

ARBITRAGEM E O DIREITO TRABALHISTA

Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Direito Contratual Empresarial no Curso de Especialização da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. Tarcísio Kroetz

CURITIBA

2004

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	3
1.1 Autocomposição	3
1.1.1 Mediação	3
1.1.2 Conciliação	3
1.1.3 Negociação Coletiva	4
1.2 Heterocomposição	4
1.2.1 Solução Judicial	4
1.2.2 Arbitragem	5
2 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM NO BRASIL	6
3 DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS	8
3.1 DIREITOS INDISPONÍVEIS E DIREITOS TRABALHISTAS	11
4 A ARBITRAGEM NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA	16
5 ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS COLETIVOS	18
6 ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS	19
7 LIMITES DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM	22
CONCLUSÃO	24
REFERÊNCIAS	26

INTRODUÇÃO

A todos os operadores do direito apresenta-se a constatação da crise no Poder Judiciário, que certamente, também atinge a Justiça do Trabalho.

O excesso de demandas tramitando em todas as instâncias do Judiciário, provocam morosidade e ineficácia na prestação jurisdicional.

Em pesquisa publicada pela revista *Consulex*, constatou-se a seguinte situação na esfera trabalhista: são ajuizados cerca de 6.500 processos por dia no Brasil (no Japão a média é de aproximadamente 1.000 processos por ano; na Inglaterra 67.000 por ano).¹

A consequência natural do excesso de demanda é a queda na qualidade dos serviços quer pela lentidão; pelo precário atendimento; pela sobrecarga de processos para o juiz instruir e julgar, não podendo dispensar exame mais acurado ao litígio.

Mas esta crise não se instaurou apenas por conta do Estado não oferecer condições adequadas de acesso à Justiça.

Acontece que verifica-se no Brasil um acentuado crescimento da litigiosidade, tendo em vista que a população está mais informada e consciente de seus direitos sociais, políticos, econômicos, trabalhistas, dentre outros, traduzindo-se num aumento da procura judiciária.

Há também uma maior disponibilização do acesso à justiça através de mecanismos menos burocráticos e dispendiosos (veja-se os Juizados Especiais), identificando-se uma demanda reprimida não constatada anteriormente.

Afora os elementos internos, há que se considerar o fenômeno da globalização, a ampliação dos meios de comunicação (Internet, por exemplo), os quais acabam por impor um ritmo mais acelerado nas decisões a serem tomadas.

¹ MOURA, Fernando Galvão; MELO, Nelma de Sousa. Arbitragem no direito do trabalho. In: *Jus navegandi*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>.

Diante deste quadro, surge a necessidade de buscar métodos alternativos à composição dos conflitos, destacando-se a arbitragem como uma das alternativas mais contempladas.

Importante frisar que referido instituto é praticamente inédito à composição de conflitos trabalhistas, principalmente quanto aos dissídios individuais.

Desta forma, pretende-se analisar as principais características do direito trabalhista, coletivo e individual, a possibilidade de disposição destes direitos, haja vista o conteúdo do artigo 1º da Lei 9.307/96, que estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

1 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Podemos afirmar didaticamente que existem duas formas de composição de conflitos. Uma seria a autocomposição, englobando a conciliação, a mediação e a negociação coletiva, para os litígios trabalhistas especificamente. Outra forma seria a heterocomposição, abrangendo a arbitragem e a solução judicial.

1.1 AUTOCOMPOSIÇÃO

Destaque-se que na autocomposição as partes chegarão ao acordo espontaneamente, seja através do auxílio do mediador, do conciliador, ou em uma mesa de negociação.

1.1.1 Mediação

A mediação é um procedimento informal, extrajudicial, podendo ocorrer antes ou depois de instalado o litígio.

Imprescindível a presença do mediador que poderá ser escolhido pelas partes. Deverá ser terceiro alheio aos interesses individuais das partes. Efetivamente o papel principal do mediador é aproximar as partes, servindo como uma canal de comunicação entre estas, visando a obtenção de uma decisão que seja a livre manifestação dos litigantes. O mediador não promove sugestões. Ou seja, na resolução do conflito se dará pela vontade das partes que contam com a colaboração do mediador.

1.1.2 Conciliação

A conciliação normalmente é judicial, podendo o próprio juiz ser o conciliador, como é bastante comum verificar-se nos procedimentos trabalhistas onde ocorrem duas tentativas de conciliação, conforme disposto nos artigos 847 e 850 da CLT.

O conciliador procura o entendimento em litígio já existente entre as partes, viabilizando estas a chegarem a um acordo espontaneamente.

