

**ARBITRAGEM. UMA VIA ALTERNATIVA
AO PODER NORMATIVO DA
JUSTIÇA DO TRABALHO?**

ROSSANA CRISTINA TUOTO

SEBASTIÃO ANTUNES FURTADO

- 1 INTRODUÇÃO
- 2 DOS CONFLITOS TRABALHISTAS E DAS FORMAS DE SOLUÇÃO
- 3 DA NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. DA AR-
BITRAGEM
- 3 1 DAS PARTES
- 3 2 DOS ÁRBITROS
- 3 3 DO OBJETO
- 3 4 DO LAUDO (HOMOLOGAÇÃO E PROCEDIMENTO)
- 4 DA SOLUÇÃO JURISDICIONAL DOS CONFLITOS TRABALHISTAS.
DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO
- 5 BALANÇO FINAL E PERSPECTIVAS.

1 — Introdução

Uma das grandes preocupações do Estado moderno — democrático e de direito — é a de solver os *conflitos* que eventualmente surjam no seio da sociedade civil. No longo processo histórico, a interferência direta nas relações *interpessoais* paulatinamente foi aumentando — em extensão e intensidade —, com o Estado subtraindo do cidadão o *direito* de fazer *justiça com as próprias mãos*. No momento em que adotou esta postura ativa, o Estado atraiu para si o *poder/dever* de dirimir todo e qualquer conflito que se lhe apresente. *Poder*, porque o Estado, normalmente um terceiro na relação conflitiva, pode impor sua vontade (decisão) que deve ser acatada não só pelos contendores, mas por todos os membros da sociedade. A este *poder* corresponde um *dever*, uma obrigação de instrumentalizar o cidadão — em geral, viabilizando a *prestação jurisdicional* realmente *efetiva* — para que possa defender seus direitos e proteger seus interesses. Naturalmente, o Estado pode colocar à disposição do cidadão vários e variados meios (alternativos) para auxiliá-lo na solvência dos conflitos, além da via jurisdicional tradicionalmente indispensável num Estado que se diz *democrático e de direito*.

Quando se fala em *tutela jurisdicional* adjetivando-a *efetiva*, o que se pretende demonstrar é que não basta apenas a existência de Poder Judiciário hierarquizado e estruturado que dê uma resposta ao jurisdicionado sempre que a isso seja instigado, não bastam as garantias de ampla defesa — inclusive com direito à assistência letrada gratuita — e as demais garantias processuais, de todos conhecidas. É necessário, fundamentalmente, que essa tutela seja *imediata*, pois, já se disse, “a justiça tardia corresponde à injustiça”. Não é preciso salientar as dificuldades pelas quais atravessa o Judiciário, em especial o Trabalhista, hoje em dia no Brasil. A morosidade pro-

cessual — reflexo do acúmulo de serviço que padece e das condições precárias em que, muitas vezes, o Magistrado é obrigado a exercer suas funções — é de todos conhecida.

No bojo desta discussão, assalta-nos um tema que, a nosso juízo, é de extrema importância, o das chamadas *vias alternativas* à tradicional tutela jurisdicional na solução dos conflitos coletivos de trabalho. Com efeito, poderíamos perguntar se a solução destes problemas reside exclusivamente na criação/ampliação de tribunais do trabalho e juntas de conciliação e julgamento ou se, por outro lado, a litigiosidade pode ser atacada (no sentido de evitada) e dirimida por outras vias?

Dentro destas coordenadas, surge a figura da arbitragem como uma das formas possíveis de solução dos conflitos coletivos de trabalho, essencialmente dos conflitos de natureza econômica, fora da intervenção do Judiciário Trabalhista através do famoso Poder Normativo. A arbitragem como instituto jurídico é bastante conhecida, em que pese sua pouca aceitação prática no Brasil. A novidade reside na sua inclusão no novo texto constitucional (art. 114) aprovado em outubro de 1988, cujas implicações tentaremos examinar a seguir.

2 — Dos conflitos trabalhistas e das formas de solução em geral

A primeira tarefa do pesquisador é definir o objeto e a amplitude do tema a ser abordado. Assim, resultaria pouco pedagógico tratar da arbitragem sem estudo prévio embora sucinto — dado seu caráter introdutório — dos conflitos trabalhistas em geral e das possíveis formas de solução em especial. Não é nosso objetivo discutir aqui as várias teorias a respeito dos conflitos, porém, é necessário ressaltar alguns aspectos básicos, precisando os conceitos que serão manejados neste estudo.

Em que pese a tendência neoliberal, dominante em nossos dias, tentar convencer a respeito da “convergência de interesses entre capital e trabalho” (interesses gerais em abstrato), a experiência empírica tem demonstrado que até hoje as sociedades de economia de mercado são sociedades pluralistas onde existem basicamente dois interesses de classe em confronto. Só em

casos extremos — já se disse⁽¹⁾ — capital e trabalho possuem interesses econômicos comuns e, ainda, esta apreciação é uma apreciação política, sem equivalência no terreno econômico. Daí porque uma compreensão ampla dos fatos sociais induz a pensar as relações de trabalho como conflitivas por natureza, embora esta conflituosidade muitas vezes não se exteriorize, o que não quer dizer que não exista. Ela permanece *latente*, indicando um estado de *normalidade* nas relações entre empresários e trabalhadores. Para o estudioso interessam aqueles conflitos de certa intensidade e envergadura — não basta um simples mal-estar laboral — devem se manifestar através de uma das formas típicas de exteriorização. De qualquer sorte, para o Direito a existência de um conflito permanente seria inadmissível, já que busca, como sistema de paz, a composição e o acomodamento de interesses, pugna pela harmonia, para cuja obtenção o ordenamento jurídico deve instrumentalizar procedimentos precisos.

Surge, portanto, a primeira expressão carente de conceito: *conflito de trabalho*. Historicamente a doutrina tem se esforçado para diferenciar fundamentalmente *conflito* e *controvérsia*, para uns esta é “uma discussão longa e minuciosa entre as partes, tanto referindo-se aos fatos objetos do debate quanto ao direito aplicável”⁽²⁾, enquanto aquele “é a contraposição, oposição de interesses em que as partes não transigem, choque, colisão de direito ou de pretensões”⁽³⁾. Para CARNELUTTI, há controvérsia “quando alguém pretende a tutela do seu interesse relativo ao trabalho, refere-se a uma situação posterior, complementar ao conflito. O conflito posto em forma de solução, onde o *dis-sídio* representa uma das formas deste procedimento perante a jurisdição, albergando todas as formas de composição judicial e extrajudicial do conflito. Mas nosso estudo não abrange todo *conflito*, toda contraposição de interesses, mas somente aqueles oriundos da *relação de emprego*, portanto, somente conflitos de trabalho. O conceito de *trabalho* aqui utilizado está vinculado à concepção aceita pelo Direito do Trabalho. “Nem todo tra-

1 Cfr. LOPES-MONUS, Carlos: **O direito de greve. Experiências Internacionais e da Doutrina da OIT**. São Paulo, Ed. LTr/Ibrart, 1984, p. 15.

2 Vd. SEGADAS VIANNA, José: **Direito Coletivo do Trabalho**, São Paulo Ed. LTr, 1972.

3 Vid. CABANELLAS, G. e RUSSOMANO, M: **O Conflito Coletivo de Trabalho**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

balho é objeto do Direito Laboral, mas somente aquele que possui certas características: (...) subordinado ou por conta alheia”(4), para usar a expressão dos tratadistas espanhóis.

Portanto, ao objeto do nosso estudo não interessa todo e qualquer conflito, mas apenas o decorrente da relação de trabalho. De momento e sem estender-se no tema, o *conflito de trabalho* pode ser entendido como toda discussão externamente manifestada entre empresários e trabalhadores quanto às condições de trabalho no seu mais amplo sentido(5).

Como se sabe, os conflitos trabalhistas tradicionalmente se dividem em *individuais* e *coletivos*, os primeiros quando os interesses em conflito restam individualizados, ou seja, são singularmente considerados, isso não significa, contudo, que o conflito deva envolver necessariamente *um* empregado e *um* empregador; vários empregados podem fazer parte do mesmo conflito (plúrimo) — porém os interesses de cada um aparecem perfeitamente demarcados. Quando se tratam de conflitos coletivos os interesses são gerais e, normalmente, abstratos, neles se enfrentam *um* ou *vários* empresários a uma *coletividade* de trabalhadores. A coletividade é condição *sine qua non*, mas não suficiente. É necessário, ademais, que o objeto do conflito afete diretamente a um conjunto laboral enquanto tal e só indiretamente aos seus componentes individualmente considerados, de forma que cada um não se veja afetado em virtude das suas peculiaridades individuais ou as do seu contrato senão enquanto parte integrante daquele conjunto ou coletividade, cujo número não importa(6), mesmo reduzido, inclusive sendo dois trabalhadores os que o integrem, sempre que sejam afetados por pertencerem à uma categoria, grupo ou coletividade e não por suas características individuais. Os conflitos coletivos não se confundem com os conflitos plúrimos, em que pese a característica comum de envolverem vários trabalhadores. Neste, são afetados singular e simultaneamente, sendo que a somatória dos interesses individuais concorrentes não chega a constituir uma reivindicação de caráter geral.

