos, diferentemente de um típico contrato de emprego.

Seguindo a realidade, a justiça do trabalho vem reconhecendo, ainda que de maneira restrita, as transações realizadas entre as partes decorrentes do contrato de trabalho. A exemplo, se pode dizer a Súmula 330 do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a quitação dos valores constantes no recibo passado pelo empregado com a assistência do sindicato. Da mesma maneira a Súmula 243 do TST, que permite a renúncia dos direitos inerentes ao regime estatutário pelo funcionário público que opta pelo regime celetista.

2.2 DIREITOS SUSCETÍVEIS DE ARBITRAGEM

O Código Civil, em seu artigo 851 e 852, define expressamente as condições para determinar que tipos de conflitos possam ser submetidos à arbitragem: a) as partes devem ser capazes para contratar; b) as matérias deve ter caráter estritamente patrimonial; c) questões de estado e de direito pessoal de família estão excluídas.

Segundo a legislação civil, primeiramente as partes interessadas devem ser plenamente capazes, presumindo-se que tenham a disponibilidade de transacionar ou renunciar o direito de que trata a arbitragem.

Ainda se faz necessário esclarecer quais são os direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁹ OLEA, Manuel Alonso, apud Octávio B. Magano, in **Política do trabalho**, p. 325.

De caráter patrimonial entende-se a matéria como sendo aquela que permita concebê-la pecuniariamente, estimando valor econômico. Logo, os direitos suscetíveis de arbitragem na solução de conflitos devem ser aqueles que possam ser avaliados economicamente.

Entende-se direito patrimonial disponível como “*aquele que assegura o gozo ou fruição, ao arbítrio de seu titular, de uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente.*”²⁰

Excluem-se como direitos disponíveis os direitos personalíssimos e questões de direito penal, tributário, administrativo e todas as demais que envolvam o Ministério Público. Logo, nenhum desses direitos estará sujeito à solução por meio da arbitragem.

Entretanto, os reflexos de direitos personalíssimos, quando possuírem cunho patrimonial, não serão excluídos da arbitragem, segundo Carlos Alberto Carmona ²¹ (1998).

E as questões de estado e de direito pessoal de família, por se tratarem de direitos indisponíveis, não poderão ser objetos da arbitragem, já que não permitem renúncia e nem mesmo transação. Todavia, cabe aqui uma exceção em relação à ação de alimentos que, apesar de ser direito irrenunciável, autoriza a transação a respeito do valor da obrigação.

A obra de Márcio Yoshida conceitua objetivamente o direito patrimonial disponível:

Entende-se o direito patrimonial disponível como aquele que assegura o gozo ou fruição, ao arbítrio de seu titular, de uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente. Não abrange os direitos personalíssimos, os políticos e os direitos de natureza pública em geral, insuscetíveis de renúncia ou transação.[...] Conclui-se que a arbitragem pode abranger controvérsias relativas a direitos patrimoniais sobre os quais seus titulares detenham absoluta

²⁰ Op. Cit., p. 95.

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.48.

prerrogativa de ceder, alienar, renunciar e transacionar.²²

Em breve artigo sobre arbitragem e o judiciário trabalhista, de maneira bastante objetiva o mesmo autor destaca que:

Não se quer apregoar, irresponsavelmente, seja ilimitada a possibilidade de transacionar direitos trabalhistas, na sua grande maioria de ordem pública absoluta. Não se pode olvidar, todavia, que grande parcela deles, depois de rescindido o contrato de trabalho, assume a natureza de créditos, vale dizer, direitos patrimoniais disponíveis.²³

Pelo demonstrado acima, alguns dos direitos trabalhistas podem ser classificados como patrimoniais disponíveis, principalmente se for levada em conta a época que se pretende caracterizá-lo, como por exemplo, os direitos decorrentes do término do contrato de trabalho.

2.3 A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

Em relação aos direitos trabalhistas, diante da flexibilização das normas, quando passou-se a conceber a possibilidade de renúncia e, principalmente de transação, a preocupação incidiu sobre a hipossuficiência do trabalhador, quando individualmente acredita-se que está em desvantagem de força para negociar perante o empregador os direitos inerentes ao seu contrato de trabalho.

Infelizmente a realidade econômica que abriu espaço para a flexibilização também tornou o trabalhador mais vulnerável, já que a grande oferta de mão-de-obra e a disputa por empregos obrigam os trabalhadores a aceitarem condições de trabalho e concessões de direitos

²² YOSHIDA, Márcio. Op. Cit., p. 95.

²³ YOSHIDA, Márcio. A arbitragem e o judiciário trabalhista. **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo, n. 1, v. 1, jul.-out. 2003, p. 11.

que normalmente, se não estivessem inseguros e expostos à permanente possibilidade de perder o emprego, não aceitariam.

Mesmo que há certo tempo tenha iniciado a representação dos trabalhadores pelas entidades de classe, seu fortalecimento está longe da necessidade dos seus representados.

Márcio Yoshida (2006) enumera seis tipos de direitos trabalhistas que seriam suscetíveis de arbitragem²⁴:

O primeiro tipo são os direitos relativos a salários e a jornada de trabalho, uma vez que há previsão expressa na Constituição Federal, através do artigo 7º, incisos VI e XIII.

O segundo tipo trata dos direitos decorrentes do contrato de trabalho extinto, que não deixam o trabalhador tão vulnerável enquanto ainda vinculado pelo contrato de trabalho e também permitem a conciliação das partes, utilizada principalmente nas ações trabalhistas.

Como terceiro tipo, os direitos complementares de disposições convencionais e legais mínimas, resultantes do poder normativo da Justiça do Trabalho após o ajuizamento de dissídios coletivos, ainda em vigor pela disposição do artigo 114 da Constituição Federal. Esses direitos são sempre inclusões e alterações em benefício do trabalhador maiores do que os direitos mínimos já assegurados pela legislação.²⁵

Em quarto estão os direitos coletivos decorrentes de lei ou de negociação coletiva, que são normalmente apreciados pelos Tribunais do Trabalho quando do julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica.

O quinto tipo se apresenta pelos direitos derivados da aplicação do art. 7º da Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989), já que a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo os direitos decorrentes, neste período, serem geridos pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Por último são os direitos relativos ao contrato de trabalho ainda em vigor, estabelecidos antes da arbitragem, quando leva em

²⁴ Op. Cit., p. 132.

²⁵ O poder normativo da justiça do trabalho é objeto de diversas críticas doutrinárias e políticas atualmente. Esse assunto será tratado com maiores detalhes no decorrer do trabalho.

consideração direitos pré-constituídos e condições pré-existentes. A exemplo desse tipo de direito traduz-se pela seguinte decisão:

Acordo realizado entre as partes, em que acordaram sobre o grau de insalubridade. Este acordo de vontades é negócio jurídico perfeito e acabado no que lhe diz respeito, sendo que a sentença homologatória não é essencial à sua validade, tanto que pode ocorrer transação antes do ajuizamento da ação, e em tal hipótese nenhuma necessidade há de sujeitar-se o negócio jurídico da autoridade judiciária (Art. 1029 do Código Civil).²⁶

Em 2000, o Juiz da 9ª Vara Federal de São Paulo/SP proferiu decisão pela confirmação do caráter disponível de direitos trabalhistas quando deferiu liminar em mandado de segurança autorizando o levantamento do FGTS ao trabalhador impetrante:

Os direitos oriundos da relação de trabalho, conquanto prescritos em normas de ordem pública, prestam-se à transação. É mesmo da essência da Justiça do Trabalho a realização de transações que põem termo ao dissídio individual, sem que se tenha obstado a esse sistema alegando-se a indisponibilidade dos direitos ali discutidos.²⁷

Ainda sobre a disponibilidade de direitos trabalhistas e, conseqüentemente, sobre a aplicação da arbitragem, Guilherme Augusto Caputo Bastos pondera que:

[...] entendendo alguns que o princípio da irrenunciabilidade torna indisponível a maior parte dos direitos trabalhistas enquanto outros

²⁶ Ac. da 5ª Turma do TST, proc. RR 53075/92, Relator Min. Wagner Pimenta, in *Diário da Justiça*, de 03.12.1993, p. 26.562.