Difere-se essencialmente da mediação, pois é institucionalizada, sujeita a regras e procedimentos e destaca-se principalmente nas Comissões de Conciliação Prévia, criadas pela Lei 9.958/2000, que inseriu na CLT- Consolidação das Leis do Trabalho, os artigos 625-A até o 625-H.

A função das Comissões de Conciliação Prévia é tentar obter o acordo entre patrão e empregado, não tendo poderes para decidir o litígio.

1.1.3 Negociação Coletiva

A Negociação Coletiva tem previsão na Constituição Federal, no artigo 114, § 1º, dispondo que: “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Para o Tribunal Superior do Trabalho é tida como obrigatória.

Caracteriza-se pelas negociações de interesses entre os sindicatos de trabalhadores e patronais. Normalmente as partes estão assistidas por advogados, no entanto, não há a intervenção de terceiro na negociação.

Havendo êxito na negociação coletiva será lavrada a Convenção Coletiva, quando efetuada entre os sindicatos, ou será firmado o Acordo Coletivo, entre o Sindicato da categoria e determinada empresa.

1.2 HETEROCOMPOSIÇÃO

Na heterocomposição a solução do conflito ocorre pela decisão de um terceiro que poderá ser escolhido pelas partes ou não.

1.2.1 Solução Judicial

Muitos ainda a consideram a solução mais adequada para dirimir conflitos, principalmente devido ao preparo específico dos juizes para este mister.

Neste procedimento o Estado exerce sua função jurisdicional, onde a vontade das partes deverá ceder lugar ao órgão imparcial do Estado, representado pelo Juiz de Direito.

1.2.2 Arbitragem

Arbitragem destaca-se como forma alternativa de solução de conflitos, atribuída a terceiro, ou terceiros, livremente indicado pelas partes, sendo da confiança destas.

Trata-se de procedimento estipulado pela livre manifestação de vontade das partes, com o intuito de obterem a solução mais adequada a determinada controvérsia, que será decidida por terceiro(s) estranho aos interesses daquelas.

2 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Com a edição da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, regulamentou-se no direito brasileiro o instituto da Arbitragem. Trata-se de microssistema legal em consonância com as tendências mundiais menos ortodoxas que visam a composição de conflitos privados, principalmente os que tratam de relações comerciais.

A previsão contratual, através de cláusula compromissória, de instituição de uma jurisdição privada- Arbitragem, como método alternativo para obtenção de solução em possíveis conflitos de natureza patrimonial disponível, tem se mostrado de suma importância nas atuais relações comerciais.

Tal situação é decorrente do fato de que a Arbitragem tem se revelado como instrumento hábil e seguro para dirimir conflitos.

A crescente importância da Arbitragem nas relações contratuais em geral caracteriza-se por ser um mecanismo de solução de conflitos onde a vontade das partes é preponderante. Têm as partes autonomia suficiente para a escolha do(s) árbitro(s), normalmente profissionais especializados, técnica e cientificamente na matéria em análise; liberdade à escolha do procedimento a ser adotado; garantia do sigilo; resolução célere, dentre outras vantagens não encontradas na Jurisdição Estatal.

Carlos Alberto CARMONA, assim define o instituto:

A arbitragem-meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.²

² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.51.

Funda-se a arbitragem na autonomia da vontade das partes, tendo em vista que a escolha do árbitro(s), do procedimento, da lei aplicável, será sempre pela livre opção das partes.

Quanto a autonomia da vontade das partes, cita-se artigo da ilustre Advogada, membro da Comissão relatora do Projeto de Lei da Arbitragem Selma Maria Ferreira LEMES, que dispõe:

O princípio da Autonomia da Vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de conflitos (art.1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral, no que pertine à forma de indicação dos árbitros (art.13), seja material ou formal, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública (art.2º, §§ 1º e 2º); se a decisão será de direito ou por equidade (art.2º); eleger a arbitragem institucional (art.5º); prazo para o árbitro proferir a sentença arbitrar (arts. 11, inciso III e 23) [...] Conclui adiante a autora que “o objetivo do princípio da autonomia do pacto arbitral é salvar a cláusula compromissória, para que, em virtude dela, possa se julgar a validade, ou não, do contrato arbitrável.”³

Uma das desvantagens apontadas ao procedimento arbitral é quanto ao custo financeiro. Esta questão agrava-se em se tratando de controvérsia trabalhista. Georgenor de Sousa FRANCO FILHO diz que “a grande desvantagem está, no entanto, no custo do procedimento arbitral. É um procedimento altamente oneroso, o que, quando se trata de matéria trabalhista, pode encontrar profunda barreira nas condições do sindicato da categoria profissional de arcar com essas despesas”.⁴

Certamente este aspecto é um dos principais obstáculos na recusa da arbitragem, em especial para litígios de natureza trabalhista, optando as partes preferencialmente pela solução jurisdicional.

³ LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da lei de arbitragem. **Revista do Advogado**: AASP, São Paulo, out. 1997.

⁴ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

3 DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

Uma das condições essenciais para a utilização da arbitragem é a capacidade de contratar das partes, conforme estabelece o artigo 1º da Lei 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Trata-se da capacidade jurídica onde a parte deve estar apta a ser sujeito de direitos e deveres, ou seja, na efetiva possibilidade de exercício destes direitos e deveres. Encontra-se a matéria devidamente regulada no artigo 4º e 5º do novo Código Civil.

Outra condição essencial quanto a arbitrabilidade é tratar-se a avença de direito patrimonial disponível, nos termos do artigo 1º da mencionada Lei.

A natureza patrimonial do litígio consiste em critério bastante objetivo, delimitando o campo de aplicação do procedimento arbitral. São direitos que admitem a transação, portanto, que podem ser disponíveis.

Para Carlos Alberto CARMONA,

diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.⁵

A livre disponibilidade de direitos é o principal critério para verificar se a matéria é passível de ser submetida à arbitragem e esta disponibilidade não se refere apenas ao caráter patrimonial do direito, mas também deverá ser restringido por questões de ordem pública.

João Bosco LEE diz que

o caráter patrimonial da relação litigiosa delimita a disponibilidade do direito, assim como a arbitrabilidade do litígio. De fato, são inarbitráveis os litígios que têm como objeto, matérias extrapatrimoniais. Todavia, a referência única à natureza patrimonial da relação controversa não é suficiente porque existem direitos patrimoniais que são indisponíveis.

⁵ CARMONA, op. cit., p. 56.

Assim, no estudo da especificação da noção de disponibilidade de direitos, tem-se frequentemente recorrido à noção de ordem pública.⁶

Temos que os direitos indisponíveis são aqueles que não se pode renunciar, transigir, alienar, são imprescritíveis e intransmissíveis. Normalmente são extrapatrimoniais e individuais, tal como o direito de “ir e vir”, protegido constitucionalmente por habeas corpus.

O primeiro ramo do direito a resguardar os direitos indisponíveis é o direito penal, pois visa proteger a vida, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, a honra, a imagem, dentre outros, tipificando como criminosa a conduta que venha a provocar lesão, ou ameaça de lesão a estes direitos.

Os direitos da personalidade, que se constituem como direitos subjetivos privados e individuais, são absolutos e considerados como originários ou inatos. Isto porque são adquiridos com o nascimento.

Existem diversas classificações destes direitos, mas para o momento citamos aquela traçada por Orlando GOMES que assim os classifica:

1) Direitos à integridade física:

- a) direito à vida;
- b) direito sobre o próprio corpo (corpo inteiro, partes separadas, decisão sobre tratamento médico, cirurgia, exame médico e perícia médica)

2) Direitos à integridade moral:

- a) direito à honra;
- b) direito à liberdade;
- c) direito ao recato;
- d) direito à imagem;
- e) direito ao nome;
- f) direito moral do autor.⁷

⁶ LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 62-63.

⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 153.

Alguns Tratados e Convenções internacionais têm tratado da matéria, no sentido de fomentar a criação de instrumental eficaz para garantia destes direitos. Foi assim na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, realizado em 1969, ratificado pelo Brasil em 1992. Nesta convenção ficou assentado que todos os Estados-partes têm o dever de respeitar e garantir os seguintes direitos: direitos à vida, à integridade pessoal física, psíquica e moral, à liberdade pessoal, liberdade de associação, liberdade de consciência e religião, liberdade pensamento e expressão, proibição do trabalho escravo, direito às garantias judiciais, à proteção da honra e da dignidade, ao direito de resposta, ao direito de reunião, à proteção à família, ao direito ao nome, aos direitos da criança, ao direito à nacionalidade, ao direito à propriedade privada, ao direito de circulação e de residência, aos direitos políticos, à igualdade perante a lei e à proteção judicial.⁸

Também temos o Protocolo de São Salvador, que trata dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 1995, em síntese dispõe: a não-discriminação de forma alguma; o direito ao trabalho em condições justas, equitativas e satisfatórias; os direitos sindicais (direito de associação e de greve); o direito à previdência social; o direito à saúde; o direito a um meio ambiente sadio; o direito à alimentação; o direito à educação; o direito aos benefícios da cultura; o direito à constituição e proteção da família (com assistência especial à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto); os direitos da criança; à proteção de pessoas idosas e deficientes.

Evidente que muitos destes direitos já estão previstos na Carta Magna, erigidos, portanto, à condição de liberdades públicas, assegurados constitucionalmente, como também por legislação infra-constitucional.