Os conflitos de trabalho podem ainda ser classificados em *conflito jurídico ou de interpretação* — quando versam sobre a aplicação, interpretação de norma pré-existente, seja de cará-

4 DE BUEN, Nestor: *A Solução dos Conflitos Trabalhistas*. Trad. Port. Wagner D. Giglio, São Paulo, Ed. LTr, 1986, pp. 7-8.

5 Vid. ALONSO OLEA, M. e CASAS BAAMONDE, M.: *Derecho del Trabajo*. 10ª edição, Madri, Editora da Universidad Complutense, 1989, pp. 713 e ss.

6 Idem, conforme sentença do Tribunal Central de Trabalho espanhol de 1º de julho de 1987.

ter estatal ou *convencional e conflitos econômicos, de interesse ou de regulamentação* — embora a designação *econômico* possa induzir à falsa idéia de que são conflitos que envolvem um “bem econômico” em si mesmo, na verdade essa não é a sua função, mas a de indicar que o conflito é de natureza constitutiva de novo conteúdo normativo para as relações de trabalho. Trata-se de um processo criador, gerador de normas que regerão as condições de trabalho da coletividade laboral⁽⁷⁾. Enquanto o conflito jurídico requer uma solução baseada no direito estrito ou positivo — o que é regulamentado pelo Direito deve ser dirimido conforme o Direito — isto é, através da aplicação da norma; o conflito de interesse, ao contrário, rechaça esta possibilidade. Para solventá-lo é preciso recorrer aos fatores sócio-econômicos e, porque não, políticos, éticos e morais. O que não quer dizer que não devam estar amparados pelas promulgações normativas, especialmente a constituição. Em termos Kelsenianos, o *valor da legalidade* preside o julgamento do conflito jurídico e o *valor da justiça*, o do econômico. Os dois são válidos enquanto inseridos num ordenamento que predica a eficácia de ambos os valores⁽⁸⁾.

Estas classificações combinam entre si de forma peculiar, o conflito individual sempre é um conflito jurídico, a *contrario sensu*, o conflito coletivo é virtualmente um conflito econômico. Aquele que nunca pode ser de interesse, este, às vezes, é de interpretação. Ambas as classificações são importantes, a começar pelo procedimento a ser adotado e pela forma de solução mais adequada a cada tipo de conflito trabalhista.

Seguindo os propósitos de definir o objeto deste estudo, excluiremos do seu âmbito o exame das formas de solução dos conflitos individuais, muito embora sejam na sua grande maioria, equivalentes às formas de solução dos conflitos coletivos. O tema é importante, pois, como ressaltam alguns juristas, “os meios e formas de solução das controvérsias devem se adaptar às características dos conflitos”⁽⁹⁾.

7 Vid. MASCARO NASCIMENTO, Amauri: *Direito Sindical*, 2ª ed., São Paulo, ed. LTr, 1984, p. 238.

8 Cfr. ALONSO OLEA, M. e CASAS BAAMONDE, M., op. cit., p. 715.

9 Vid. DE LITALA, Luigi: *No es la litis la que debe adaptarse al proceso sino la estructura del proceso la que debe adaptarse a la naturaleza de la litis*, in *Derecho Procesal del Trabajo*. Buenos Aires, Ed. Ejea, 1949, vol. I, pp. 10-11, apud DORDLA GIGLO, Wagner: *Os Conflitos Trabalhistas*, São Paulo, Revista LTr, vol. 47, nº 3, 1983, p. 273.

Talvez a lógica e o bom senso exigissem que o estudo das formas ou procedimentos de *solução* dos conflitos coletivos fosse precedido pelo exame das formas de *prevenção* de tais conflitos seguida da análise das formas de *exteriorização* dos mesmos, porém o espaço limitado desse trabalho impede este propósito, por isso a eles faremos rápidas referências. À primeira vista falar de formas de prevenção dos conflitos do trabalho pode parecer contraditório com a premissa que estabelecemos anteriormente, isto é, que o conflito permanente entre capital e trabalho é inerente à sociedade industrial. Contudo, o paradoxo tem explicação. Na verdade, o que se busca evitar ou prevenir é o agravamento — exteriorização — dos conflitos que, como dissemos, existem de forma latente nas relações de trabalho, possivelmente porque é da própria natureza humana a divergência de opinião, de ponto de vista.

A rigor, e prescindindo agora de maiores concretizações teóricas, poderíamos dizer que existe uma forma e fórmula essencial para evitar os conflitos de trabalho — aliás, para qualquer conflito —, ou seja, o *entendimento*, a negociação, o diálogo, o bom senso, a ponderação. A partir daí poderemos identificar uma infinidade de meios, de caminhos que podem ser percorridos eficazmente pelos contendores na definição das suas divergências. A título de exemplo, citamos os mais comuns, normalmente estudados pela doutrina: a) *política de conciliação social* — “procura harmonizar os diversos setores sociais — governo, trabalho, empresariado — em uma série de acordos globais que, em troca de concessões recíprocas, asseguram a paz social durante certo tempo”; b) *reconhecimento do direito de informação* — “consiste no compromisso assumido pelo empregador de comunicar ao pessoal, a seus delegados, ao Comitê de Empresa ou ao próprio sindicato, conforme o caso, as principais decisões que pensa tomar”; c) *mecanismos de participação dos trabalhadores* — “desde que se efetuem a nível de empresa e que têm sua expressão mais significativa nos Conselhos de Empresa, até as que se organizam a nível setorial, regional ou nacional, criam órgãos de comunicação e de diálogo que tende a aproximar as partes”⁽¹⁰⁾.

10 Estas referências foram tomadas exclusivamente de PLÁ RODRIGUEZ, Américo: *Estudo Preliminar*, obra conjunta coordenada pelo prof. DE BUEN, Nestor — *A solução dos Conflitos Trabalhistas*, São Paulo, ed. Ltr, 1986, pp. 15 e ss.

Assim como as formas de prevenção, os procedimentos de solução dos conflitos coletivos são inúmeros, formando uma imensa gama de opções aos litigantes. Apesar da multiplicidade foram esquematizados de forma exemplar por ALONSO OLEA e CASAS BAAMONDE, que, guardadas as peculiaridades do Direito espanhol, servem para ilustrar este estudo, começam a didática classificação dividindo os procedimentos de solução em dois grandes grupos: I) *entre as partes*, a chamada *negociação direta*, cujo resultado concreto são as convenções e os acordos coletivos de trabalho; e II) *com a intervenção de terceiros*, que, por seu turno, se divide em dois subgrupos: 1) *terceiro não dirimente*, onde encontramos basicamente a *conciliação* e a *mediação* e, por último 2) *terceiro dirimente*, onde surgem várias hipóteses: a) cujos poderes derivam das partes — arbitragem voluntária pura; b) cujos poderes são independentes das partes; b.1) as partes se submetem voluntariamente, de comum acordo — arbitragem voluntária institucional pública; b.2) uma das partes se submete voluntariamente, compelindo à submissão a outra — processual (se o terceiro for um juiz) ou procedimento (se outro que não um juiz) rogado; b.3) ambas as partes devem necessariamente se submeter — processo *de officio* (se o terceiro for um juiz) ou arbitragem obrigatória (outro que não um juiz).

Forma similar adota MASCARO NASCIMENTO⁽¹¹⁾ aqui no Brasil, divide as formas de solução dos conflitos em: *autocomposição* e *heterocomposição*. Agrupando na primeira não só a negociação direta mas também a conciliação e a mediação, e na segunda, a solução jurisdicional e a arbitragem. Como se sabe, a negociação direta é a forma mais simples e, por isso mesmo, a mais indicada para a solução dos conflitos coletivos de trabalho. Nela não há a participação de pessoas alheias ao conflito, o relacionamento das partes é direto, onde a convenção coletiva de trabalho e, dependendo do caso, o acordo coletivo são — ao contrário do que alguns pensam — fruto desta negociação, portanto não são procedimentos de solução dos conflitos coletivos de trabalho, senão o resultado deles. Em nosso país, como na maioria dos países ocidentais, o direito à negociação coletiva é um direito garantido através da obrigatoriedade da discussão, vale dizer, nenhuma das partes pode se recusar a participar do processo de negociação por imposição legal (cfr. artigo 616). A preocupação do legislador em “incentivar” as partes à negociação direta evidencia-se ademais no processo de dissídio coletivo ajuizado perante a Justiça do Tra-

11 Vid. **Direito Sindical**, op. cit. p. 242.

balho, onde o Juiz Instrutor deve coordenar nova tentativa de conciliação das partes em juízo (além da realizada na via administrativa, ante o Delegado do Trabalho). Neste caso o Juiz Instrutor atua ora como conciliador, ora como mediador, sem que esse procedimento desfigure a autocomposição, já que ao não estar exercendo poder jurisdicional, não pode impor às partes sua decisão.