²⁷ Processo 2000.61.00.320710-0, 9ª Vara Federal de São Paulo/SP.

sustentam que são disponíveis todos os direitos que excedam o contrato mínimo de trabalho, assim compreendidos aqueles originados de normas dispositivas ou que ultrapassem os limites mínimos legais e convencionalmente fixados.²⁸

Necessário lembrar que diariamente são firmadas inúmeras transações no âmbito da justiça do trabalho, por meio das quais as partes efetuam concessões mútuas de seus interesses e colocam fim ao litígio.

Tanto assim acontece que a Justiça do Trabalho é caracterizada pela grande influência promovida no decorrer do processo judicial para a realização de acordos, já que nos casos de contratos rescindidos não há mais a submissão do empregado à força do empregador.

Até é possível compreender a relutância da aplicabilidade da arbitragem quando se trata de contrato individual do trabalho, pelos motivos anteriormente mencionados diante do desequilíbrio entre as partes.

Contudo, a Carta Magna admite expressamente a arbitragem como forma alternativa de solução dos conflitos coletivos ao dispor no artigo 114, parágrafo 1º: “*Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros*”. Entretanto, a Constituição Federal não proibiu a arbitragem como forma de solucionar os conflitos individuais do trabalho.

Já a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa sobre a arbitragem, sendo que o procedimento desta não possui incompatibilidade em relação aos princípios processuais trabalhistas. Portanto, a arbitragem é plenamente aplicável no direito do trabalho.

Algumas legislações ordinárias trabalhistas prevêm a utilização da arbitragem, mesmo antes do advento da Lei nº 9.307/1996.

O artigo 3º da Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989) estabelece que sendo frustrada a negociação entre as partes ou verificada a impossibilidade de utilização da arbitragem, é facultada a paralisação

²⁸ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Arbitragem no direito do trabalho. *Revista LTr*, v. 63, 11 nov. 1999, p. 1467-1468.

coletiva do trabalho. Em outro momento, no artigo 7º, conforme mencionado anteriormente, enquanto perdurar a paralisação as relações obrigacionais serão regidas, entre outras possibilidades, pela sentença arbitral.

A Lei nº 8.419/1992, que dispõe sobre a política nacional de salários, no artigo 1º, parágrafo único já previu que as condições de trabalho, assim como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho serão fixados dentre outras formas, pela sentença arbitral, observados vários fatores como a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa.

Já a Lei dos Portos (Lei nº 8.630/1993), no artigo 23, determina que as partes devam constituir comissão paritária no âmbito do órgão gestor de mão-de-obra nos portos para a solução de litígios do trabalhador avulso. Em caso de impasse, as partes deverão recorrer à arbitragem de ofertas finais (parágrafo 1º do artigo 23).²⁹

O artigo 4º da legislação da participação nos lucros ou resultados (Lei nº 10.101/2000) dispõe que havendo impasse na negociação sobre a participação nos lucros ou resultados da empresa, poderão as partes utilizar a arbitragem para a solução do conflito.

Outro dispositivo legal foi previsto na Lei Complementar nº 75/1993, artigo 83, inciso XI, segundo o qual é permitido ao Ministério Público do Trabalho atuar como árbitro se assim for solicitado pelas partes, nos casos de conflitos trabalhistas.

Sérgio Pinto Martins lembra que mesmo a Organização Internacional do Trabalho - OIT possibilita e recomenda a utilização de arbitragem em casos de negociações coletivas:

A OIT preconiza o sistema de negociação coletiva, por meio da Convenção nº 154, de 19/06/1981, que foi ratificada pelo Brasil. O artigo 6º da referida norma prescreve que não violam as disposições do referido convênio os

²⁹ A arbitragem de ofertas finais consiste na hipótese em que o árbitro fica condicionado a optar por uma das ofertas de cada parte, sem a possibilidade de uma solução intermediária.

sistemas de relações de trabalho em que a negociação coletiva tenha lugar de acordo com os mecanismos ou de instituições de conciliação ou de arbitragem, ou de ambas de uma vez, em que as partes participem voluntariamente das negociações coletivas.³⁰

Veja-se que as disposições legislativas acima mencionadas recomendam a utilização da arbitragem em diversas oportunidades, porém todas com características coletivas.

A pesquisa realizada pela OIT demonstrou que a maioria dos países analisados emprega a arbitragem como meio de solução dos conflitos coletivos de natureza econômica, que buscam a criação de novas normas jurídicas de trabalho, expressando juízo de equidade.³¹

Não obstante todas essas previsões legislativas e recomendações da OIT, o Tribunal do Trabalho da 2ª Região (São Paulo/SP) repudiou por meio de julgamento a cláusula compromissória de arbitragem inserida pelos sindicatos:

Dissídio Coletivo. Cláusula compromissória de arbitragem. Ilegalidade. A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, no art. 1º, taxativamente, restringe o alcance da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sem força, portanto, para alcançar direitos de natureza alimentar ou sociais como são aqueles que compõem a reparação devida ao trabalhador pela rescisão imotivada do contrato de trabalho. Ao contrário da Justiça Comum, a Justiça do Trabalho foi pensada para proteger a parte mais fraca da relação de emprego, assim hipossuficiente, segundo a

³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

³¹ Organización Internacional del Trabajo. **Conciliación y arbitraje em los conflictos de trabajo: estudio comparativo**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987, p. 162-163.

definição de Cesarino Jr. Se a lei civil parte da suposição da plena igualdade dos contraentes, a legislação trabalhista tem feição nitidamente protecionista, em que pese à reação do pensamento neoliberal. Desse modo, o propósito assumido equivocadamente por sindicatos profissionais, de obstar o acesso dos trabalhadores do manto protecionista da Justiça do Trabalho ofende a garantia inscrita no inciso XXXV do art. 5º da Constituição.³²

Observa-se que o julgado acima vai contra a corrente de pensamento favorável à flexibilização das normas de direito do trabalho, evocando explicitamente o caráter protecionista da Justiça do Trabalho sem quaisquer ressalvas. Com fundamento nesta característica e também na ultrapassada alegação de ofensa à garantia constitucional de livre acesso à Justiça decidiu pela inaplicabilidade da arbitragem, mesmo que a cláusula compromissória tenha sido inserida por meio dos sindicatos dos trabalhadores, entidade representativa competente para tal.

Ao contrário, o Tribunal Superior do Trabalho, com o único precedente até agora julgado, já deu indícios do seu posicionamento sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem no direito do trabalho, senão vejamos:

Cumprê salientar por primeiro, que o juízo arbitral – órgão contratual de jurisdição restrita consagrado em nossa legislação que tem por finalidade submeter as controvérsias a uma pronta solução, sem as solenidades e dispêndios do processo ordinário, guardada apenas a ordem lógica indispensável de fórmulas que conduzem a um julgamento correto de direito e de equidade – a meu ver, tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista

³² TRT 2ª Região; Processo 20030-2003-000-02-00-2; SDC; Relator: Juiz José Carlos da Silva Arouca; publicado no Diário Oficial do Estado em 08/08/2003.

porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho, data vênha de doudas opiniões em sentido contrário. É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que prevêem expressamente sua disponibilidade, como v.g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7º da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos. Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente a vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que empregado não mais está dependente do empregador.³³

Já o Tribunal do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP) proferiu decisão contra a aplicação da arbitragem nos conflitos individuais, porém manifestou a possibilidade da convenção de

³³ TST - RR 01650-1999-003-15-00.3; 4ª Turma; Relatora: Juíza convocada Maria Doralice Noaves; publicado no Diário da Justiça em 30/09/2005.

arbitragem para direitos trabalhistas, desde que seja legitimada pela participação do sindicato dos trabalhadores:

Contrato de Trabalho. Cláusula de Arbitragem Privada. Solução alternativa de conflito incompatível com Direito do Trabalho. Ineficácia do pacto. A assinatura do empregado de contrato de trabalho escrito com cláusula compromissória, ou de documento apartado, comprometendo-se a submeter a solução de eventual litígio decorrente do contrato à arbitragem privada (arts. 3º e 4º, Lei n. 9.307/96), é ineficaz, em relação à cláusula, não ficando abstraído o controle jurisdicional sobre o litígio, ante a qualidade de irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e, por conseguinte, da tutela jurisdicional deste Justiça Especializada. Não há dúvida que a arbitragem privada, como forma alternativa de solução de litígios versando sobre direitos patrimoniais disponíveis, é medida que deve ser incentivada e estimulada, porém introduzi-la como forma de solução de conflitos trabalhistas sem o controle sindical direto, no ato da conciliação, não pode ser aceita.³⁴

Ou seja, havendo respaldo da organização representativa dos trabalhadores, não há que se questionar a aplicabilidade da arbitragem para contratos individuais de trabalho.