⁸ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os direitos trabalhistas e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003. p. 47-48.

Tais direitos são tidos como de ordem pública, haja vista a relevância destes para o indivíduo e para a segurança de toda a sociedade. As normas protetoras destes direitos indisponíveis são normas cogentes, que afastam o Princípio da Autonomia da Vontade, impossibilitando o titular destes direitos de abdicá-los.

No entanto, a indisponibilidade destes direitos não é suficiente para lhes retirar a arbitrabilidade, pois as conseqüências patrimoniais resultante da lesão aos mesmos, normalmente será mensurada patrimonialmente, ou economicamente, podendo assim, ser resolvido o litígio pela via arbitral. Por exemplo, o direito de menor em receber alimentos é indisponível, no entanto, as prestações decorrentes deste direito podem ser objeto de transação.

Iara Alves Cordeiro PACHECO diz que “o mesmo ocorre com o direito à vida, que configura o mais importante direito indisponível. Quando violado, sendo impossível a restauração à situação anterior, nada resta ao parente da pessoa falecida senão reivindicar o pagamento de indenizações de cunho material e moral pela perda sofrida”.⁹

À guisa de conclusão Carlos Alberto CARMONA diz que “são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”.¹⁰

3.1 DIREITOS INDISPONÍVEIS E DIREITOS TRABALHISTAS

Por pertencerem à categoria mais elevada dos direitos, os direitos indisponíveis seguramente fazem parte do patrimônio jurídico dos trabalhadores.

⁹ PACHECO, op. cit., p.91.

¹⁰ CARMONA, op. cit., p. 56.

Os direitos do trabalhador, especialmente aqueles elencados no artigo 7º da Constituição Federal são considerados como indisponíveis, conseqüentemente irrenunciáveis, intransacionáveis e inflexíveis. Como exemplo cite-se o direito ao salário mínimo, ao 13º salário, ao fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS, ao registro do contrato em carteira de trabalho – CTPS.

Certamente que o labor exercido não deve limitar as diversas capacidades e potencialidades do trabalhador, tampouco colocá-lo em situação que venha a provocar determinados constrangimentos.

A continuidade do contrato de trabalho significa a permanência de inúmeras relações quotidianas entre o funcionário e seu empregador. Este tem o dever de respeitar seus funcionários, mantendo hígida a dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.

Os direitos da personalidade, não têm previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. No entanto, foram contemplados pela Constituição Federal de 1988, permitindo-se a releitura de vários dispositivos da legislação consolidada. É o caso da proteção à maternidade, garantindo licença à gestante e a proibição da dispensa até cinco meses após o parto, CF - art. 7º, XVIII, e ADCT- art. 10, II, “b”, respectivamente.

Novas Leis também foram editadas ampliando o leque de proteção aos direitos indisponíveis do trabalhador como a Lei 9.799/99, que ampliou a proteção do trabalho da mulher. Destaque-se também a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que consagra a proteção integral à criança e ao adolescente, prevendo, por certo, a proteção do trabalho do menor.

Quanto a proteção à vida, à integridade física e à saúde do trabalhador, há previsão expressa na CLT quando trata das normas de segurança e medicina do trabalho nos artigos 154 a 201, complementadas pela Portaria 3.214/78, NR – 15 e NR – 16 do Ministério do Trabalho

Há que se destacar, no entanto, que os direitos acima elencados são indisponíveis na constância do contrato de trabalho. Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho e verificando-se a violação destes direitos, não há mais como exigi-los como Obrigação de Fazer, mas tão só, suscitar ao judiciário a reparação advinda do descumprimento destas obrigações. Desta forma estes direitos transmudam-se em demandas indenizatórias, com expressão econômica em favor do trabalhador (reclamante). Portanto, passariam a ter cunho patrimonial, podendo aplicar-se a arbitragem.

Devemos considerar ainda a tendência à flexibilização de diversos direitos trabalhistas consagrados, ocorrendo alterações na CLT, como a diversidade de contratos por prazo determinado; o banco de horas, o procedimento sumário; as Comissões de Conciliação Prévia, dentre outros. No entanto, para fins de garantias trabalhistas, ditas flexibilizações devem ser entendidas de forma restritiva, pois constituem-se em exceção aos princípios da inderrogabilidade e irrenunciabilidade em âmbito trabalhista.

Iara Alves Cordeiro PACHECO considera a existência de quatro espécies de direito, quais sejam; direitos da personalidade; direitos decorrentes de normas de ordem pública absoluta tidos como inderrogáveis; direitos derivados de normas de ordem pública relativa os quais admitem certa flexibilização através de negociação coletiva nos casos expressamente previstos na Constituição Federal- art.7º, VI, XIII e XIV (tratam da redução salarial, jornada de trabalho, jornada em turno de revezamento); por fim, normas dispositivas pactuadas pelas partes, passíveis, portanto de submeterem-se a arbitragem.