Tanto na conciliação como na mediação, há a participação de um terceiro — no que se assemelham à arbitragem e à solução jurisdicional — a diferença reside no grau de poder decisório que detém. Conciliador e mediador não podem impor uma decisão às partes, o primeiro apenas orienta, aconselha, apazigua os ânimos mas nada propõe, ostenta uma posição passiva enquanto o segundo propõe uma solução — que pode ou não ser acatada pelos contendores. Portanto, incumbe-lhe a tentativa de aproximação das partes que, em caso de consentimento, resultará em acordo ou convenção coletiva de trabalho. A designação do mediador ou do conciliador pode recair, teoricamente — dependendo do direito positivo — em pessoa investida de caráter público (no Brasil a mediação oficial incumbe ao Delegado Regional do Trabalho — art. 616, § 1.º) ou, ao contrário, sobre pessoas sem essa qualificação, cujas posições não terão outro significado ou valor se não forem aceitas pelos interessados, com o que fica manifesta a natureza contratual como característica da figura. Naturalmente o órgão mediador possui uma natureza administrativa ainda quando o mediador seja um magistrado pois neste caso não exerce a função jurisdicional, sem prolatar uma sentença, sem poder impor uma decisão. A intervenção do terceiro não dirimente (conciliador e/ou mediador) não desnatura o caráter *convencional* ou *contratual* da solução do conflito, sem embargo, deixa de sê-lo quando as partes entram em acordo para submeter suas diferenças à decisão vinculante de um terceiro (dirimente). A escolha do terceiro é contratual, porém a decisão daí resultante não o é.

3 — Da nova realidade constitucional brasileira

Da Arbitragem

A propósito deixamos a análise da arbitragem por último, pois consiste no núcleo deste estudo. Como vimos, tradicionalmente a arbitragem se inclui no elenco das formas de heterocomposição dos conflitos coletivos do trabalho, utilizada quando as partes chegam ao impasse não conseguindo harmonizar seus interesses. De maneira descritiva, a arbitragem é um ins-

tituto jurídico cujo objeto é a solução dos conflitos coletivos, sejam de natureza jurídica ou econômica. O conflito é resolvido por um terceiro (que não está investido de jurisdição) ante o qual se leva a divergência e, finalmente, o resultado do laudo tem força obrigatória, para as partes, seja porque ao mesmo aderiram espontaneamente, quando então configura-se a arbitragem voluntária ou, porque prevista em lei, quando será obrigatória⁽¹²⁾. Basicamente podemos classificar a arbitragem em voluntária — também chamada facultativa — e obrigatória, dependendo da autonomia de vontade das partes no momento de decidir se acodem ou não a este expediente como forma de resolver os seus conflitos⁽¹³⁾. A arbitragem ainda pode ser dividida em *pública* ou *privada* se considerada a qualificação do órgão arbitral.

Assim, será *voluntária* quando as partes a ela se submetem espontaneamente, vale dizer, surgindo um conflito e não tendo sido estipulada — em norma legal — uma maneira de solucio-

12 Cfr. SABOYA LOPES, Sylvia: *A mediação e a arbitragem*, São Paulo, Revista LTr, vol. 50, nº 12, 1986, p. 418. A doutrina em geral concorda fundamentalmente com esta definição, nas lições de de PLÁCIDO E SILVA, a arbitragem é um procedimento utilizado para a solução de litígios ou divergências entre duas ou mais pessoas, que se realiza pela formação do Juízo Arbitral (in *Vocabulário Jurídico*, 7ª ed., Ed. Forense, 1982), para Alfredo RUPRECHT é “meio de solução de conflitos coletivos pelo qual as partes — voluntária ou obrigatoriamente — levam suas dificuldades ante um terceiro, obrigando-se a cumprir o laudo que o árbitro dite (in *Conflitos Coletivos do Trabalho*, 4ª ed. Ltr, 1979, p. 231). Pontes de Miranda, identificando arbitragem e compromisso como o “contrato pelo qual os figurantes se submetem a respeito de direito, pretensão ou exceção, sobre que há controvérsia, à decisão de árbitro. Para Giuseppe CHIOVENDA, o compromisso como acordo das partes de definir a um ou mais particulares (árbitros) a definição das controvérsias (in *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 78. Para José SEGADAS VIANA “as comissões paritárias, o inquérito e a investigações são instrumentos ou meios através dos quais se obtém a solução e não formas de compor o conflito trabalhista; e a decisão ou solução administrativa ou judicial correspondem a tipos ou espécies de arbitragem. Entende que, em sentido lato a arbitragem consiste em submeter o conflito a decisão de um terceiro, pessoa ou grupo de pessoas físicas, entidade administrativa ou órgão jurisdicional”. Greve. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1986, p. 5).

13 Parte da doutrina adiciona a esta classificação outra, i.e., a arbitragem convencional entendida como aquelas previstas pelas partes nos acordos ou convenções coletivas de trabalho como meio de solução daqueles conflitos originados na aplicação e interpretação das normas convencionais. Uma espécie de pacto compromissório de que trata o Código Civil. Vid. por todos, Sylvia SABOYA LOPES op. cit.

ná-lo, as mesmas escolhem a arbitragem, nomeando árbitro de comum acordo, no qual depositam o compromisso de aceitar a decisão. Será *obrigatória* quando o Estado — através de norma legal — a impõe imperativamente às partes, que não podem dispor de autonomia para escolher outro meio de solução do conflito que travam. Portanto, prevista em lei ou convenção coletiva de trabalho, importa no estabelecimento da interferência de um árbitro que decidirá tendo em vista documentação e testemunhos das partes, exarando seu laudo, que deverá ser cumprido por ambos os litigantes, sob pena de incidir nas cláusulas de multa e outras previstas na convenção ou no texto legal. Normalmente aparece como pressuposto processual à via jurisdicional, *a contrario sensu* na arbitragem facultativa as partes ficam livres para prosseguir no dissídio até suas consequências finais⁽¹⁴⁾. O que particulariza a última não é a subtração do direito das partes de se louvarem em árbitros de sua escolha, porque se isso ocorresse não seria possível falar em arbitragem. O que a distingue da arbitragem voluntária é a sua imperatividade como meio de solução de conflito, com exclusão ou postergação da via jurisdicional e exclusão ou postergação das vias de fato.

A arbitragem será pública quando o Estado — através da autoridade administrativa — coloca à disposição das partes órgãos arbitrais especializados, sendo o árbitro, em consequência, um funcionário do Estado a serviço dos empresários e trabalhadores. Isto não significa que estejam obrigados, necessariamente, a submeter-se como a aceitar e acatar o laudo do árbitro oficial, caso contrário a arbitragem seria *pública e obrigatória* o que contraria frontalmente os princípios esposados pela OIT, através da Recomendação n.º 92/1951. A rigor a chamada arbitragem *pública obrigatória* não é arbitragem genuína, — como assinalou o Tribunal Constitucional espanhol ao julgar o recurso de inconstitucionalidade do Real Decreto n.º 17/77, que instituiu este tipo de procedimento como forma de solução dos conflitos laborais — porque de nenhum modo pode sê-lo a que reúne, ao mesmo tempo, as características de ser pública e obrigatória. “Por trás das palavras o que existe é a decisão de um órgão administrativo ... [herança de] ... um sistema de intervenção administrativa que era claramente cerceador dos di-

14 Cfr. SEGADAS VIANA, José: *Greve*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1986, p. 90.

reitos dos administrados”⁽¹⁵⁾. No ângulo completamente oposto se situa a *arbitragem privada*, na qual o Estado não intervém na formação do órgão arbitral. As partes detêm a faculdade de escolher “quem será” o árbitro ou árbitros, ainda que obrigadas a recorrer à arbitragem, como naqueles casos em que esta é pressuposto processual. De tal sorte que as partes devem se submeter à arbitragem, mas podem escolher o árbitro.

Por outro lado, é importante não confundir as formas de solução dos conflitos coletivos contratuais ou convencionais [conciliação e mediação], nas quais, como frisamos, o poder decisório pertence às partes, com aquelas formas de solução em que as mesmas devem delegar tal poder decisório a terceiro, caso da arbitragem facultativa — quer seja pública ou privada.

Resumindo, dentro destas quatro espécies básicas de arbitragem [facultativa/obrigatória e pública/privada] podemos identificar uma série de variantes. Por exemplo: se são as partes que designam o terceiro, ao que conferem poder para dirimir o conflito, a arbitragem será, de acordo com o esquema dos professores ALONSO OLEA e CASAS BAAMONDE, *voluntária pura*; se o terceiro não é designado pelas partes, sendo que as mesmas conservam a faculdade de submeter de comum acordo a controvérsia à decisão de um terceiro — normalmente com delimitação pré-determinada de poderes — a arbitragem continua sendo voluntária, mas considerando que neste caso o terceiro é previamente designado pelo Estado — determinado por lei — a arbitragem então será *voluntária pública*; porém, se ambas as partes estão obrigadas a submeter seu conflito aos poderes dirimentes de um terceiro, que atua sem a sua rogação, ainda que não seja designado pelo Estado [restando às partes pelo menos a possibilidade de indicá-lo através do consenso], a arbitragem será *obrigatória privada*, terminologia desafortunada, mas normalmente aceita. Agora, se as partes além de obrigadas a submeter seus conflitos ao poder dirimente de um terceiro, esse terceiro além do mais é indicado pelo Estado, que subtrai das partes a faculdade de escolha, então a arbitragem [se é que efetivamente se trata de arbitragem] será *pública obrigatória*.

