

## PÁGINA 5 ARTIGO

ANDRÉ CREMONESI, JUIZ DO TRABALHO, ANALISA AS APLICAÇÕES DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CAUSAS TRABALHISTAS

## PÁGINA 8 VISÃO

SEGUNDO JOSÉ PASTORE, A SAÍDA PARA DIMINUIR A TAXA DE DESEMPREGO É ASSOCIAR A REFORMA DAS LEIS TRABALHISTAS COM INVESTIMENTOS

LEI DE ARBITRAGEM E NOVO CPC

## MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA PRÁTICA

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)



## BREVE HISTÓRICO

A LEI DA ARBITRAGEM NA  
INTERAÇÃO COM O NOVO CPC

O DIREITO DE POSTULAR EM JUÍZO, DEFENDENDO SEUS INTERESSES PATRIMONIAIS, ESTÁ ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE. BASTA HAVER UMA BREVE AMEAÇA AOS DIREITOS, QUE A FUNÇÃO JURISDICIONAL PODE SER ACIONADA, GARANTINDO-SE AMPLO ALCANCE AO IDEAL DE CIDADANIA PLENA QUE SE ESPERA EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

É ILUSÓRIA A EXPECTATIVA DE QUE O ESTADO, EXERCENDO SUAS FUNÇÕES PÚBLICAS, CUMpra TODOS OS IDEAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL, PELO ENTE ESTATAL, NÃO SATISFAZ O CLAMOR PELA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. AINDA MAIS EM UM CENÁRIO DE EXORBITÂNCIA DE DIREITOS.

A JURISDIÇÃO NÃO PODE SER ENTENDIDA COMO UMA RESERVA ESTATAL; É INAFSTÁVEL, OBRIGATÓRIA, COM COMPETÊNCIAS EXPRESSAS LEGALMENTE, MAS NÃO EXCLUSIVA DO PODER PÚBLICO. HÁ ÓRGÃOS DE NATUREZA PRIVADA, LEGITIMADOS A DECIDIR QUESTÕES QUE ENVOLVAM DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS. ASSIM ESTÁ EXPRESSO NA REGRA GERAL SOBRE PROCEDIMENTOS JUDICIALIZADOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC), BEM COMO NA LEI EXTRAVAGANTE (LEI DE ARBITRAGEM).

PORTANTO, COM A EXAUSTÃO DA JUSTIÇA ESTATAL, CABE ANALISAR A RELAÇÃO, SE HARMONIOSA OU CONFLITUOSA, ENTRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO, TEMAS DESTA EDIÇÃO DO VEREDICTO.

NOVO CPC ESTIMULA OU INIBE  
ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS?

O artigo 5º, inciso xxxv, da Constituição Federal, deixa claro que a ninguém é dado renunciar à defesa de seus direitos, abrindo mão da apreciação do Poder Judiciário. Essa regra é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também descrito no *caput* do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil (CPC), reservando ao juiz estatal o monopólio da jurisdição. Contudo, no Brasil, a arbitragem também é jurisdição.

O *caput* do artigo 3º repete o enunciado constitucional que cuida do princípio da inafastabilidade da jurisdição: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Acrescenta ainda o parágrafo 1º, que está assim redigido: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”. Portanto, fica claro que arbitragem é jurisdição. Tal reconhecimento ficou juridicionado no CC (Conflito de Competência) nº 111.230-DF, do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi.

Além disso, no artigo 42 do Novo Código de Processo Civil está estabelecido que: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressal-

vado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

A arbitragem é um mecanismo de solução de controvérsias, em que um árbitro (ou mais), escolhido pelas partes, intervém. Deve haver um acordo prévio entre as partes, chamado de “compromisso arbitral”, para que possa ser utilizada, desde que a disputa seja sobre direitos patrimoniais disponíveis, de titularidade de pessoas capazes de contratar. A sentença dos árbitros vale o mesmo que uma decisão judicial, mas não tem a possibilidade de revisão.

Portanto, na dimensão subjetiva, há o compromisso entre as partes, cujo procedimento arbitral está restrito a elas que têm legitimidade. Logo, uma pessoa que não tenha assinado o compromisso arbitral não pode ser acionada. O efeito da dimensão subjetiva está na imutabilidade da decisão arbitral, pois os legitimamente envolvidos o estão desde o início no procedimento arbitral. Na dimensão objetiva, o compromisso é o de que o objeto da arbitragem seja um direito patrimonial disponível.