Alinhando-se a este entendimento manifesta-se o Ilustre Ministro Arion Sayão Romita, em prefácio a obra de Zoraide Amaral de SOUZA, sustentando que

se os direitos individuais trabalhistas sobre os quais paira controvérsia forem relativamente indisponíveis, vale dizer, se puderem converter-se em objeto de transação, nada obsta a que possam ser postos em tela de arbitragem, porquanto sobre eles não incidirá a

vedação legal: sendo patrimoniais, ou seja, passíveis de avaliação monetária, são disponíveis e, em consequência, seu titular deles pode livremente dispor, submetendo-os, em caso de litígio, ao crivo da arbitragem.¹¹

A vedação do instituto da arbitragem nas relações trabalhistas não pode ser considerada apenas pela indisponibilidade de alguns dos direitos dos empregados. Tal posicionamento funda-se na combinação analítica do artigo 1º e artigo 25 da Lei 9.307/96, pois a própria lei apresenta solução à questão, quando resolvida a prejudicial, ou seja, se alegada a prejudicial de indisponibilidade de direitos a previsão legal aduz que:

Art.25 – Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único - Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acordo transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Analizando a matéria Zoraide Amaral de SOUZA sustenta que:

Em termos trabalhistas, o que deve ser analisado relativamente aos direitos do empregado está no momento em que os referidos direitos são considerados, realmente, indisponíveis.

Há indisponibilidade enquanto a relação jurídico-material existir, isto é, a indisponibilidade está diretamente ligada ao desenvolvimento da relação trabalhista.

Assim, após a sua extinção não há que se falar em indisponibilidade, já que todos os direitos passam a ser disponíveis.

Tanto é verdadeira esta afirmação que a própria Justiça do Trabalho, que possui como princípio básico a conciliação, antes de qualquer ato do juiz, no momento da tentativa do acordo, não faz perguntas sobre se o direito que está sendo submetido à conciliação, é disponível ou indisponível. A razão é simples: neste momento não há o que se perquirir, pois a relação material já se extinguiu.¹²

Referido posicionamento harmoniza-se com o de outros autores, como Carlos Alberto CARMONA, demonstrando que o entendimento sobre a disponibili-

¹¹ SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004. p. 12.

¹² SOUZA, op. cit., p. 189.

dade dos direitos deve ser analisada com maior dedicação e profundidade, evitando posturas precipitadas que afirmem ser os direitos trabalhistas seguramente indisponíveis.

Podemos afirmar que a indisponibilidade será absoluta quando tratarem-se de direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física, liberdade, honra, etc.

A indisponibilidade relativa será a dos direitos e garantias protegidos por lei, ou mesmo, pela Constituição Federal, mas sobre os quais possa incidir certa flexibilização, que parece ser a tendência atual de muitos direitos trabalhistas, veja-se as negociações acerca da redução salarial.

Tratam-se como disponíveis as normas dispositivas, oriundas de Convenção ou Acordo Coletivo, ou mesmo da livre pactuação entre as partes.

4 A ARBITRAGEM NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

A possibilidade de instaurar-se a arbitragem verifica-se em alguns dispositivos legais pertinentes ao direito do trabalho, conforme veremos.

Primeiramente temos que destacar a previsão constitucional para dirimir conflitos coletivos de trabalho, previsto no artigo 114, que trata da competência da Justiça do Trabalho, no parágrafo primeiro consignando que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

Pela primeira vez em nossa história houve previsão de arbitragem privada, possibilitando a solução de conflitos coletivos de trabalho por via arbitral.

É modalidade de arbitragem facultativa, portanto, requer acordo entre as partes para sua efetivação.

A Lei de Greve - 7.783/89, dispõe em seu artigo 7º: “Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da justiça do trabalho”.

Não faz menção, porém, de como poderá se obter o laudo arbitral, ficando a critério das partes estruturar o compromisso e indicar o procedimento.

Há também a Lei 10.101/200, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, que em seu artigo 4º estabelece:

Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:

I – mediação;

II – arbitragem de ofertas finais.

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

§ 2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes.

§ 3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes.

§ 4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

A Lei 8.630/93, conhecida como Lei dos Portuários, dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, no artigo 23 trata de arbitragem de ofertas finais, estabelecendo uma Comissão Paritária para resolver os conflitos:

Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra, Comissão Paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 18,19 e 21 desta Lei.

§ 1º. Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

§ 2º. Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes.

§ 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes e o laudo arbitral proferido para solução da pendência possui força normativa, independentemente de homologação judicial.