15 Cfr. Sentença de 8-4-81. O Estatutos do Trabalhadores/80 derogou o mencionado Real Decreto, exceto os títulos I e II, respectivamente ao direito de greve e os conflitos coletivos de trabalho. Cfr. cit. MONTOYA MELGAR, Alfredo: A solução dos Conflitos do Trabalho na Espanha. In obra conjunta dirigida por Nestor DE BUEN p. cit. pp. 80 e ss.

Hipótese em que perde totalmente a sua essência, tem sua natureza contratual descaracterizada, pois não se ampara na autonomia de vontade das partes, tanto para a escolha da arbitragem como forma de solução do conflito como do árbitro que irá examiná-lo.

Sem embargo, o fato da arbitragem ser simplesmente obrigatória não significa alteração na sua natureza jurídica, que não deixa de ser *contratual*, uma vez que a lei faculta às partes a escolha do árbitro, estando, em consequência, impingidas apenas a se submeter ao laudo por ele exarado. Na arbitragem obrigatória privada resta à autonomia das partes determinar quem será o árbitro, naturalmente, através de um contrato. Somente a *arbitragem pública obrigatória*, como salientado, transforma a natureza jurídica de contratual para jurisdicional, como entendem alguns⁽¹⁶⁾, ou para um procedimento paraprocessual, como entendem outros⁽¹⁷⁾.

Na órbita do Direito civil também não há convergência quanto à natureza jurídica. Para alguns é um contrato, para outros ato jurídico e finalmente há os que consideram o compromisso como uma forma de transação. BEVILAQUA entende que o compromisso é o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrer ao Poder Judiciário, escolhem árbitros para dirimir suas questões. Como se vê, o direito comum só se refere à arbitragem como convenção num litígio já existente, o que não exclui o uso da cláusula compromissória, o mesmo ocorrendo na seara do trabalho (art. 613, da CLT). Muitas vezes as partes incluem nos seus contratos uma cláusula comprometendo-se a submeter as controvérsias que surgirem entre elas, à decisão de árbitros. Ainda não é um compromisso, mas a obrigação de celebrá-lo, aquilo que BEVILAQUA chamava *pactum de compromittendo*. O compromisso só se formaliza — quer no direito comum ou no laboral — quando as partes concordam em submeter o conflito (concreto) a árbitro (determinado).

Força é não confundir a arbitragem obrigatória com a tutela jurisdicional, como parece haver ocorrido com o legislador brasileiro ao falar da conversão do juízo conciliatório em juízo

16 Vid. entre outros, MORATALA, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILHO, AROCA: *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid, Ed. Tecnos, 1976, p. 94.

17 Vid. entre outros, GOMEZ LARA, Cipriano: *Teoría General del Proceso*. México, Ed. Unam., 1974, p. 283.

arbitral no § 2.º do artigo 764, da CLT. Por outro lado, arbitragem não se confunde com *arbitramento*, que é meio de prova, obra de experto ou perito, cujas conclusões não são vinculantes nem para as partes nem para o juiz ou, inclusive, dependendo do caso, para o árbitro.

Como se sabe, o instituto não é uma novidade no Direito brasileiro, tampouco privilégio seu. Aliás, já o direito helenico se valia da arbitragem entre particulares com completa autonomia para resolver suas pendências⁽¹⁸⁾, no Direito romano a arbitragem continuou a ser aplicada através da *stipulatio sub poena*, instituto que evoluiu com Justiniano dando origem a *compromissum sine poena*⁽¹⁹⁾, sendo que as legislações contemporâneas⁽²⁰⁾ da grande maioria dos países a contemplam, contando com larga utilização na Espanha e nos Estados Unidos.

A arbitragem também vem sendo aplicada desde os tempos memoráveis aos diversos ramos do Direito, quer no Direito interno quer no internacional (onde o caso do “Canal de Biegot” — no litígio entre Argentina e Chile pelas Terras do Fogo, resolvido pelo Papa JOÃO PAULO II — é um dos exemplos mais significativos). A 34.ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1951, adotou a Recomendação 92 — de fomento à negociação coletiva — cujo item 6.º estipulou que uma vez adotada a arbitragem voluntária, para a solução final do conflito, as partes interessadas devem se abster à greve ou lockaute enquanto perdurar o processo de arbitragem.

No Brasil, embora sua normatização como forma de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas seja relativamente recente, a arbitragem conta com antecedentes no Código Civil (art. 1.037 a 1.048, capítulo X, que se refere ao Compromisso) e no Código de Processo Civil (no Capítulo intitulado “Do Juízo Arbitral”), onde dedicam abundantes dispositivos legais a respeito, sendo que este último trata do tema com nada menos do que 31 artigos. A Lei 7.244/84, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, trata do Juízo Arbitral nos artigos 7, 25/27.

18 Vid. GOLDAN, Berthold, prefaciando a obra de FOUSTOUCOS: *L'Arbitrage — interne et international — en Droit Privé Hellénique*.

19 Vid. CAMPOS SILVEIRA, Edy: *Arbitragem Facultativa na solução dos conflitos individuais de trabalho*, São Paulo, Revista LTr, vol. 47, nº 10, p. 1.161.

20 Vid. a obra coordenada por DE BUEN, op. cit., onde aparecem vários comentários sobre as legislações da Espanha, do México, do Panamá, do Peru, entre outras.

Não obstante, os artigos 613, item V, e 619, ambos da CLT parecerem determinar o juiz arbitral para a composição das controvérsias referentes à aplicação dos convênios coletivos de trabalho (ou melhor, como pacto compromissório), na realidade somente em 1983 o recurso à arbitragem na solução dos conflitos de trabalho foi expressamente normatizado através do Decreto n.º 88.984, de 10 de novembro, editado pelo Poder Executivo, que instituiu o Sistema Nacional de Relações do Trabalho, tendo por objetivo — segundo a versão oficial — a otimização da negociação coletiva de trabalho e o aprimoramento dos meios de solução dos conflitos coletivos nas relações de trabalho. Foram criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Relações do Trabalho e o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem (SNMA). Este último com atribuições de manutenção de um serviço de arbitragem composto de árbitros independentes cuja remuneração deve ser efetuada pelas partes interessadas⁽²¹⁾.

A verdadeira inovação no campo do Direito do Trabalho veio, contudo, no bojo do artigo 114 da Constituição Federal/88, que incluiu expressamente a arbitragem no rol das formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho. Diz o mencionado artigo: “Compete à Justiça do Trabalho . . . § 1.º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2.º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à *arbitragem*, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo. . . .”

Inúmeras são as questões suscitadas na leitura do texto constitucional. Entre elas, ao mencionar “recusando-se qualquer das partes”, deve-se entender que a Constituição/88 não contemplou o princípio da obrigatoriedade negocial? A nosso juízo a interpretação do preceito não deve ser esta, em primeiro lugar porque o art. 7.º, XXVI, do mesmo instrumento legal reconhece validade, sem sombra de dúvidas, aos acordos e as convenções coletivas de trabalho, que naturalmente derivam da negociação coletiva. Deduz-se, ademais, que a previsão constitucional se limita à arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho, o que, entendemos, não veda o recurso a esta forma de solução para os conflitos individuais do trabalho.

21 Segundo Márcio YOSHIDA (Perspectivas da Arbitragem dos Conflitos Coletivos de Trabalho no Brasil. S. Paulo, Revista Ltr, vol. 52, n.º 9, 1986, p. 1051) a influência do modelo Norte-Americano é inequívoca tal a identidade com o Federal Mediation and Conciliation Service.

Outra questão importante para o nosso estudo é a que concerne à obrigatoriedade da arbitragem. Uma leitura apressada do § 2.º (ou a sua interpretação gramatical) poderia induzir-nos à idéia de que as partes possuem a faculdade de eleger entre a “negociação coletiva” e a “arbitragem” antes de recorrer à via jurisdicional. Contudo, se examinarmos este parágrafo em conjunto com o 1.º, concluiremos que a negociação direta entre as partes é imprescindível, já que só podem escolher árbitro depois de frustrada a negociação. Onde se conclui que a arbitragem não pode ser pressuposto processual ao ajuizamento do dissídio coletivo, portanto, continua sendo facultativa, o que, a rigor, não muda na essência o cenário jurídico anterior à Constituição. Mesmo assim, há quem sustente que para ingressar com o dissídio coletivo é necessário antes tentar a arbitragem, caso em que teria caráter de condição da ação. Sua natureza é a de *equivalente Jurisdicional*⁽²²⁾, com o que não pode ser uma condição da ação. É uma forma alternativa, e não uma fase prévia do dissídio coletivo. Desse modo, o conflito ou é decidido pelos Tribunais ou pelo árbitro escolhido a critério dos interessados. Só haverá decisão arbitral se ambas partes a quiserem, bastando a recusa de uma delas para que este caminho se torne inviável.