Conseqüentemente, se ainda se discute a aplicação da arbitragem para dissídios individuais de trabalho, considerando a arbitragem nos contratos coletivos de trabalho, com a recomendada participação da organização representativa dos trabalhadores, não haverá qualquer óbice para sua aplicação porque afasta o desequilíbrio de forças

³⁴ TRT 15ª Região; RO 023539/1999; 5ª Turma; Relator: Juiz José Antônio Pancotti; publicado no Diário Oficial do Estado em 08/05/2001.

entre o empregado vulnerável e o empregador. É que sendo os trabalhadores devidamente representados, seja pelo sindicato ou outro órgão competente, não lhe incidirá qualquer vulnerabilidade suficiente a desequilibrar a relação, pois possuirá força o bastante a se igualar com as empresas empregadoras ou ainda o órgão representativo destas.

É esta a acepção das palavras de Wilson Ramos Filho:

No campo laboral brasileiro, dadas as limitações à autonomia da vontade e as características tutelares desse ramo do direito, a cláusula compromissória só terá validade se manifestada no âmbito de um contrato coletivo, que é fundado na autonomia privada coletiva. Ou seja, não terá validade uma cláusula compromissória inserida no âmbito de um contrato individual de trabalho.³⁵

Além disso, a participação da entidade de classe evita circunstâncias de nulidade da instauração da arbitragem como também aquelas em que a lei determina a sua intervenção para redução de direitos trabalhistas.

2.4 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O DISSÍDIO COLETIVO

A negociação coletiva é uma das formas autocompositivas de solução dos conflitos onde as partes, por si só, chegam ao consenso de suas vontades. Também é possível a negociação coletiva por intermédio de órgão competente do Ministério do Trabalho, como a Delegacia Regional do Trabalho.

A negociação coletiva ocorre por meio de contratos coletivos, convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, tendo por objetivo estabelecer maiores e melhores condições de trabalho e remuneração para os representados da entidade sindical.

O contrato coletivo tem a definição de Francisco Osani de Lavor como sendo:

³⁵ Op. cit., p. 241.

[...] instrumentos normativos resultantes de negociação coletiva de âmbito nacional, em um ou mais de um setor econômico, realizada entre as Centrais, Federações ou Confederações Nacionais de Trabalhadores e Empresários, cujas cláusulas podem estabelecer parâmetros obrigatórios para serem observados nas convenções das categorias ou em acordos coletivos.³⁶

As convenções coletivas também são institutos de caráter normativo que procedem da negociação entre as organizações representativas dos empregados e dos empregadores, com objetivo de melhores condições de trabalho.

Da mesma forma são os acordos coletivos, com a diferença que resultam da negociação entre a organização representativa dos empregados diretamente com as empresas.

O professor Arion Romita, ao abordar a liberdade que se funda a negociação coletiva, se reporta a Roberto Catharino nas seguintes palavras:

É na liberdade organizada que repousa a ordem jurídica, sustentáculo do Estado democrático, único no qual as mais elevadas aspirações do ser humano encontram possibilidade de plena realização [...] Liberdade como simples ausência de coação e de domínio pouco ou nada significa. Exige-se liberdade atuante, criadora de valores perenes na ordem social.”³⁷

³⁶ LAVOR, Francisco Osani de. Formas alternativas de solução dos conflitos individuais e coletivos do trabalho. *Revista Gênese*, Curitiba, n. 13, fev. 1999, p. 171 et seq.

³⁷ ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986, p. 58.

Destarte, a negociação coletiva de trabalho depende principalmente da força organizacional da entidade de classe, na busca de melhores condições e benefícios aos representados.

Historicamente, de acordo com Enoque Ribeiro dos Santos (2006), a negociação coletiva foi introduzida na América Latina de maneira inversa da ocorrida nos países europeus e os Estados Unidos. Esses países tiveram a negociação coletiva como resultado das conquistas dos trabalhadores, “de baixo para cima”. Nos países latinos, entretanto, foi inserida diretamente a sua possibilidade por meio do poder legislativo, que havia observado a sua importância nos países com experiência anterior. Infelizmente, não obstante os trabalhadores terem a previsão legal de alcance da negociação coletiva, não possuíam a história de força e densidade política para tornar sua utilização abrangente.

Até a Emenda Constitucional 45/2004, o art. 114, parágrafo 2º previa que sempre que as partes recusavam-se à negociação coletiva ou à arbitragem, era possível que qualquer uma delas ajuizasse dissídio coletivo, tanto de natureza jurídica quanto de natureza econômica:

Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

O dissídio coletivo é a solução jurisdicional dos conflitos coletivos de trabalho pela qual é conferida competência à Justiça do Trabalho para julgar os conflitos estabelecendo normas e condições de trabalho, respeitando as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. É o chamado poder normativo da Justiça do Trabalho, através do qual a Justiça do Trabalho cria normas aplicáveis a trabalhadores integrantes de determinada categoria profissional.

Em outras palavras, sempre que a negociação coletiva se verificar estéril a qualquer das partes, era possível que esta ajuizasse

dissídio coletivo para que a Justiça do Trabalho julgasse seus propósitos não aceitos espontaneamente.

Juntamente com a arbitragem, a negociação coletiva e o dissídio coletivo são as três formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

Mauro César Martins de Souza sintetiza a origem dos conflitos trabalhistas, tanto de cunho individual como também coletivo ao dizer:

[...] de forma genérica, o que causa os conflitos são as constantes transformações sociais e, principalmente, econômicas eis que a cada mudança, o equilíbrio da relação se quebra diante de novas necessidades e interesses que surgem para as partes, fazendo com que os trabalhadores postulem mudanças também nas suas relações laborais, com o fim de adequar as condições desta à nova realidade, almejando restabelecer o patamar de igualdade e, também, obter novas conquistas.³⁸

Cabe esclarecer que os dissídios de natureza jurídica têm por finalidade a interpretação de normas, ou seja, não há concordância das partes na interpretação de alguma norma jurídica. Já os dissídios de natureza econômica, também chamado de “dissídios de interesses” têm por finalidade a instituição de direitos e regulamentação de benefícios à determinada classe profissional de trabalhadores que extrapolam as garantias mínimas previstas na legislação.

Após o advento da Emenda Constitucional 45/2004, o parágrafo segundo do artigo 114 da Constituição Federal sofreu drástica alteração ao dispor que:

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

³⁸ SOUZA, Mauro César Martins. Solução extrajudicial de conflitos trabalhistas. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, ano 19, n. 910, abr. 2002, p. 08.

Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Ainda hoje há críticos que tentam assinalar que a Emenda Constitucional seria inconstitucional por ferir a garantia de livre acesso à Justiça, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna.

As ponderações de Enoque Ribeiro dos Santos afasta categoricamente tal censura:

Desse modo, a supressão desse poder normativo, especificamente no que respeita aos dissídios coletivos de natureza econômica, não representará qualquer cerceamento do direito de livre acesso ao Poder Judiciário pelos legitimados, o que coloca por terra a tese de que com o advento do “comum acordo”, que trataremos a seguir, estaria ocorrendo uma lesão ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, expressa no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e daí ser tal modificação desprovida de constitucionalidade. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos anos tem restringido o campo de atuação do poder normativo, sob o entendimento de que esse poder só pode atuar no “vazio da lei”, com absoluta sujeição dos parâmetros legais.³⁹

O poder normativo da Justiça do Trabalho será abordado mais profundamente na continuação do presente trabalho.