Poucas são as previsões legais da arbitragem em matéria trabalhista, restringindo-se basicamente aos direitos trabalhistas coletivos.

5 ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS COLETIVOS

Pelas disposições trazidas pela Lei de Arbitragem (9.307/96), parece pacífica a possibilidade de aplicação da instância arbitral nos dissídios originários da relação de trabalho.

Primeiramente porque a atual lei regula toda a matéria relativa a arbitragem em seu caráter material e processual. Segundo, porque a própria Constituição Federal traz esta disposição no artigo 114, parágrafos 1º e 2º.

O dissídio coletivo de trabalho tem como objetivo a tutela de interesse geral de toda uma categoria de trabalhadores, ou seja, de toda a “base” sindical, conforme mencionam os sindicalistas.

Os dissídios coletivos vislumbram melhores condições de trabalho e remuneração, como aumento salarial e redução de jornada de trabalho, podendo ser de natureza jurídica ou econômica.

Via de regra resultam da discórdia nas negociações coletivas entre a base sindical dos empregados e sindicato dos empregadores, originando ações trabalhistas entre os sindicatos.

A doutrina já está bastante receptiva quanto a aplicação da arbitragem nos dissídios coletivos, tendo em vista que tanto os empregados como os empregadores teriam suficiente respaldo de suas bases sindicais, apresentando situação mais equilibrada entre as partes, o que não se verifica nos dissídios individuais.

Georgenor de Souza FRANCO FILHO, analisa a matéria da seguinte forma:

Através da solução arbitral dos conflitos trabalhistas poderá se ter condições de encontrar almejada convivência pacífica entre os fatores de produção, a partir de que o capital e trabalho em comum acordo, atribua a um terceiro, privado, independente e isento, a busca dos remédios para sarar seus desentendimentos. É forma válida para se obter a composição das divergências entre categorias econômica e profissional, e aperfeiçoar a distribuição da riqueza. Não é mecanismo utópico. Ao contrário, com a 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.¹³

¹³ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990. p. 74.

6 ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

Os dissídios individuais trabalhistas caracterizam-se essencialmente quando há demanda judicial, que na justiça do trabalho é denominada de Reclamatória Trabalhista, onde o Reclamante busca a satisfação de seus direitos individuais garantidos por lei os quais de alguma forma não foram atendidos, tais como o vínculo de emprego; 13º salário; férias e o terço constitucional; horas extraordinárias; FGTS, dentre outros.

No direito individual do trabalho é onde encontra-se maior resistência para a aceitação da arbitragem. O primeiro motivo seria ainda o entendimento de boa parte dos operadores do direito de que os direitos individuais trabalhistas são indisponíveis.

O segundo motivo seria o de que não há previsão legal expressa, ao contrário dos dissídios trabalhistas coletivos com previsão no artigo 114 da Constituição Federal e leis infraconstitucionais. Muitos autores, como Georgenor de Sousa FRANCO FILHO, além de considerarem pouco provável a implementação da arbitragem nas questões trabalhistas individuais, acreditam que deveria haver lei própria para arbitragem em matéria trabalhista, vejamos:

A Lei nº 9.307/96, por se tratar do mais completo diploma legislativo brasileiro sobre o tema, deve ser aplicado à arbitragem trabalhista, fazendo-se necessariamente, as devidas adaptações, a atender a realidade desse tipo de relação jurídica, algumas das quais foram sugeridas nos comentários ao norte.

O ideal, porém, é que seja editada lei específica para regular a arbitragem em conflitos coletivos de trabalho, recordando ser pouco adequada sua aplicação à relações individuais de trabalho.¹⁴

Boa parte da doutrina entende ser admissível a arbitragem somente quando tratar-se de relação trabalhista finda. Isto porque, mesmo que se trate de direitos

¹⁴ FRANCO FILHO, A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho, p.71.

indisponíveis, após o encerramento do contrato de trabalho o que será discutido não é o gozo destes direitos, mas os reflexos patrimoniais decorrentes da lesão a estes direitos.

No entanto, conforme analisado no título “Direitos Indisponíveis e Direitos Trabalhistas”, nem todos os direitos trabalhistas são indisponíveis, podendo, portanto aplicar-se a arbitragem até mesmo nas relações trabalhistas em curso. Carlos Alberto CARMONA é um dos doutrinadores que se alinha a este raciocínio afirmando que

acabou por solidificar-se a impressão de que não poderia haver qualquer restrição à solução arbitral de controvérsia trabalhista oriunda de relação jurídica finda, eis que tais controvérsias estariam ligadas exclusivamente a verbas indenizatórias, revelando-se, portanto, a natureza disponível dos direitos em disputa. A dúvida, portanto, acerca da arbitrabilidade de controvérsias trabalhistas acaba sendo restrita às relações jurídicas ainda em curso, concluindo alguns estudiosos que em tais casos não seria aceitável a solução arbitral por conta da natureza protetiva do Direito do Trabalho. Não me parece que tal restrição genericamente posta – possa ser aceita, pois mesmo em sede de relações de trabalho em curso há largo espaço para a atuação da vontade dos contratantes, revelando-se aqui também a disponibilidade do direito.¹⁵

Questão importante a ser analisada é de como se viabilizará a arbitragem nas relações trabalhistas individuais. A lei, no artigo 4º, prevê o seguinte:

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ela se refira.