Para exemplificar, uma decisão da 11ª Câmara de Direito Privado, também

do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Recurso de Apelação 990.09.373821-0, ratificou que: “(...) não se pode impor a eficácia da cláusula compromissória contra quem não manifestou a vontade de aderir a essa forma de solução de conflito (...)”.

Na mediação e na conciliação, há a intervenção de uma terceira pessoa, em níveis diferentes. O mediador serve como um orientador das partes em conflito, para que elas mesmas alcancem uma solução. O conciliador, que também é imparcial, orienta e sugere uma solução para o conflito.

O Novo Código de Processo Civil inova ao permitir que o autor da demanda, logo na petição inicial, expresse sua disposição para participar de audiência de conciliação ou mediação, conforme previsão do artigo 319, inciso VII, cujo procedimento da audiência de conciliação ou de mediação vem no artigo 334.

Analisando-se as principais mudanças no Novo Código de Processo Civil sobre os meios alternativos de solução de conflitos, aparecem as seguintes: a regulamentação das câmaras de mediação e conciliação, as cartas arbitrais, o reconhecimento judicial expresso do

compromisso arbitral, a primazia do princípio da “competência-competência” em situação recursal e o segredo de justiça atribuído à arbitragem.

No Novo CPC, as câmaras de mediação e conciliação têm sua regulamentação sob a atribuição dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em termos práticos, essas câmaras deverão ter registro e informar todos os casos sob sua atuação aos Tribunais de Justiça estaduais. O efeito dessa determinação pode estar na limitação da confidencialidade das câmaras de mediação e conciliação, embora a lei as preveja. Eis, portanto, uma potencial contradição trazida à conciliação ou mediação.

A regulamentação da comunicação entre juízes e árbitros está nas cartas arbitrais, conforme artigo 237, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil. Seu objetivo é garantir, efetivamente, a tramitação do procedimento arbitral em segredo de justiça, desde que tenha sido comprovado previamente em juízo, e a efetivação da decisão.

Os mecanismos alternativos para solução de controvérsias, utilizando-se de um sistema de “múltiplas portas”, consagram sua importância por meio da uniformização do regime jurídico da convenção de arbitragem. Isso significa que, passando a haver previsão expressa, tanto para a convenção de arbitragem como para a cláusula compromissória, as matérias sob pendência não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, conforme o artigo 337, parágrafo 5º, do Novo Código de Processo Civil.

A direção dada por tal entendimento, conduzido pelo princípio da competência-competência, é a mesma dos artigos 22-A e 22-B da Lei

nº 9.307/1996. Assim, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão se dirigir ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência, tendo 30 dias da efetivação dessa medida para requerer a instituição de arbitragem, se tal já não ocorreu. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Além disso, qualquer novo pedido de medida cautelar ou de urgência será dirigido diretamente aos árbitros com base na instituição da arbitragem.

A dúvida que surge é sobre o regime de estabilização recursal do Novo Código de Processo Civil, conforme seu artigo 304. Entende-se que tal se aplica às tutelas antecipadas em geral, mas, na análise da relação entre o Novo Código de Processo Civil e os mecanismos alternativos de solução de conflitos, notadamente a arbitragem, tal situação está em regime especial, ou seja, sob procedimento arbitral, regulado por Lei Extravagante (Lei de Arbitragem nº 9.307/1996).

Assim, entende-se que fica assegurado aos árbitros o poder para decidir a questão, ou seja, rever ou modificar a tutela de urgência, que fora apreciada pelo Poder Judiciário (artigo 22-B, *caput*, da Lei nº 9.307/1996).

Além disso, a escolha das partes é absolutamente legítima, na medida em que lhes cabe a decisão legítima entre ingressar com recurso no judiciário ou no ambiente arbitral.

O novo CPC tem uma amplitude de influência sobre os mecanismos alternativos para solução de conflitos. Vai do entendimento, absolutamente consagrado, de que a arbitragem é jurisdição,

válida, obrigatória, entre as partes conveniadas, cuja decisão faz lei entre os envolvidos, constitucionalmente aceita.

A influência é de forma significativa, com institutos que tocam diretamente princípios fundamentais de arbitragem, conciliação e mediação. Tal repercussão já vem sendo apontada pela doutrina. E sob um sentido de conjugação, haja vista que a Justiça deve ser entendida como uma, o aparato jurisdicional estatal pode se inspirar nos institutos dos mecanismos alternativos. A compatibilidade existe, passando seu crivo naqueles princípios delineados entre os artigos 1º e 12, do Novo Código de Processo Civil, entendidos como suas normas fundamentais.