3 A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS COLETIVOS

³⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Dissídio coletivo e emenda constitucional nº 45/2004. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 86, jul. 2006, p. 22.

3.1 A ARBITRAGEM FRENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

A nova redação do artigo 114, parágrafo 2º da Constituição Federal, transcrita linhas acima, cuja alteração foi inserida por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe três alterações ao dispositivo legal.

A primeira delas foi a exclusão dos termos “estabelecer normas e condições”. A nova redação determina que a Justiça do Trabalho possa “decidir o conflito”.

A segunda alteração é que se passou a exigir que as partes, frustrando a negociação coletiva e a arbitragem, estejam em concordância mútua para o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, sob pena de extinção deste. Esta exigência legal de consenso das partes teve por objetivo mitigar o poder normativo da Justiça do Trabalho.

A terceira alteração foi a previsão apenas de dissídio coletivo de natureza econômica, o que permite a conclusão de que para o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica não se faz necessária a ultrapassagem das condições impostas. Assim, não significa que a utilização da negociação coletiva e a arbitragem são proibidas para os conflitos de natureza jurídica. Pelo contrário, não há qualquer proibição nesse sentido. Simplesmente se interpreta que às partes é facultado o ajuizamento da ação diretamente.

Neste contexto já entendia Amauri Mascaro Nascimento ao afirmar: “*podendo o interessado diretamente, desde logo, ingressar com a ação judicial, uma vez que a finalidade é a interpretação de norma legal ou convencional e o pronunciamento pretendido é de natureza declaratória*”.⁴⁰

Corroborando o entendimento pela faculdade de instituição da arbitragem em casos de conflito coletivo de natureza jurídica são as palavras de Alfredo Ruprecht: “*conflitos coletivos de trabalho, sejam de interesses ou de direito, pois é igualmente aplicável a ambos. É comum que o laudo arbitral interprete (jus dicere) e crie (jus dare)*”.⁴¹

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 608.

Mais recentemente, em artigo do Min. do Tribunal Superior do Trabalho José Luciano de Castilho Pereira foi confirmado este raciocínio quando enfatizou:

Se a Justiça do Trabalho continua com competência para decidir o conflito coletivo, ela, por óbvio, continua com competência para decidir sobre a interpretação da Lei e da Norma Coletiva. Sustento, pois, que continua a existir o Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica. 3.2 – Mas se o Dissídio Coletivo é de natureza jurídica, ele **pode ser ajuizado por uma só das partes**. Somente o de natureza econômica é que está condicionado ao acordo das partes. A condição restritiva imposta pela constituição não comporta interpretação ampliativa.⁴²

Se a principal alteração legal foi pela exigência do consenso das partes para o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, levando em conta que as partes não conseguiram valer-se da negociação coletiva que se caracteriza pela autocomposição, dificilmente chegarão ao “comum acordo” para o ajuizamento da ação.

O Min. acima citado afirma que o “comum acordo” das partes para o caso de ajuizamento de dissídio coletivo pode ocorrer de modo expresso ou tácito. Para ele, ajuizado o dissídio coletivo sem o acordo expresso da parte contrária, deve o juiz da causa determinar a sua citação, sendo que apenas uma recusa formal leva ao indeferimento da petição inicial.⁴³

Pela egressão da facilidade que as partes dispunham até então no ajuizamento de dissídio coletivo sempre que lhes fosse conveniente,

⁴¹ RUPRECHT, Alfredo. **Conflitos coletivos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1979. (tradução de José Luiz Ferreira Prunes), p. 231.

⁴² COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.). **Justiça do trabalho: competência ampliada: a reforma do poder judiciário – o dissídio coletivo e o direito de greve**. São Paulo: LTr, 2005, p. 247.

⁴³ *Ibid.*, p. 247.

terão agora que buscar outras formas de composição dos seus conflitos. Sempre que houver a impossibilidade de negociação coletiva caberão às partes duas opções caso entrem em concordância, quais sejam, o ajuizamento do dissídio coletivo ou a instituição de um juízo arbitral.

Passa-se então a induzir a instauração da arbitragem. Isto porque a comparação da arbitragem com o dissídio coletivo resulta em maiores vantagens pela escolha da via extrajudicial, conforme será demonstrado mais adiante.

Em 1996, antes mesmo da promulgação da Lei nº 9.307/1996, a Central Única dos Trabalhadores – CUT, por meio da sua Executiva Nacional, propôs intensa alteração do sistema de solução dos conflitos coletivos. Tal proposta tinha a finalidade de pôr fim ao poder normativo da Justiça do trabalho e estimular a mediação e a arbitragem como meios alternativos para a solução dos impasses na negociação coletiva.

A idéia da proposta seria a inclusão da cláusula compromissória nos acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho, sendo que o árbitro decidiria o litígio proposto como “juiz da causa” de acordo com as normas constitucionais, legais, contratuais coletivas, administrativas e outras que fossem determinadas pelas partes no compromisso arbitral.⁴⁴

Também anteriormente à alteração constitucional, Octávio Bueno Magano ressaltava a possibilidade de utilização imediata da arbitragem nas relações coletivas de trabalho: “*No que concerne à aplicabilidade da arbitragem aos conflitos coletivos, o terreno já se encontra inteiramente aplainado, tendo em vista o preceituado no § 2º do art. 114 da Lei Magna*”.⁴⁵

Ainda antes dessa alteração legislativa Georgenor de Sousa Franco Filho ressaltava algumas das vantagens da arbitragem sobre o dissídio coletivo:

[...] a arbitragem revela, pelo menos em tese, uma grande vantagem sobre o dissídio coletivo:

⁴⁴ RAMOS FILHO, Wilson. A nova lei de arbitragem e a solução dos conflitos coletivos de trabalho. *Revista LTr*. V.61, jan. 1997, p. 60.

⁴⁵ ZAINAGHI, D. S.; FREDIANI, Y. **Novos rumos do direito do trabalho na América Latina: solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003, p. 104.

ela resulta de um tríplice consenso entre as partes. Em primeiro lugar, há que se concordar com a eleição da via arbitral; segundo, com a pessoa do árbitro ou comitê de peritos; e terceiro, com as regras procedimentais da arbitragem. Já o dissídio coletivo é eleito unilateralmente e imprime litigiosidade onde deveria imperar o desarmamento de espíritos e a busca do consenso.⁴⁶

Em análise da Emenda Constitucional nº 45/2004, Enoque Ribeiro dos Santos conclui que poderiam ter sido promovidas alterações ainda mais profundas no sistema brasileiro de resolução de conflitos coletivos:

Com base em todo o exposto, não hesitamos em afirmar categoricamente que, se a Emenda Constitucional nº 45/2004 procurou criar um ambiente político e jurídico favorável para uma futura eliminação total do poder normativo da justiça do trabalho e emplacar definitivamente a negociação coletiva de trabalho entre nós, perdeu uma oportunidade histórica de proclamar em definitivo a “maioridade” de nosso sistema de resolução dos conflitos coletivos de trabalho, de modo a alçar o Brasil em condições de igualdade com os países mais avançados economicamente, nos quais a negociação coletiva de trabalho constitui o núcleo do sistema laboral, em conexão com o sistema privado da arbitragem.⁴⁷

⁴⁶ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de direito coletivo do trabalho**: estudos em homenagem ao Min. Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998, p. 333.

⁴⁷ Op. cit., p. 22.

Logo, mesmo com a defesa do poder normativo por alguns, a alteração constitucional a enfraqueceu em benefício do estímulo da negociação coletiva e da arbitragem.

3.2 O PODER NORMATIVO E A FORÇA SINDICAL

Conquanto se tenha mencionado anteriormente sobre o poder normativo da justiça do trabalho, é necessário retroceder ao tema diante da problemática surgida por meio da Emenda Constitucional n° 45/2004, que teve o objetivo explícito de enfraquecê-lo.