Evidente que deverá ser firmada cláusula compromissória, nos termos do artigo retro citado. No entanto, a forma como ocorrerá é que causa maiores discussões.

Boa parte da doutrina, pondera que é bastante temerária a inserção desta cláusula nos contratos individuais, pois a desigualdade entre as partes pode comprometer o bom andamento do procedimento, podendo transformar-se num

¹⁵ CARMONA, op. cit., p. 60.

meio de burlar as normas trabalhistas, ou mesmo impor a obrigatoriedade da referida cláusula.

Mais coerente, seria estabelecer a cláusula compromissória em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, prevendo quais as matérias que poderiam ser dirimidas por arbitragem, em conformidade com o parágrafo primeiro do artigo 4º da mencionada lei. Desta forma haveria a participação do sindicato dos trabalhadores, proporcionando equilíbrio na estipulação.

A dificuldade que se apresenta ao estabelecer-se a cláusula compromissória em acordo ou convenção coletiva, é de que teria o mesmo prazo de duração da norma coletiva. Não sendo repetida nesta, nem renovado o prazo, deverá ser considerada extinta a cláusula.

Boa parte da doutrina pondera que a arbitragem em dissídio individual só deveria ocorrer através da aplicação das regras de direito material pertinente às questões trabalhistas. Assim, o amplo espectro de direitos trabalhistas seria preservado, oferecendo-se maior segurança principalmente ao trabalhador, que é tido como parte vulnerável na relação trabalhista.

Alega-se também que poderia haver ampliação da utilização do instituto arbitral se houvesse permissivo legal à revisão, pelo poder judiciário, do mérito das decisões arbitrais. Assim, a segurança da justiça seria garantida, permitindo-se amplo acesso dos trabalhadores, como ocorre em outros países.

Zoraide Amaral de SOUZA tece o seguinte comentário a respeito:

a experiência internacional tem revelado a utilidade da arbitragem voluntária em litígios trabalhistas, que não é incompatível com a matéria e com a presumida desigualdade entre os interessados, desde que se compensem essas especificidades com a possibilidade de uma mais ampla revisão de fundo pelo Poder Judiciário, como ocorre nos Estados Unidos com as fact-findings e a possibilidade de reexame judicial em caso de manifest disregard of law.¹⁶

¹⁶ SOUZA, op. cit., p. 226-227.

7 LIMITES DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

A heterocomposição de conflitos ora analisada - arbitragem, não esquecendo suas inúmeras vantagens, possui algumas restrições, principalmente de ordem prática que se não inviabilizam, pelo menos estreitam os limites de sua aplicação.

A principal crítica que se faz à utilização da via arbitral está no custo financeiro que irá representar às partes. Em se tratando de dissídios trabalhistas coletivos, é provável que este fator possa ser minimizado. No entanto em dissídios individuais este aspecto praticamente inviabiliza a arbitragem, principalmente se considerarmos que atualmente as custas processuais só são pagas no final do processo judicial pelo vencido e que o reclamante beneficia-se da justiça gratuita se estiver desempregado ou se receber remuneração igual ou inferior ao dobro do salário mínimo legal (hoje representaria o máximo de R\$ 520,00), ou ainda se comprovar estado de miserabilidade, nos termos do artigo 789, § 9º da CLT.

Neste sentido existe proposta ao Governo Federal que remunere os árbitros ou permita que os Juizes trabalhistas atuem como árbitros.

Outra solução apontada seria a atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho como árbitros, conforme permissão dos arts. 9º e 13º da Lei 9.307/96, combinado com o artigo 83, inciso XI, da Lei Complementar nº 75/93, que dispõe: "atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho".

Quanto ao Ministério Público do Trabalho já há resolução (CS/MPT nº 44), que estabelece a atividade da arbitragem no Ministério Público do Trabalho.

Outro obstáculo seria a falta de organização da sociedade para viabilizar estes procedimentos. O Poder Público, através de seus vários órgãos - como exemplo o Ministério Público do Trabalho que possui resolução neste sentido (CS/MPT nº 44)- as Confederações patronais, as Centrais sindicais, os inúmeros sindicatos, tanto

dos empregados como empregadores, deveriam tomar a iniciativa na implementação da arbitragem institucional em dissídios trabalhistas, difundindo as regras e procedimentos específicos a área, formando equipes de árbitros com reputação e conhecimento na área trabalhista.