Por isso, pensamos que o texto constitucional basicamente não conflita com o disposto no Decreto 88.984/83, que continua em vigor, fundamentalmente porque em nenhum momento instituiu a arbitragem pública de forma obrigatória, embora deixe a “porta aberta” para possíveis abusos por parte da Administração Pública, conforme se depreende do exame dos artigos 2.º, I, e 3.º, I, que facultam ao Conselho Federal de Relações do Trabalho “estabelecer procedimentos para a negociação coletiva” — naturalmente a interpretação desta competência deve ser restrita. O mencionado decreto simplesmente criou um serviço de mediação e arbitragem (inoperante até agora, é verdade) que está à disposição das partes. Em que pese os vícios do artigo 8.º que permite ao Delegado Regional indicar servidores do quadro de pessoal do Ministério do Trabalho para exercerem estas funções, o decreto pode ser viável. Naturalmente, a exemplo do que ocorre na Espanha com o *Instituto de Mediación Conciliación y Arbitraje (IMAC)*, é possível um sistema de arbitragem público, institucional, permanente e voluntário, po-

22 Vid. MASCARO NASCIMENTO, Amauri: **Limites do Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. Curitiba, Repertório IOB de Jurisprudência, nº 20, 1989, p. 307.

rém, tanto aqui, como ali, a herança corporativista continua sendo decisiva, especialmente no papel de protagonista que exerce o Ministério do Trabalho.

De qualquer sorte, no direito anterior já não havia qualquer óbice ao funcionamento da arbitragem voluntária no Brasil. A Constituição anterior ao dispor no art. 153 § 4 que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ao direito individual”, não proibiu o juízo arbitral, pensar de outra forma constitui erro grosseiro de direito⁽²³⁾.

Ora, se a lei não proíbe (até incentiva) e a maior parte da doutrina se esmera em demonstrar as vantagens da solução arbitral para os conflitos coletivos, então por que nunca prosperou entre nós?

3.1. — Das Partes

Em se tratando do estudo da arbitragem como forma de solução dos conflitos coletivos, dentro do marco legal brasileiro, podem ser parte as entidades de classe (profissional e econômica) ou as empresas individualmente consideradas (caso de acordo coletivo de trabalho, uma vez que estas são as únicas autorizadas a representar as categorias respectivas no processo negocial, conforme se deduz dos artigos 611 e seguintes da CLT. Normas que foram draconinamente ratificadas pela Constituição Federal/88, que de forma contraditória legitimou os *trabalhadores* para decidir sobre a “oportunidade” do exercício do direito de greve e “os interesses que devam por meio dele defender” (art. 9.º), vedando, porém, a possibilidade de negociarem diretamente com a empresa sem a intervenção da entidade sindical (art. 7.º, XVI). Paternalismo vulgar. Como a experiência empírica tem demonstrado em todo o mundo, não é com normas desta natureza que se fortalece sindicatos, mormente quando mantém coercitivamente a unidade sindical e a obrigatoriedade de pagamento de contribuição dos trabalhadores não sindicalizados (art. 8.º). Mas se alguma dúvida persiste quanto à legitimidade (exclusividade) do sindicato como parte na relação jurídico processual que envolvem os conflitos coletivos

23 O prof. Wilson Souza Campos BATALHA entende, ao contrário, que o Juízo Arbitral não é compatível com os “interesses superiores da coletividade” que estão em jogo nos conflitos de trabalho. In *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 2ª ed., S. Paulo, Ed. Ltr, 1985, p. 636.

de trabalho, o próprio § 2.º do art. 114, antes citado, dirime-a, por isso, vale a pena reproduzi-lo em parte: “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, os sindicatos poderão ajuizar dissídio coletivo”. Conclusão lógica, se só os sindicatos podem ajuizar dissídio, só eles podem “recusar-se” à arbitragem.

Como põe em relevo o prof. Amauri MASCARO NASCIMENTO⁽²⁴⁾ “a concentração da negociação no nível da categoria tem origens históricas diretamente relacionadas com o corporativismo, à sua visão de organização do trabalho e do capital. O sistema de sindicato único na base territorial exerce pressão no sentido de limitar a negociação coletiva a nível da categoria, da mesma maneira que a própria organização sindical imposta por lei segundo o enquadramento sindical oficial impede maior flexibilidade dinâmica do movimento trabalhista brasileiro”. Embora a nova Constituição tenha acenado para a liberdade sindical nos moldes apregoados pela Convenção n.º 87 da OIT, na prática as mudanças pouco se fizeram sentir. Por um lado, pelas pressões do *peleguismo*, por outro, pela posição conservadora dominante nos tribunais do trabalho, ainda reticentes nas questões que envolvem o direito coletivo brasileiro. Como se sabe, o direito corporativo deu grande importância à categoria, ordenando-a administrativamente através de um quadro oficial, base da organização sindical. Esta estrutura tem um duplo efeito desestimulador da negociação direta entre as partes, ainda que seja apenas para indicar um árbitro: em primeiro lugar, impede a realização de micro-acordos — tão conhecidos e eficazes em outros países, v.g., através dos delegados de pessoal, dos comitês de empresas, etc — a nível de empresa, e, em segundo lugar, em face da falta de representatividade da maioria dos sindicatos e a indefinida situação legal das centrais sindicais inviabiliza os acordos macro-econômicos — os tão alardeados pactos sociais. Como se vê é compreensível que neste ambiente árido não floresça a arbitragem voluntária e privada.

Na verdade, os aspectos que envolvem a arbitragem na área do Direito Coletivo do Trabalho situam-se no amplo contexto de reforma da nossa estrutura sindical corporativa e têm por norte os princípios da autonomia e da liberdade sindical que, a despeito da nova Constituição continuam expressa ou veladamente vigindo.

24 In A negociação coletiva no contexto democrático: sistema brasileiro e avaliação de experiências pós-corporativas estrangeiras. São Paulo, Revista LTr, vol. 49, n.º 10, p. 1169.

3.2. — Dos Árbitros

Na falta de acordo *inter partes*, estas podem recorrer voluntariamente ao procedimento arbitral, designando um ou vários árbitros, como é o caso da Lei n.º 590-c/79 (art. 34) portuguesa, onde cada uma das partes designa um árbitro e estes, por seu turno, indicam um terceiro. Parece que estas fórmulas poderiam propiciar uma nova profissão liberal — o árbitro em questões de relação de trabalho — até agora inexistente. Uma das vantagens dos árbitros privados, designados *ad hoc* é que, ao contrário da arbitragem pública (institucional), que repousa sobre órgãos arbitrais permanentes, a liberdade das partes não se estende à vontade da submissão à arbitragem, mas sim à faculdade de designar árbitro ou grupo de árbitros que venha a atuar em colegiado. Esta faculdade deve ser amplíssima uma vez que a lei não impõe condições quanto à qualificação dos árbitros, salvo, obviamente, a imparcialidade, inerente à função arbitral. Não exige titulação acadêmica ou profissional, inclusão de lista pública ou privada, qualquer tipo de exame ou concurso ou qualquer outra condição. Naturalmente, é interesse das partes que o conflito seja submetido a árbitros com formação jurídico-trabalhista⁽²⁵⁾.

Aliás, esta é a orientação tomada pelo Código Civil que, quanto à capacidade do árbitro, nos termos do art. 1078, o único limite é a confiança das partes, com as exceções do artigo 1079 (analfabetos, incapazes, legalmente impedidos de servir como juiz ou suspeitos de imparcialidade). As exceções são pertinentes, embora entendamos que as partes devem ter total liberdade, arcando com as consequências da má escolha. Se o árbitro é suspeito de imparcialidade, incumbe à parte prejudicada rechaçá-lo, antes mesmo de firmar o compromisso. Quanto à natureza da função de árbitro, o Código Civil diz que os árbitros são juízes de fato e de direito (art 1041).

Entre os argumentos daqueles que consideram a arbitragem um sistema inoperante, apontam a da remuneração dos árbitros, que importa em dispêndio muito maior para as partes do que as custas com o processo. “O árbitro, se particular, é um profissional que vai onerar as partes, enquanto o juiz é remunerado pelo Estado, o que permite o atendimento ao princípio da gratuidade. Não se poderia equiparar o valor das custas que o Estado cobra pelo processo com os honorários que se-

25 Cfr. MONTROYA MELGAR, A.: op. cit.

riam cobrados por um profissional, especialmente com um escritório e diversos auxiliares. Se o árbitro é oficial, o juiz, com as Garantias do Poder Judiciário, terá maior independência, podendo agir segundo critérios de justiça a que não escapa o funcionário do executivo”(26).

Os argumentos são de peso, porém não são decisivos. Sem dúvida alguma, o princípio da gratuidade deve nortear qualquer das formas de solução de conflitos, especialmente os trabalhistas, pelas próprias peculiaridades que envolvem as partes em litígio. Sem embargo, no que tange aos conflitos coletivos de trabalho, esta questão deve ser observada com cautela. Em primeiro lugar, porque as custas processuais não são irrisórias como se imagina, nem o custo da arbitragem é tão elevado a ponto de desconsiderá-la como hipótese; em segundo, a falta de celeridade no processo do trabalho — mesmo no coletivo — compensaria o dispêndio efetuado pelas partes, principalmente naqueles casos em que o conflito se exterioriza através da greve, em que um dia sem a produção normal pode representar perdas vultuosas. A experiência internacional tem demonstrado a idoneidade da arbitragem não só como forma de solução dos conflitos coletivos mas também como meio eficaz de prevenção dos mesmos.