Retomando a conceituação para chegar ao ponto principal, citam-se as palavras de Wilson Ramos Filho:

Em síntese, a solução jurisdicional dos conflitos coletivos de trabalho, no direito brasileiro, defendida por muitos e criticada por outros, poderia ser conceituada como a possibilidade que o ordenamento jurídico nacional atribui aos Tribunais do Trabalho de criar normas coletivas aplicáveis erga omnes a todos os integrantes de determinada categoria profissional.⁴⁸

O poder normativo é objeto de inúmeras críticas de especialistas, tanto a favor da sua manutenção como também contra a sua permanência.

Dentre os que corroboram a importância e necessidade deste poder, está Tarso Genro, segundo o qual se trata de procedimento *sui generis* no intuito de criar direito objetivo com forças de lei, possuindo também os mesmos efeitos do contrato coletivo de trabalho. E arremata sua opinião: “*é, sem dúvida, uma brilhante criação do Direito Burguês nos países onde a solução jurisdicional para os conflitos de trabalho é adotada*”⁴⁹

⁴⁸ Op. cit., p. 216.

⁴⁹ GENRO, Tarso Fernando. **Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988, p. 33.

Ao cogitar a hipótese de supressão do poder normativo amplamente criticado, Tarso Genro exprime sua opinião no seguinte sentido:

A retirada do Estado deste processo, [...], significa levar para o plano do Direito Coletivo do Trabalho a aspiração mais cara do neoliberalismo, que se expressa no debilitamento das funções universalizantes do Estado para destruir os fundamentos do Direito do Trabalho e submeter as relações de trabalho, sem qualquer mediação, às mesmas leis do movimento de mercadoria.

Mais adiante finaliza esclarecendo que: “é dar ao Estado uma função meramente ‘repressivo-sancionatória’, teorizada pela tradição liberal, vendo o Estado como Estado meramente ‘garantista’.”⁵⁰

Por outro lado, entre aqueles que o rechaça está a lembrança de que o Brasil é um dos únicos e raros países que ainda se valem do poder judiciário para a composição de conflitos de interesses econômicos entre as classes sociais de trabalhadores e empresários.

Cabe elucidar que a origem do poder normativo se deu na Itália, por meio da *Carta del Lavoro* de Mussolini, ou seja, em contexto político, social e econômico decorrentes do regime autoritário.

A sua inserção no Brasil também foi em época de regime político próximo ao modelo italiano já que tinha como pano de fundo a Constituição Federal de 1937, do Governo Getúlio Vargas, como lembra Wilson Ramos Filho:

Aliás, não é por acaso que existe o Poder Normativo da Justiça do Trabalho [...] pois o mesmo foi instituído ao tempo em que a Constituição Federal (de 1937) considerava a greve um ‘recurso anti-social contrário aos interesses da nação’, e que a paz deveria ser

⁵⁰ GENRO, Tarso Fernando. Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado. *Revista de Direito Alternativo*, n. 1. São Paulo: 1992, p. 95.

imposta sempre que não fosse alcançada na mesa de negociações. Assim, se não se chegasse a um acordo, ao invés de fazer greve, melhor seria que o Tribunal ('neutro' segundo a teoria liberal-positivista) resolvesse o conflito. E assim, a Justiça do Trabalho tem servido de muleta para históricos pelegos, que não mobilizam a categoria para a greve.⁵¹

Respeitando as opiniões divergentes, é preciso ressaltar que o poder normativo, como concepção de caminho ao judiciário para entidade de classes que busca atingir seus interesses coletivos acaba por enfraquecer e perpetuar o estado latente da força representativa dos sindicatos. Seja porque acaba confirmando a ineficiência destes nas tratativas da negociação ou, também, porque acaba suprimindo o ânimo de greve dos trabalhadores.

É o que reconhece Wilson Ramos Filho, que inclusive ocupa cargo junto ao Conselho Jurídico da CUT nacional:

Por fim, quando o próprio Estado/Poder Executivo instaura o dissídio coletivo e empregados e empregadores acatam a decisão do Tribunal, ambos estão reconhecendo sua incapacidade de negociação e a classe trabalhadora admitindo que sua prática sindical não suplantou ainda os marcos da concepção burguesa da legalidade.⁵²

A previsão constitucional sobre a necessidade de serem ultrapassadas as tentativas de negociação coletiva e arbitragem aos conflitos coletivos de trabalho até a E.C. n° 45/2004 permitia o ajuizamento de dissídio coletivo pela simples recusa ou até mesmo uma

⁵¹ RAMOS FILHO, Wilson. Relações coletivas de trabalho: setor público. *Revista Cadernos da CUT Jurídico e Relações Sindicais*, n. 4, São Paulo, jul. 1990, p. 168.

⁵² *Ibidem*, p. 23.

simulada tentativa de negociação pelo sindicato competente, sem que restassem demonstrados efetivamente os esforços da entidade na resolução direta e autocompositiva.

Há muito esta situação já havia sido verificada por Flávio Antonello Benites Filho:

A existência do poder normativo possibilita ao sindicato recorrer à Justiça sempre que se mostrar incapaz de enfrentar o conflito através de sua própria mobilização. Este mecanismo faz com que os sindicatos reproduzam sua vida vegetativa, realizando a negociação na data-base 'para conquistar alguma coisa a mais', dando algum tipo de satisfação para a categoria, recolhendo a contribuição sindical e, a partir daí, restringindo sua atuação às atividades meramente assistenciais. Anualmente, tal rotina se repete. Assim, através do poder normativo, a ingerência do Estado em um conflito inerente às relações de trabalho impede que as partes cheguem à exaustão das suas forças para superá-lo.⁵³

Todavia, a situação foi significativamente alterada, já que o ajuizamento do dissídio se tornou mais complexo em razão da necessidade de consenso das partes. Por tal motivo, para que elas cheguem a esse ponto será indispensável que a representação seja mais inerente e mais hábil. E, se assim o for, estarão as partes propensas a partir para outros tipo de solução dos seus conflitos que possam atender plenamente os seus anseios sem a imposição rígida e nem sempre satisfatória da sentença normativa.

A constatação da falta de força representativa sindical no Brasil possui longa caminhada, como se vê nas fortes críticas de Márcio Yoshida:

⁵³ BENITES FILHO, Flávio Antonello. Contrato coletivo e legislação de sustento. Documento à Executiva Nacional da CUT. São Paulo, 1994.

E se houvesse por parte dos líderes trabalhistas deste país, inclusive aquele que hoje disputa a Presidência da República, visão clara dos problemas nacionais; se as cúpulas do sindicalismo brasileiro não se mostrassem tão enamoradas das câmeras de televisão e das manchetes dos jornais, tão dominadas pelas amenidades do jet set; mas ao contrário, se dispusessem a inclinar um pouco a majestade, olhando para os problemas do dia-a-dia do trabalhador, por certo não titubeariam em fazer com que os referidos valores fossem utilizados na implantação de sistema eficiente de solução de conflitos. O mecanismo em causa tem de ser necessariamente o da arbitragem, montado e custeado pelos parceiros sociais. Como não há limitação quanto ao número de árbitros, e como são atualmente abundantes os recursos das entidades sindicais, as questões trabalhistas, mesmo as mais complexas, poderão ter solução definitiva dentro do prazo variável de três e seis meses, tal como acontece nos Estados Unidos da América do Norte.⁵⁴

A atualidade sindical quase não foi alterada entre os anos que se passaram, à exceção que o então candidato à Presidência da República à época já alcançou o Palácio do Planalto.

Entre os meios de promover o fortalecimento sindical como uma das primeiras medidas necessárias para efetivação da instituição de soluções alternativas para os conflitos coletivos, principalmente a negociação coletiva e a arbitragem, Francisco Osani de Lavor ressaltava já em 1999 a alteração do sistema para permitir a pluralidade sindical, além da extinção da contribuição obrigatória:

⁵⁴ Op. cit., p. 91.