CONCLUSÃO

Efetivamente a arbitragem é um dos meios mais avançados de solução de conflitos, pois incentiva a autonomia de vontade das partes, afastando a intervenção estatal nas relações de direito material.

Fato incontestável na realidade brasileira é de que o Poder Judiciário Trabalhista não está cumprindo adequadamente sua prestação jurisdicional.

O elevado número de demandas propostas, a estrutura burocrática do sistema judiciário, a quantidade absurda de recursos disponíveis, tornam extremamente lenta e morosa a decisão judicial, efeito este extremamente nefasto à grande massa de trabalhadores desamparados pelo Estado.

Além destes aspectos, temos que considerar a mentalidade do povo brasileiro, em especial dos operadores do direito.

Muitos juízes acreditam na inviabilidade de instituir-se a arbitragem na seara trabalhista, considerando que ainda há necessidade de proteção estatal dos direitos individuais do trabalhador, essencialmente pela indisponibilidade destes. Sustentam que a aplicação do instituto arbitral perverteria as conquistas básicas dos trabalhadores, pois não haveria mecanismo legal de proteção às garantias mínimas já incorporadas ao patrimônio jurídico dos trabalhadores.

Por outro lado, muitos advogados partilham deste posicionamento, agregando ainda o temor de não atuarem nesta forma de solução de conflitos trabalhistas. Devemos ponderar esta situação, se considerarmos a imensa massa de profissionais da área jurídica, por conta da ampliação desmedida e sem critérios de cursos de Direito.

Estas questões de ordem prática, provavelmente só o tempo e o mercado de trabalho é que poderão nos proporcionar maior clareza. Por enquanto resta-nos ponderá-las.

Quanto a questão da disponibilidade ou não dos direitos trabalhistas há que se fazer análise bastante profunda, pois conforme demonstramos, nem todos os direitos trabalhistas são indisponíveis. Muitos deles têm sido flexibilizados, inclusive com previsão expressa na Constituição Federal.

Esclareça-se que esta discussão deve restringir-se às relações jurídicas trabalhistas em curso, haja vista que após a extinção do contrato de trabalho, a exigência dos direitos trabalhistas passa a ser de cunho patrimonial, pois o trabalhador será indenizado pelo descumprimento das obrigações correspondentes.

No entanto, a fim de não extinguir-se o caráter protetivo ao trabalhador, certos de que efetivamente há desigualdade na relação estabelecida entre patrão e empregado, a operacionalização da arbitragem em dissídios trabalhistas individuais deverá realizar-se por meio de cláusula compromissória estabelecida em convenção ou acordo coletivo com o sindicato da categoria.

Quanto a arbitragem em dissídios trabalhistas coletivos não se verifica maiores entraves, pois há previsão constitucional para sua instauração.

Questão que merece maiores tratativas é quanto ao custo financeiro à instauração da arbitragem nos dissídios trabalhistas. Deverá haver esforço em conjunto para ultrapassar esta barreira, buscando soluções economicamente viáveis para o atendimento da grande massa de trabalhadores que necessita ser atendido de forma eficiente. De nada adianta o discurso da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, se na prática, a prestação jurisdicional não lhes oportuniza o acesso a estes!

Certamente que o caminho a trilhar é bastante longo, mas vencer gradualmente os obstáculos viabilizará que se fomente uma “cultura arbitral” em nosso país, reservando ao Poder Judiciário estatal somente causas inconciliáveis por questões de ordem pública.

REFERÊNCIAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **A arbitragem – Lei nº 9.307/96**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano (Coords.). **Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar**. 107. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARRION, Valentin. 1931. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, por Eduardo Carrion**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1, p. 600.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos de trabalho no Brasil**. São Pulo: LTr, 1990.
- _____. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da lei de arbitragem. **Revista do Advogado: AASP**, São Paulo, out. 1997.
- LOPES, Maurício Ribeiro (Coord.). **Código Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOURA, Fernando Galvão; MELO, Nelma de Sousa. Arbitragem no direito do trabalho. In: **Jus navegandi**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>.
- PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os direitos trabalhistas e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo M.V. Arbitragem na área trabalhista: visão didática. In: **Jus navegandi**. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina>>.

RAMOS, Augusto Cesar. Mediação e arbitragem na Justiça do trabalho. In: ***Jus navegandi***. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina>>.

ROMITA, Arião Sayão. **Direito do trabalho: temas em aberto**. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo (Org.). **Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2002.