Por último, embora escolhidos pelas partes os árbitros não podem julgar contra as prescrições das leis trabalhistas, em razão do caráter de ordem pública destas. As partes não podem por convenção ou arbitragem, impedir a aplicação de disposições de ordem pública. Este tema é complexo, tornaremos a examiná-lo a seguir.

3.3. — Do Objeto

Uma indagação surge com prioridade sobre as demais, no que se refere à adoção de um sistema de solução extrajudicial, é a que diz respeito à juridicidade do mesmo ou dos aspectos jurídicos de sua aplicação, pois não se compreenderia a solução de um problema com a criação de outros que pudessem afetar direitos imperativos, irrenunciáveis do trabalhador ou que importassem em não garantia ou garantia insuficiente desses direitos. Contudo, é preciso ter cuidado ao limitar extremamente a arbitragem ou regulamentá-la em excesso, sob pena

26 Cfr. MASCARO NASCIMENTO, op. cit.

de restringir enormemente o seu uso — como de fato ocorre — pela preocupação com a dualidade de ações, uma vez não afastada a via judicial.

No Código Civil e de Processo Civil, parece que só são passíveis de arbitragem os direitos patrimoniais sobre os quais se admite transação, em consequência, as questões de Direito Público não se incluem no campo de aplicação da arbitragem voluntária. Com relação aos direitos trabalhistas o entendimento dominante é o de que não comportam renúncia nem transação. Parece que realmente o legislador deu às normas respectivas caráter de ordem pública, segundo se infere do disposto no artigo 444 da CLT, onde se lê que: “as relações de trabalho não podem ser livremente pactadas quando contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Evidentemente existem matérias que não deixam qualquer lugar à liberdade contratual e os litígios a elas referentes não são arbitráveis, pois indisponíveis. O tema é saber quais as normas trabalhistas que são disponíveis e quais não. Quais são negociáveis e quais pertencem à seara dos bens patrimoniais indisponíveis. Aqui, a distinção entre intervenção proibitiva e a restritiva da ordem pública encontra-se na fórmula “a arbitragem não é possível se, por seu objeto, constitui lesão à ordem pública, e não se o seu objeto concerne a questões de ordem pública”.⁽²⁷⁾.

Embora a definição de Direito público, como “conjunto sistemático de princípios e normas que disciplinam a organização e a atividade política e jurisdicional do Estado e das entidades políticas ou administrativas por ele criadas bem como suas relações de igual caráter mantidas com os indivíduos, regulando ademais, os meios tendentes a assegurar a defesa da ordem pública, dentro da comunhão social”⁽²⁸⁾, possa ser utilizado na seara do Direito do Trabalho, não pode ser confundida com o de *normas de ordem pública*. Efetivamente, ainda persiste no meio juslaboralista a idéia (ultrapassada) publicista do Direito do Trabalho. A confusão é freqüente, porque o conceito de trabalhador como hipossuficiente da relação negocial, com forte dose de paternalismo, subtrai completamente a autonomia da

27 Cfr. fórmula da jurisprudência francesa, apud CAMPOS SILVEIRA, Edy. op. cit.

28 Cfr. VICENTE RAO: *O direito e a vida dos Direitos*. vol. I, p. 248.

vontade das partes. Não se trata de regredir ao *laissez faire* — liberdade formal e autonomia das partes pós Revolução Industrial — mas de entender que o trabalhador pode negociar livremente seus direitos, excetuadas as normas de segurança e medicina do trabalho, que, aliás, nunca foram cumpridas no Brasil (veja-se o exemplo da construção civil). Mas o conceito de normas de ordem pública se torna ainda mais relativo quando “objeto” de negociação coletiva, pois aqui, os agentes sociais em conflito — partes, portanto da negociação — representam categorias econômicas e profissionais. Não se trata de trabalhador individualmente considerado, vindo à baila uma questão mais ampla que é a dos chamados interesses difusos da sociedade. Num país como o nosso, com tantos problemas econômico-sociais a *autonomia coletiva* deve ser prioritária na elaboração de uma legislação social (trabalhista) negociada. É certo que os sindicatos, como frisamos, estão pouco estruturados, a maioria sem representatividade alguma — as causas deste fenômeno já foram inúmeras vezes ressaltados — e que o afastamento imediato da tutela (paternalista) do judiciário acarretaria em perdas para o trabalhador, porém, acreditamos que a médio e longo prazo (depois do desatrelamento sindical do Estado) os sindicatos se fortalecerão e os frutos das negociações (reais) se farão sentir em benefício da classe.

A partir desta concepção (paternalista) do caráter público das normas laborais, há quem sustente⁽²⁹⁾ que mesmo adotando o juízo arbitral, a intervenção *ex officio* do Tribunal e do Ministério Público nos processos de dissídio coletivo torna-se imprescindível dado o “alto interesse público a salvaguardar”. Antes de mais nada é preciso pontualizar que, mesmo no regime anterior, a lei (art. 856 da CLT) somente autorizava a instauração de ofício da ação coletiva pelo Presidente do Tribunal ou pelo representante do Ministério Público em caso de greve, portanto, descartadas todas as demais hipóteses. Não obstante o advento da nova constituição — que, a nosso juízo, derogou a citada norma pois afronta o amplo direito de greve, contemplado no artigo 9.º, da CF/88, uma vez que é notório que o mo-

29 Vid. por todos, LIMA TEIXEIRA FILHO, João de: *A Empresa e a negociação coletiva na nova Constituição Federal*. S. Paulo, Revista LTr., vol. 53, nº 1, 1989, p. 66 e BARRETO PRADO, Roberto: *A instauração do dissídio coletivo ex officio ou pela empresa na nova Constituição Federal*. S. Paulo, Revista LTr., vol. 53, nº 10, p. 1163. Interessante observar que embora entendendo que o espírito da nova Constituição foi o de fomentar a negociação direta entre as partes, admite a instauração de ofício.

vimento paredista perde seu poder de pressão quando o dissídio coletivo é instaurado de ofício — a Lei 7.783, de junho de 89, reiterou em seu artigo 8.º a possibilidade de instauração de dissídio coletivo pelo Ministério Público a revelia das partes interessadas.

A despeito da norma legal mencionada, Wilson de Souza CAMPOS BATALHA⁽³⁰⁾, entende que “o dissídio coletivo, mesmo ocorrendo greve, não pode ser instaurado *ex officio* ou por provocação do Ministério Público. A legitimidade processual ativa para a instauração do dissídio coletivo compete exclusivamente aos respectivos sindicatos, quer se trate de greve declarada por sindicato, quer de greve do tipo denominado selvagem (ou espontânea). Às empresas não será facultada a legitimidade processual para promover dissídio coletivo”.

3.4. — Do Laudo (compromisso, procedimento e homologação)

Naturalmente, o tipo de arbitragem condiciona, ou pelo menos influi no tipo de procedimento a ser adotado, mas em qualquer caso a celeridade e a imediatidade devem ser consideradas princípios fundamentais, especialmente porque, ao contrário do que sustentam alguns juristas, não há falar em *impulso processual*, pois, desde uma perspectiva eminentemente técnica, não existe processo. O laudo arbitral, se elaborado para por fim a um conflito coletivo de trabalho terá natureza declaratória, e se dirime controvérsia de interesse será de natureza constitutiva. No primeiro caso terá efeitos retroativos e, no segundo, seus efeitos serão sentidos unicamente, a partir do momento em que é editado ou entregue às partes. Sendo de natureza obrigatória estes efeitos poderão ser estendidos pela autoridade administrativa como se fosse uma sentença coletiva. Por outro lado, se a arbitragem é obrigatória, a própria lei determinará a forma de procedimento. Em todo caso, não vemos maiores restrições à aplicação subsidiária das normas contidas no CPC, referentes ao compromisso e procedimento do chamado Juízo Arbitral, exceto quanto aos prazos dos artigos 1091 e 1093 que, dadas as peculiaridades das relações coletivas de trabalho, podem resultar extremamente longos.

30 Vid. Revista LTr, vol. 52, nº 10, 1088, p. 1325.

Segmento importante da doutrina⁽³¹⁾ entende que, se assentes as partes quanto ao juízo arbitral, o laudo proferido deve ser homologado pelo judiciário para que se revista de força executiva, nos termos do artigo 1097 do CPC, que aplicam, no caso, subsidiariamente.

No que tange às implicações burocráticas da homologação, vale a pena reproduzir aqui as considerações formuladas sobre o assunto por Carlos Alberto CARMONA, “a homologação transformou-se aos poucos num dos entraves do instituto, prejudicando (ou até mesmo eliminando) as tão apregoadas vantagens da arbitragem: ao invés de simplificar a solução do litígio, acaba-se por trazer novos elementos de complicação e procrastinação⁽³²⁾. Nem mesmo para efeito de execução é necessária a exigência da homologação. Basta que se insira o laudo arbitral na categoria de título executivo extrajudicial. Aliás os defensores da necessidade da homologação entendem que a sua finalidade exclusiva é a de dar executoriedade ao mesmo laudo, já que o juízo arbitral não goza de poderes coercitivos.