Os cerca de dezesseis mil sindicatos, atualmente existentes no Brasil, segundo estatísticas de dezembro/97, do Ministério do Trabalho, são **sindicatos meramente cartoriais**, sem nenhum poder negocial, em sua grande maioria.

É necessário, talvez, em primeiro lugar, como um dos primeiros passos, romper-se com o sistema de **unicidade** e partir-se para o da **pluralidade sindical**, implantando, destarte a verdadeira e completa liberdade sindical neste país, acabando-se com esta verdadeira camisa de força que é a unicidade sindical.

A **contribuição sindical obrigatória** deve também ser extinta, pois é, sem dúvida, uma das maiores causas do sindicalismo fraco e fantasma reinante entre nós. Esse, aliás, é o pensamento de muitos doutrinadores laboristas do Brasil. O suporte econômico dos sindicatos deve vir dos próprios associados e ser conquistado pela própria entidade, pelos mais diversos meios, frutos do esforço, da imaginação e da capacidade dos dirigentes.

Por conseqüência, ainda que se tenha aberto espaço legislativo a fim de promover a ampliação da instauração da arbitragem para os conflitos coletivos de trabalho, carece também de reforma o sistema sindical brasileiro, que permita a sua potencialização para a efetiva representação da classe trabalhadora.

É também a conclusão de Walküre Lopes Ribeiro da Silva:

Contudo, a nosso ver, a difusão e a permanência da arbitragem no modelo jurídico brasileiro dependem da reforma deste, de modo a consagrar plena liberdade sindical, com a eliminação do poder normativo da Justiça do

Trabalho e demais resquícios de corporativismo ainda presentes na legislação.

Ressaltamos, por fim, não ser possível estimular a negociação coletiva e a arbitragem, que exigem a livre manifestação da vontade, sem coibir eficazmente os atos discriminatórios e as práticas desleais. Sem dúvida, o princípio da boa-fé destaca-se como o mais relevante no contexto das relações coletivas de trabalho.⁵⁵

Igualmente é a redação de Wilson Ramos Filho ao finalizar sua tese de doutorado:

No campo das relações coletivas de trabalho, o desafio está precisamente na capacidade da nossa sociedade em criar as condições para, sem o desaparecimento do Estado, ampliar tais espaços públicos não estatais, em que as soluções dos conflitos assegurem a plena efetividade da Constituição e em que os atores sociais possam exercer livremente sua autonomia privada coletiva, não só para *criar* as normas coletivas, mas também para resolver os conflitos que lhe são iminentes.

Todavia, para extrair de uma lei feita sob encomenda e plenamente adaptada ao ideário neoliberal outro significado e outras possibilidades, será, sem dúvida, necessário alterar-se a atual correlação de forças, pois o empresariado brasileiro resistirá a tanto, visto que para ele a Jurisdição Estatal Trabalhista atende aos seus interesses. Por outras palavras, encerra-se esta obra com um paradoxo: a

⁵⁵ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 27, n. 101, jan.-mar. 2001, p.168.

aplicabilidade da Lei n. 9.307/96, típica do direito neoliberal, às controvérsias trabalhistas coletivas somente será possível por conquista dos trabalhadores e de suas entidades representativas.⁵⁶

Entretanto, ainda que existam necessidades de alterações e implementações a serem procedidas no sistema sindical do país, deve-se lembrar que tramitam perante o Congresso Nacional um projeto de lei e um projeto de emenda constitucional com objetivo de efetuar a reforma sindical nacional.

Apesar disso, a arbitragem já tem plenas condições de ser adotada como meio alternativo para a solução das controvérsias coletivas de trabalho, seja ela privada, através de árbitros escolhidos pelas partes, ou pública, funcionando o juiz do trabalho ou também o Ministério Público do Trabalho como árbitro da causa.

Passa-se à finalização da abordagem proposta analisando as vantagens e desvantagens da arbitragem à vista da jurisdição estatal.

3.3 AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM

A fim de demonstrar de maneira inequívoca as prerrogativas e os inconvenientes da instituição da arbitragem em comparação com a justiça estatal, será acolhida no presente trabalho a enumeração empregada e tão bem explanada por Márcio Yoshida.⁵⁷

Inicia-se pela característica de celeridade da arbitragem. Trata-se de uma das mais fortes razões para a sua aplicação. Isto se deve porque de acordo com o artigo 23 da Lei de Arbitragem as partes podem estipular o prazo para que o árbitro profira a sentença arbitral. Caso assim não o façam, a Lei determina que a sentença será apresentada no prazo de seis meses. Contudo, o parágrafo único ressalva a possibilidade de prorrogação do prazo, caso as partes e o árbitro assim acordarem.

Além do prazo para a decisão do litígio, outro fator de celeridade é a irrecorribilidade da sentença arbitral, salvo em caso de

⁵⁶ Op. cit., p. 261 et seq.

⁵⁷ Op. Cit. p. 133 et seq.

argüição de nulidade. Ao contrário da jurisdição estatal, o conflito não acabará sendo prolongado inevitavelmente com interposição de recursos, pois as partes têm necessariamente que acatar a decisão do árbitro.

Tratando-se especificamente do âmbito trabalhista, esta celeridade é de suma importância, já que os direitos discutidos nos conflitos normalmente possuem natureza salarial, ou seja, de cunho eminentemente alimentar.

É de fácil percepção na rotina da justiça do trabalho verificar que o trabalhador, diante do ajuizamento de ação trabalhista, sofre grande pressão para efetuar transações no intuito de suprir imediatamente as suas necessidades básicas, já que a expectativa de sucesso da lide possui probabilidade de longa espera para o seu fim.

Nos conflitos coletivos, considerando que a organização sindical está se submetendo à arbitragem como substituto dos trabalhadores na busca de melhores condições de trabalho e benefícios, não há como incidir a pressão acima mencionada, pois os trabalhadores estarão representados em razão do contrato de trabalho vigente à época do conflito.

Em relação às despesas processuais, ainda que se verifique, a princípio, que a arbitragem possui custo inacessível, ao longo do tempo pode-se dizer que os trâmites processuais estatais são equivalentes.

Em suma, a celeridade é incontestavelmente um grande atrativo às partes para instituição da arbitragem.

A confidencialidade, como sinônimo de sigilo, é outra característica exclusiva da arbitragem em relação ao processo judicial, pois em regra todo o seu procedimento é restrito às partes e o árbitro, salvo se estes autorizarem o acesso aos autos de terceiros interessados.

A ação judicial, ao contrário, possui o princípio da publicidade dos atos processuais, segundo o qual qualquer pessoa possui a prerrogativa de acesso aos autos.

É bastante comum constatar pessoas que acabam desistindo de propor demanda judicial por receio de exposição perante o mercado de trabalho, ainda que não seja mais possível promover busca de ações judiciais em nome da parte sem procuração para tanto. A simples

possibilidade de acesso às ações trabalhistas, uma vez sabido o número dos autos, em geral, já desencadeia este alarme.

As próprias companhias demandadas acabam se interessando em preservar suas lides da publicidade, uma vez que a recorrência de demandas promove uma imagem denegrada que pode ou não condizer com a realidade, motivo pelo qual há interesse em se resguardar.

As questões envolvidas nas ações propostas também podem desencadear a preocupação pelo resguardo, seja por motivos de segredo industrial, políticas internas das empresas, fatos que possam macular a imagem do trabalhador, entre outros. Especificamente à empresa, tem o benefício de deixá-la mais à vontade para promover transações, já que não corre o risco de se abrir precedente para casos semelhantes.

De qualquer forma, a arbitragem agrada a ambas as partes que pretendem impedir exposição indesejável.

Por outro lado, evita que as partes litigantes tenham conhecimento de casos semelhantes que tenham sido arbitrados, a fim de buscar precedentes, estratégias de rumos para o seu conflito e, inclusive, avaliação de riscos.

Outra vantagem da arbitragem é a possibilidade de escolha do(s) árbitro(s) que as partes possuem. Caso assim não queiram, podem escolher a entidade que os delegará.

Essa opção atribuída às partes é de grande proveito, uma vez que é possível escolher livremente entre os melhores especialistas nas áreas específicas que envolvem o conflito, optando por aquele que lhe trouxer mais confiança para apreciação do caso.

Situação muito diversa se depara na ação judicial, onde o juiz é imposto pelo poder judiciário, o qual normalmente é desconhecido das partes e nem sempre oferece a segurança de ter a especialidade no assunto que lhe é trazido ao conhecimento.

Outro fato que pode trazer insatisfação na sentença judicial é que nem sempre o juiz que a profere é o mesmo da instrução do processo, ou seja, permite a apreciação das provas produzidas de maneira diversa daquela que teria sido feita pelo juiz que conduziu a audiência de instrução e ouviu as testemunhas.

Mais um aspecto da escolha do árbitro é destacado por José Carlos de Magalhães:

Ao juiz, naturalmente, faltam esses conhecimentos, supridos por peritos que, no entanto, não têm a responsabilidade da decisão, que é inteiramente do magistrado. Vale-se este das conclusões dos peritos e, em caso de divergência, opta por um dos laudos, fundado mais na confiança que possui em seu subscritor do que na certeza de que sua conclusão é a melhor. Na arbitragem, os árbitros podem ser técnicos na matéria controversa e, ao julgarem, não apenas assumem a responsabilidade pela decisão, como a ela vinculam o nome, conceito e prestígio que possuem como técnicos ou árbitros e os dos organismos a que estão filiados.⁵⁸

De fato, não é possível esperar que o juiz tenha todo o conhecimento das vastas matérias que lhe são submetidas a apreciação, necessitando inúmeras vezes da realização de perícia para elucidar os acontecimentos que envolvem as lides.

Entretanto, é preciso demonstrar que esta opinião não é absoluta. Wagner Giglio rebate esta prerrogativa, demonstrando sua insatisfação com a arbitragem trabalhista:

De fato, deixar a escolha do julgador por conta dos interessados parece ensejar a imposição, pelos empresários, de elementos favoráveis a seus interesses, posto que o trabalhador, subordinado, não teria liberdade para escolher o árbitro. E sendo lícito ao empregador 'escolher' (leia-se impor) árbitro favorável a seus interesses, não deixaria de fazê-lo, para se

⁵⁸ MAGALHÃES, Antonio Carlos de; BATISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 18.

submeter à decisão de um juiz neutro e isento de ânimo, integrante da magistratura trabalhista.⁵⁹

Quando se direciona a questão para os conflitos coletivos, os argumentos acima transcritos não resistem, já que não há desequilíbrio entre as liberdades do empresariado e as liberdades do sindicato, ambos em pé de igualdade em suas questões controvertidas.

Deste modo, a escolha das partes por árbitro especialista à matéria que enseja o conflito traz maior conforto e confiança de que a decisão irá atender aos seus interesses, independentemente de quem sair vencedor.

Outro ponto a favor da arbitragem é a possibilidade das partes em optar pelo direito material aplicável ao conflito surgido, preservando os bons costumes e a ordem pública.

Márcio Yoshida, na obra citada, alude que deve ser afastada a possibilidade de julgamento por eqüidade, não obstante esteja prevista no artigo 2º da Lei de Arbitragem.

Em posição divergente, Wilson Ramos Filho declara que a eqüidade pode ser uma das espécies da arbitragem, se assim as partes convencionarem expressamente, conforme determina a lei:

A arbitragem pode ser de duas espécies: de direito ou de eqüidade. Se as partes silenciarem na convenção da arbitragem, esta será apenas de direito, hipótese na qual os árbitros devem ater-se à aplicação da legislação, dela não podendo afastar-se. Na segunda, os árbitros podem decidir segundo o que lhes pareça de justiça no caso concreto, sem se limitar exclusivamente à legalidade.⁶⁰

Mais além no seu discurso, o mesmo autor ressalta que:

⁵⁹ MAGANO, O. B. (Coord.). **Curso de direito do trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 703.

⁶⁰ Op. Cit., p. 242.

No caso da arbitragem dos conflitos coletivos de trabalho é aconselhável que se preveja por equidade, pois em grande parte das vezes trata-se de conflitos de interesses (que visam criar ou ampliar direitos), e não de conflitos jurídicos (de interpretação de norma jurídica prevista na lei ou nos contratos coletivos), tendo em vista recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que desempenha, no direito brasileiro, função de Corte Constitucional.⁶¹

A decisão proferida em 29 de agosto de 1996 e mencionada pelo autor diz respeito ao Dissídio Coletivo que teve recurso ao STF, cujo julgamento esclareceu que o poder normativo da Justiça do Trabalho “não é ilimitado”, pois não poderá “legislar” sobre as matérias tratadas nos dissídios coletivos ajuizados, cabendo-lhes apenas a competência para fixar normas e condições que a lei não tenha tratado.

Ainda assim, a escolha das regras de direito pode ser grande atrativo, principalmente no que diz respeito aos conflitos surgidos que normalmente, na jurisdição estatal, demandariam a aplicação da legislação trabalhista brasileira como também de outros países, quando o trabalho foi prestado no exterior.

Para o caso dos conflitos coletivos não há diferenciação, já que o sindicato irá representar trabalhadores e empresas com contratos de trabalho prestado no país.

Nem por isso é de se omitir esta utilidade, visto que é possível eger o direito aplicável entre aqueles que a princípio incidiriam concomitantemente, em razão das regras sobre conflito de leis no espaço, insertas na Lei de Introdução ao Código Civil, Lei nº 7.064/1982 e Súmula 207 do TST.

Por outro lado, se a escolha for pela aplicação da legislação alienígena, cabe incidente de nulidade pela negativa ao direito brasileiro, se este for mais benéfico.

⁶¹ Ibidem, p. 246.

Um novo aspecto favorecendo a arbitragem é a sua informalidade, já que cabe às partes convencionar as regras para o processamento e instituição da arbitragem.

Por conseqüência, a demanda arbitral gerada em razão do conflito permite a simplificação dos procedimentos conforme o interesse das partes, o que irá permitir maior celeridade que aquela já prevista na legislação específica.

Como bem ponderado pelos doutrinadores que abordam esta característica, mesmo que seja simplificado o procedimento da arbitragem em relação ao procedimento judicial, deverão ser mantidas as garantias fundamentais do devido processo legal, ampla defesa, igualdade das partes e imparcialidade do árbitro.

Entre eles é Carlos Alberto Carmona que explicita: “*os princípios básicos do devido processo legal, ao mesmo tempo em que a autonomia da vontade foi prestigiada, na medida em que fica a critério das partes a disciplina procedimental da arbitragem*”⁶².

Ainda neste aspecto, a simplificação do procedimento por escolha das partes, que antes já acordaram pela eleição da arbitragem, evita o ambiente de batalha entre as partes, propiciando tratamento mais respeitoso que no Judiciário Trabalhista.

Neste mesmo sentido, se foi possível às partes concordarem pela instituição da arbitragem, escolha do árbitro e também das regras a serem aplicadas, inevitavelmente a resistência e antipatia entre si será reduzida. Tem-se então outra qualidade da arbitragem, a qual inclusive aproxima as partes envolvidas com maiores possibilidades de conciliação.

No entanto, quando se fala em conflitos coletivos o clima de hostilidade é bastante amenizado, pois mesmo que os sindicatos estejam em busca de maiores vantagens para os trabalhadores da classe representada, os seus dirigentes nem sempre transpõem a hostilidade que um conflito individual de trabalho normalmente impregna.

Como trabalho idôneo, é cogente que se demonstre também os aspectos desfavoráveis na aplicação da arbitragem, entre eles a onerosidade.

⁶² Op. cit., p. 36.

É que se tratando do âmbito trabalhista, onde boa parte dos conflitos acabam envolvendo valores não tão expressivos, seria inviável ao trabalhador arcar com o seu custo, principalmente porque esses são antecipados. Ao contrário, na justiça estatal as custas são módicas, pagas ao fim do processo e normalmente dispensadas quando recai ao trabalhador.