Com efeito, a execução judicial do laudo arbitral não pode ser descartada até porque a indenização por conduta de má fé prevista pelo Decreto 88.983/83, está sujeita a trâmite administrativo perante os Conselhos Regionais de Relações de Trabalho, passíveis ainda de recurso para o Conselho Federal, uma vez que a eles compete a aplicação desta penalidade, conforme expressamente consignam os artigos 2 e 3 do mencionado decreto (ainda que a constitucionalidade dos mesmos seja duvidosa). Sem embargo, a questão mais importante não é propriamente a da homologação, senão quais os requisitos que devem ser observados para que o laudo seja ou não homologado. Se admitida a exigência da homologação, entendemos que o juiz deve limitar-se a examinar os requisitos de validade do laudo e do compromisso anterior, de maneira alguma pode entrar no mérito da decisão. É de acentuar, ademais, que o Juiz Estatal para homologar o laudo não entre no mérito deste, mas apenas examine as suas condições de validade, levando em considera-

31 Para PONTES DE MIRANDA a homologação é uma integração do juízo arbitral, por lhe faltar o poder público, quando o laudo está homologado contém a peça lógica de cognição e está contida na prestação jurisdicional, casca de poder que o juiz estatal lhe conferiu.

32 In **Arbitragem e Jurisdição. Participação e Processo**. S.C.E., 1987, p. 316 apud. BUENO MAGANO, Octávio: *Arbitragem*. S. Paulo, Revista Ltr, vol. 52, nº 1, 1988, p. 30.

ção o disposto no artigo 1100 do CPC. Neste caso, surge outro problema: de quem é a competência para homologar o laudo arbitral exarado em conflito coletivo de trabalho? Das Juntas de Conciliação e Julgamento — uma vez que não se trata de exercício do poder normativo? Ou dos Tribunais Regionais do Trabalho? Cremos que a competência, em se tratando de conflito coletivo de trabalho, é dos Tribunais Regionais ou do TST, conforme competência originária estabelecida (art. 678, “a” e 702, “b”), ressaltando uma vez mais, que em qualquer caso, na homologação não há falar em competência normativa.

Seria incoerência muito grande admitir que o mérito da decisão arbitral pudesse ser rediscutido na via jurisdicional, uma vez que a função da arbitragem é exatamente a de evitar o exame judicial da controvérsia. Ademais, quanto às nulidades que seriam objeto de exame judicial através da homologação, entendemos que as partes — principais interessadas — não deixariam de notá-las e de argüi-las, mediante ação própria de anulação, aliás como ocorre na maioria dos países civilizados, consentânea inclusive com os princípios do moderno direito processual, isto é, o Estado deve ser instado na prestação jurisdicional, *princípio da ação*, a isto que se denomina *nemo iudex sine actore*⁽³³⁾.

Como se sabe, no processamento do dissídio coletivo, o Juiz instrutor deve tentar a conciliação das partes, assim, assalta-nos uma dúvida, nesta fase as partes podem desistir do processo optando pela arbitragem? A resposta não é fácil em se tratando de dissídio instaurado pelo Ministério Público. Em primeiro lugar, é importante não confundir *desistência da demanda*, com renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, a primeira implica extinção do processo sem julgamento de mérito, enquanto na segunda este último é apreciado. Daí a regra no sentido de, uma vez ultrapassado o prazo para resposta, exigir-se, na desistência da demanda, a aquiescência do réu. O autor pode renová-la. Isto não ocorre quanto à aludida renúncia ao direito. O réu não tem interesse em impugná-la, pois ganha contorno de verdadeira improcedência do pedido formulado pelo autor

33 Ou princípio do pedido, indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional, aliás, ação é exatamente o direito [ou poder] de ativar a jurisdição visando à solução da lide. Cfr. ARAUJO CINTRA, A., PELLEGRINI GRINOVER, A. e DINAMARCO, C.; Teoria Geral do Processo. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 27.

(art. 267, VIII, § 4.º e 269, inciso V, do CPC).(34). Naturalmente, a renúncia do direito em que se funda a demanda está jungida ao atendimento de certos requisitos, dentre os quais exsurge a capacidade do renunciante e a disponibilidade do direito. Na hipótese questionada, foi o Ministério Público quem instaurou a ação coletiva, o que, a princípio, a desistência dele dependeria, mas, por distorsão processual não é o detentor do direito em litígio. Assim, considerando este fato e o princípio de que a negociação coletiva — entendimento direto das partes — deve ser prioritário, cremos que é possível, mesmo instaurada a ação coletiva pelo Ministério Público do Trabalho, a desistência da demanda, através do compromisso entre patrões e empregados de submeterem o conflito à decisão arbitral.

Problema de particular importância é o da recorribilidade do laudo. O código civil admite recurso, determinando inclusive que não está sujeito a alçada, exceto se o contrário convencionarem as partes (art. 1041) e o Decreto 88.984/83, também o prevê para os Conselhos Regionais e Federal de Relações de Trabalho (neste caso, como salientamos, de Constitucionalidade extremamente duvidosa), porém, cremos que o recurso para reexame do mérito do laudo arbitral não é condizente com os objetivos da arbitragem, sob pena de fomentar a morosidade processual e afogar ainda mais o judiciário trabalhista, incentivando por outra parte a deslealdade das partes, que sempre terão presente — caso a decisão não lhe seja favorável — a possibilidade do recurso.

4 — Da solução jurisdicional.

Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho

O poder normativo da Justiça do Trabalho é, na lição de CARRIÓN(35), “o exercício dessa competência de proferir sentenças em dissídios coletivos. O poder normativo judicial nos dissídios coletivos de natureza econômica é uma antiguidade do fascismo, já abolida nos países democráticos, inclusive na Itália. Neles, os dissídios coletivos simplesmente não existem (só havendo lugar para a autocomposição plena ou estimulada pela mediação ou a arbitragem, todas voluntárias). Na Espanha, o Poder Normativo da época franquista que restaria ape-

34 Cfr. Ac. TST. 1ª T-2.669/88, relator, Marco Aurélio MENDES DE FARIAS MELLO.

35 In Comentários à CLT. 11ª edição, 1989.

nas para a competência do Executivo, foi condenado pelo Tribunal Constitucional. O poder Judiciário só conhece os dissídios coletivos jurídicos⁽³⁶⁾. É a intromissão do Estado no livre jogo ad negociação, especialmente nefasta quando prescinde do direito de greve. A negociação coletiva é “inconcebível sem a presença da greve ou de sua ameaça, como demonstra o Direito Comparado nas democracias. E a greve só deve terminar com a vitória ou derrota das pretensões, pela negociação (através do *tratado de paz* como disse PLANIOL).

O processo histórico confirma a origem pouco nobre do *poder normativo da Justiça do Trabalho*. OLIVEIRA VIANA, defensor incansável deste sistema importado da Itália faxista de MUSSOLINI, teve oportunidade de expor a idéia que fazia das *corporações jurisdicionais do trabalho* e as características que pretendia imprimir a esses tribunais além do processo que eles observariam: “o característico do processo do trabalho é a rapidez, principalmente quando os tribunais são corporativos, decidindo os julgadores ou árbitros pela técnica dos *standarts* e do direito intuitivo e não pela técnica da norma legal e dos precedentes judiciais. É perigoso?, mas é a Justiça do Trabalho⁽³⁷⁾.

O poder Normativo como hoje existe, “é dura provocação que as instituições têm imposto à Justiça do Trabalho. Os dissídios coletivos são julgados sem que se ofereça, aos seus juizes, qualquer conhecimento objetivo da realidade fática referente à categoria interessada. A lei ou a jurisprudência terão que exigir nos autos laudo circunstanciado quanto à realidade setorial da categoria profissional que está litigando”. Infelizmente restou demonstrado que o processo do trabalho não é tão célere como seu idealizador pretendia, nem que os juizes classistas — com raras exceções — tenham facilitado os julgamentos pela técnica dos *standarts*, pois no máximo teriam conhecimento empírico dos problemas da categoria econômica e profissional que representam, não das demais. Assim, desconhecendo o ordenamento jurídico e alheios aos problemas das demais categorias, cremos que a sua presença no judiciário trabalhista não se justifica.

36 Vid. MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*.

37 In *Problemas de Direito Sindical*. Ed. Max Limonad, 1943, apud SAYOO ROMITA, Arion: *Direito do Trabalho na futura Constituição*, Rio de Janeiro, 1986, p. 48.

Pela Constituição de 1988, o âmbito do novo Poder normativo da Justiça do Trabalho (art. 114, § 2.º) passa a ser aparentemente ilimitado. Sem aquele laudo técnico ou instrução real, as decisões normativas proferidas como até aqui o foram poderão cair, à falta de justificativa na reprovação constitucional quando determina que sejam “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Como ressalta CARRIÓN, “a questão não é meramente formal, mas consequência de que, de um lado, as concessões normativas não podem ser mero capricho judiciário; de outro, que a Justiça está concebida para decidir com base na lei e nos princípios e não para criar a norma do legislador. Se assim ocorrer, haverá colisão com a competência do Poder legislativo, expressamente lembrada na Carta Magna: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional . . . zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes (art. 49, XI)”⁽³⁸⁾.