Essa é a ressalva feita por Sérgio Pinto Martins, dizendo:

Não se pode dizer, porém, que a arbitragem tem um custo acessível a qualquer pessoa. Ao contrário, seu custo é extremamente alto, sendo desaconselhável para solucionar conflitos de valores de pouca monta. No processo do trabalho as custas, ao contrário, são baixas e pagas ao final. Não há necessidade de pagá-las quando do ajuizamento da ação. É possível que o custo da arbitragem venha a cair com a maior quantidade de causas a ela sujeitas, sendo os honorários menores do que hoje.⁶³

Mas somente existe esse obstáculo, quando muito, na esfera individual, uma vez que na esfera coletiva os sindicatos possuem plena capacidade econômica para arcar com os custos da arbitragem.

E ainda assim, apenas a título ilustrativo, segundo Márcio Yoshida (2006), nos conflitos individuais de trabalho poderia ser estabelecido que o sindicato se responsabilizasse pelas custas da arbitragem àqueles trabalhadores que seriam originariamente agraciados com a justiça gratuita, de acordo com a disposição legal do artigo 790, parágrafo 3º da CLT.⁶⁴

Por último, há o obstáculo da reprovação pelo Poder Judiciário da arbitragem realizada nos conflitos individuais, pelos motivos anteriormente demonstrados no sub capítulo “II.II”, principalmente a respeito da hipossuficiência do trabalhador diante da empresa. Mas

⁶³ Op. cit., p. 89.

⁶⁴ Op. cit., p. 141.

quando se trata de arbitragem a ser aplicada aos dissídios coletivos, não há que se hesitar sobre a sua aplicabilidade e vantagens ora evidenciadas.

Assim, sendo, resumindo o que fora aqui exposto, Alfredo Ruprecht reforça:

As vantagens da arbitragem são evidentes: ela é firme garantia de que os conflitos se solucionem num plano de justiça e equidade, evitando os grandes prejuízos que ocasionam as lutas entre capital e o trabalho; somente onde não exista um estado de direito se pode ser contrário às soluções justas dos conflitos trabalhistas de caráter coletivo.⁶⁵

Da mesma forma é a análise expressada por Georgenor de Souza Franco Filho:

Através da solução arbitral dos conflitos trabalhistas poderá se ter condições de encontrar a almejada convivência realmente pacífica entre os fatores da produção, a partir de que capital e trabalho, em comum acordo, atribuam a um terceiro, privado, independente e isento, a busca de remédios para sarar seus desentendimentos. É forma válida para se obter a composição de divergências entre as categorias econômica e profissional e aperfeiçoar a distribuição da riqueza. Não é mecanismo utópico. Ao contrário, com sua boa implementação e o conhecimento acurado de suas técnicas, poderá ser a fórmula que se busca para o perfeito entendimento entre os parceiros sociais”.⁶⁶

⁶⁵ Op. cit., p. 230.

⁶⁶ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 74.

De tal modo, demonstra-se o instituto da arbitragem, nos dias de hoje, como a forma mais eficiente e célere de composição dos litígios coletivos se comparado ao dissídio coletivo, utilizado até então indiscriminadamente.

Portanto, mais fácil seria que as partes concordassem com a instauração do procedimento arbitral que concordassem com o ajuizamento de dissídio coletivo.

CONCLUSÃO

Pelo estudo realizado, entende-se a arbitragem como meio extrajudicial de conflitos muito mais atrativo aos seus envolvidos.

Não há mais que se falar na inconstitucionalidade da Lei n° 9.307/1996, apesar de alguns magistrados do trabalho ainda assim se posicionarem quando a questão envolve direitos trabalhistas.

Isto porque, deve-se proceder a análise dos direitos conforme o momento que se reivindica. Há enormes diferenças entre a disponibilidade de direitos na contratação do empregado, no decorrer do seu pacto laboral e após rescindido o seu contrato de trabalho. É nesta última hipótese que mais incidem as demandas.

Todavia, todo esse questionamento se afasta quando se trata de conflito coletivo, onde há a interferência da instituição competente disputando as melhores condições de trabalho aos seus representados, pressupondo-se maior equilíbrio entre as partes envolvidas.

Com respaldo constitucional, não é possível negar a possibilidade e incentivo que o poder legislativo vem trazendo para a divulgação da instituição da arbitragem em detrimento do poder normativo da justiça do trabalho, que até então acabava por “legislar” sobre direitos mais vantajosos nos dissídios coletivos.

Entretanto, para que isto ocorra devem os sindicatos e órgãos afins fazer o seu papel na luta pelos direitos dos trabalhadores, pois do contrário sua existência permanece inerte e sem propósito.

E é nesta conjuntura que se constata o atual sistema sindical brasileiro, o qual não possui força para negociar amplamente e nem mesmo reivindicar intensamente os benefícios dos trabalhadores.

Assim, seja em razão da sua agilidade, escolha dos árbitros, procedimentos ou mesmo das regras a serem utilizadas, a arbitragem caracteriza-se como um enriquecimento na relação das partes.

Também para a maior utilização da arbitragem nos conflitos coletivos restou demonstrada a necessidade de reforma sindical, a fim de permitir a inserção da cláusula compromissória nos instrumentos de negociação coletiva.

Deste modo, o estudo atingiu sua finalidade na demonstração vantajosa da utilização da arbitragem, principalmente no que diz respeito ao direito coletivo do trabalho, que possui previsão legal específica para tal, inclusive pela alteração trazida na Emenda Constitucional n° 45/2004, a qual pretende abrir caminhos para a utilização da arbitragem.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Arbitragem no direito do trabalho. **Revista LTr**, v. 63, 11 nov. 1999.

BENITES FILHO, Flávio Antonello. Contrato coletivo e legislação de sustento. **Documento à Executiva Nacional da CUT**. São Paulo, 1994.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 1992.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHIOVENDA. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, v.1.

COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.). **Justiça do trabalho: competência ampliada: a reforma do poder judiciário - o dissídio coletivo e o direito de greve**. São Paulo: LTr, 2005.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Min. Orlando Teixeira da Costa**. São Paulo: LTr, 1998.

GARCEZ, J. M. R. (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GENRO, Tarso Fernando. **Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988.

_____. Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado. **Revista de Direito Alternativo**, n. 1. São Paulo: 1992.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos de arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Arbitragem no direito coletivo do trabalho frente à emenda constitucional nº 45/2004**. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre: HS Editora Ltda. out/2005.

LAVOR, Francisco Osani de. Formas alternativas de solução dos conflitos individuais e coletivos do trabalho. **Revista Gêneseis**, Curitiba, n. 13, fev. 1999.

MAGALHÃES, Antonio Carlos de; BATISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAGANO, O. B. (Coord.). **Curso de direito do trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar. v. 2, 12ª ed., 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLEA, Manuel Alonso, apud Octávio B. Magano, in **Política do trabalho**.

Organización Internacional del Trabajo. **Conciliación y arbitraje em los conflictos de trabajo: estudio comparativo**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987.

RAMOS FILHO, Wilson. Relações coletivas de trabalho: setor público. **Revista Cadernos da CUT Jurídico e Relações Sindicais**, n. 4, São Paulo, jul. 1990.

_____. A nova lei de arbitragem e a solução dos conflitos coletivos de trabalho. **Revista LTr**. V.61, jan. 1997.

_____. **O fim do poder normativo e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. **Sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1986.

RUPRECHT, Alfredo. **Conflitos coletivos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1979. (tradução de José Luiz Ferreira Prunes).

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Dissídio coletivo e emenda constitucional nº 45/2004. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 26, n. 86, jul. 2006.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 27, n. 101, jan.-mar. 2001.

SOUZA, Mauro César Martins. Solução extrajudicial de conflitos trabalhistas. **Jornal Trabalhista Consulex**. Brasília, ano 19, n. 910, abr. 2002.

YOSHIDA, Márcio. A arbitragem e o judiciário trabalhista. **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo, n. 1, v. 1, jul.-out. 2003.

_____. **Arbitragem trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006.

ZAINAGHI, D. S.; FREDIANI, Y. **Novos rumos do direito do trabalho na América Latina**: solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2003.