Há, com efeito, uma contradição intrínseca no Poder Normativo. Por um lado, o juiz, por princípio, deve respeitar a lei e aplicá-la ao caso concreto com a maior isenção de ânimo possível, embora interpretando-a teleologicamente, nunca pode decidir contra a lei; mas o poder normativo, por outro lado, significa “criar a norma”, função esdrúxula para o juiz que, na prática, nem cria direito nem o interpreta. Na maioria das vezes — quando interessa — as cláusulas de natureza econômica que correspondem às reivindicações obreiras são indeferidas pelos tribunais com o singelo argumento de que “contrariam a lei” ou que “já estão regulamentadas em lei”. Evidentemente, num país intervencionista como o Brasil, onde quase todas as questões relacionadas ao Direito do Trabalho estão regulamentadas tudo pode ser indeferido com este argumento, se o magistrado atua interpretando o Direito. Porém, se atua criando o direito — o que dificilmente se observa — não está preparado tecnicamente para isso, dando uma falsa impressão de prestação jurisdicional a uma decisão, na maioria das vezes, política.

Nas palavras de Marco Aurélio MENDES DE FARIA MELLO⁽³⁹⁾: “no campo dos conflitos coletivos, os esforços devem ser desenvolvidos no sentido de privilegiar a *autocomposição* em detrimento da intervenção do Estado, sendo com aquela incompatível o poder ilimitado que se quer atribuir à Justiça do Trabalho”. O que tem havido é a chamada *jurisprudencia-*

38 op. cit.

39 Vid A Justiça do Trabalho deve legislar? S. Paulo, Revista Synthesis, nº 6/54.

lização das cláusulas contratuais. Concedem-se estas ou aquelas apenas por hábito. Descaracteriza-se a função de *terno sob medida*, que a convenção coletiva ou a sentença normativa tem que ser⁽⁴⁰⁾.

Entre nós a solução jurisprudencial dos conflitos coletivos está de tal forma incutida, regra geral, no pensar da classe operária que a maioria dos dirigentes sindicais preferem-na à negociação amigável e pressão pela greve, pois com uma decisão da Justiça do Trabalho fica mais fácil explicar aos integrantes da categoria que representam os resultados obtidos⁽⁴¹⁾. Ademais, "... nosso industrial de hoje é o descendente direto e imediato do antigo senhor de terras e escravos, que ainda se sente diminuído por ter que negociar em condições de igualdade com sua gente⁽⁴²⁾.

Entre os argumentos favoráveis à solução jurisdicional em detrimento da arbitragem, normalmente encontramos o da imparcialidade dos juízes confrontado com o da pretensa parcialidade dos árbitros. Esta imparcialidade merece algumas reflexões. Vale ressaltar por exemplo as várias escaramuças jurídicas, como a do recebimento do recurso dos empresários *com efeito suspensivo* — antes da edição da Lei n.º 7/788, de 3-7-88 — pelo TST para impedir o cumprimento das sentenças normativas regionais, sem um critério claro e preciso para o seu acolhimento, a não ser o arbítrio do Presidente. "Esta concepção [de imparcialidade] deixa de lado a realidade histórica indesmentível de que o Estado burguês é o Estado que se funda na propriedade privada dos meios de produção"⁽⁴³⁾. Isto explica porque poucos magistrados conseguem apreciar dissídio coletivo olvidando, para expressar-nos de alguma forma, as regras tradicionais de hermenêutica que se socorrem para solucionar os conflitos individuais. Imbuir-se de espírito criador [imparcial] de normas não é tarefa fácil, especialmente num país em que as contradições saltam à vista.

40 Vid. CARRION, op. cit.

41 Cfr. CAVALCANTE JUNIOR, Ophir: **É a solução jurisprudencial a mais indicada para a dirimência dos conflitos coletivos do trabalho?** S. Paulo, Revista LTr, vol. 53, nº 2, p. 184.

42 Vid. DORDLA GIGLIO, Wagner, in obra conjunta coordenada pelo prof. DE BUEN, vid. nota 15.

43 Cfr. GENRO, Tarso Fernando: **Contribuição crítica ao Direito Coletivo do Trabalho**. Porto Alegre, Ed. Síntese, pp. 37/38.

Quanto à preponderância que poderão manifestar certos empregadores sobre seus empregados, submetendo-os à sua vontade na escolha do árbitro, infelizmente devemos confessar que tal fato nunca deixou de existir, a despeito da Justiça do Trabalho, apesar da submissão muitas vezes se dar fora do judiciário, traduzindo-se em acordos de todo inaceitáveis, em toda ordem de prejuízos que só vêm à luz posteriormente, quando despedido o empregado e ajuizada a reclamatória. Com ou sem, pois, a adoção da arbitragem voluntária, o problema dificilmente deixará de existir, já que se trata de questão de melhoria dos níveis culturais e das condições financeiras dos trabalhadores.

5. — Balanço final e perspectivas

Como vimos, não há convergência de pensamento na doutrina quanto ao fato do Estado se manter alheio ou passivo diante de situações de confronto entre particulares, especialmente entre empresários e trabalhadores, visto que — segundo argumentam — os danos causados prejudicam os próprios interesses e fins do Estado. Indaga-se então se o Estado deve permanecer no seu papel de mantenedor da ordem quebrantada por estes conflitos ou deve estabelecer métodos de solução através de disposições imperativas para as partes de modo a levá-las a resolver primeiro suas diferenças. É preciso salientar que os conflitos resultantes da relação de trabalho não afetam direta e necessariamente os interesses e fins do Estado, até porque, estes conceitos [interesses e fins] são extremamente genéricos, abstratos. Inúmeras vezes confundimos interesses de grupos hegemônicos com os interesses da sociedade civil. Em segundo lugar, também é preciso se observe que tipo de *ordem* está sendo quebrantada. A compreensão global do fenômeno determina que a “divergência de interesses constitui uma resultante natural da vida em sociedade”⁽⁴⁴⁾. O conflito sempre existe, de forma velada ou não. Esta realidade que qualquer exame empírico não pode deixar de reconhecer é que deve fundamentar qualquer teoria. Se ao exteriorizarem-se os conflitos através das mais variadas formas, de todos conhecidas [greves, locauts, sabotagem, piquetes] prejudicam interesses múltiplos dos cidadãos que não fazem parte da categoria econômica, a função do Estado não é a de, com essa desculpa, sufocar outros interesses também relevantes — muitas vezes mais relevantes — das partes envolvidas diretamente no conflito coletivo. O Estado não pode tomar partido. Sua função é a de instrumentalizar e fo-

44 Vid. DORDLA GIGLIO, W.: op. cit.

mentar a autocomposição das partes, seu objeto é a harmonia nas relações de trabalho, jamais o de impor artificial e arbitrariamente a alardeada *paz social*, fazendo vista grossa para uma realidade que salta aos olhos.

Na verdade, confunde-se com muita frequência [de forma proposital ou inconsciente] o conceito de *tutela jurisdicional efetiva* com o de *jurisdição tutelar paternalista*. O direito à tutela jurisdicional efetiva é o direito de toda pessoa de que se faça justiça, direito a que suas pretensões sejam atendidas por órgãos jurisdicionados através de processo com garantias mínimas, portanto, a tutela só será efetiva se o órgão jurisdicional reúne certas condições e antes de ditar a sentença segue um processo investido das garantias que torne possível a defesa das partes. Para isso, o Estado deve dar instrumentos ao cidadão e à sociedade civil — representada pelos sindicatos, empresas, associações, etc. — para que, quando estes vejam seus direitos lesados, possam defendê-los através do Poder Judiciário. Isto não significa que este ou o poder executivo devam, nas questões relacionadas às condições de trabalho, substituí-lo no direito de ação. Se historicamente o Estado tem o direito/dever de promover ações penais, onde o interesse público é evidente, o mesmo não se diga das ações privadas na esfera do direito do trabalho. Persiste entre nós a idéia publicista do direito do trabalho corporativo. Talvez seja hora dos sindicatos se emanciparem, sendo tratados como entidades sérias e responsáveis por seus atos. Se a diretoria sindical realiza mal acordo coletivo, a própria classe que representa saberá responsabilizá-la no futuro.

Para finalizar, todos sabemos que uma causa trabalhista tarda em média mais de cinco anos para chegar ao seu termo final. Esta demora na prestação jurisdicional decorre de vários fatores de ordem diversa. Considerada a notória insuficiência do número de juntas e tribunais atualmente existentes, considerada a situação econômica do país, é praticamente impossível, utópico, crer que teremos o judiciário trabalhista instrumentalizado dando uma prestação jurisdicional realmente efetiva. Diante deste cenário nada alentador, quer nos parecer que urge o recurso às vias alternativas para a solução dos conflitos coletivos do trabalho com o fomento real e efetivo do entendimento direto das partes, a exemplo do Acordo Marco Interconfederal para Negociação Coletiva (AMI) firmados pela UGT e CEOE na Espanha em 1980, que previu a criação, independentemente dos procedimentos públicos de conciliação. Os nossos sindicatos, numa atitude madura, deveriam adotar o mesmo sistema.