Portanto, a jurisdição não pode ser entendida como uma reserva estatal; é inafastável, obrigatória, com competência expressa legalmente, mas não exclusiva do Poder Público. A expectativa de que o Estado, exercendo suas funções públicas, cumpra todos os ideais previstos na Constituição Federal de 1988 é ilusória. O cumprimento da função jurisdicional, pelo ente estatal, não satisfaz o clamor pela resolução de conflitos. Ainda mais em um cenário de exorbitância de direitos.

Há órgãos de natureza privada, legitimados a decidir questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Assim está expresso na regra geral sobre procedimentos judicializados (o Novo Código de Processo Civil), como também na Lei Extravagante (a Lei de Arbitragem), que interagem, sob o beneplácito constitucional do artigo 5º, inciso xxxv, que deixa claro que a ninguém é dado renunciar à defesa de seus direitos abrindo mão da apreciação do Poder Judiciário. [8]



## MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

ANDRÉ CREMONESI, JUIZ DO TRABALHO, MESTRE EM DIREITO DO TRABALHO E PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

A solução dos conflitos trabalhistas pode ocorrer pela autocomposição, pela autodefesa e pela heterocomposição.

O modelo ideal de solução dos conflitos trabalhistas se dá pela autocomposição quando as partes celebram convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho. Ou seja, terceiros não intervêm nesse litígio, o qual é resolvido pelas próprias partes.

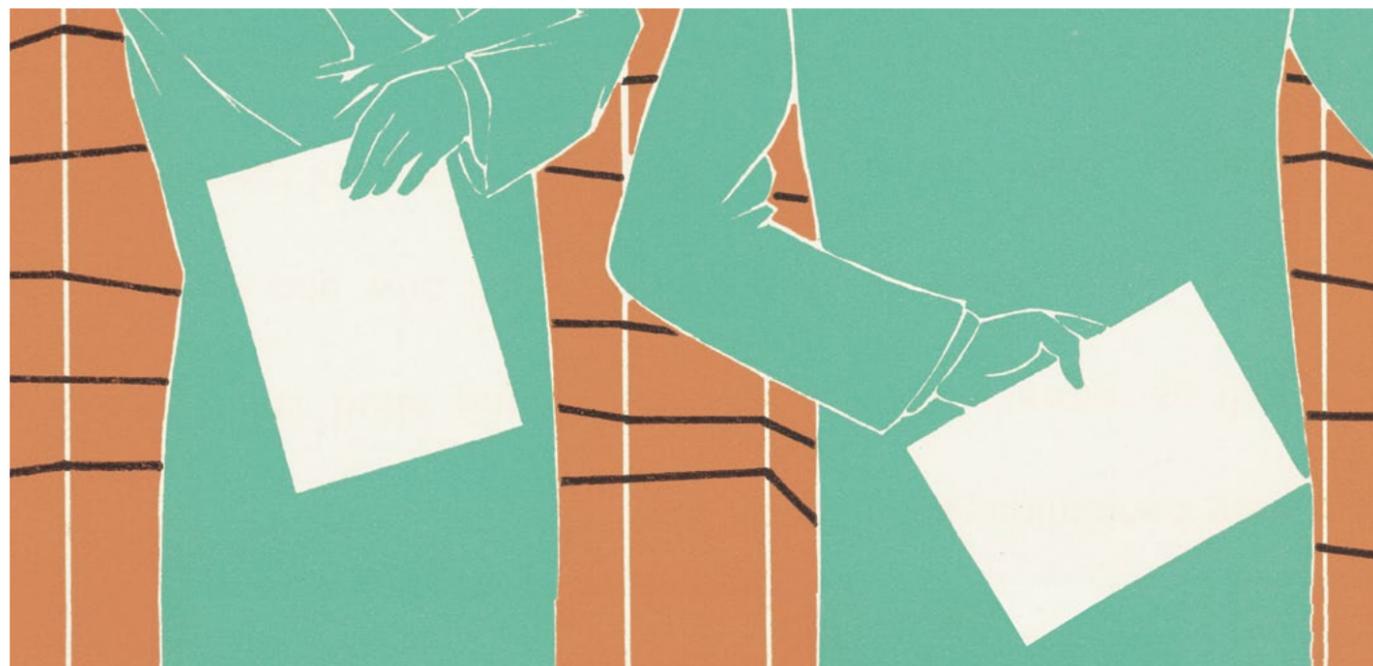
Por outro lado, a autodefesa é outra forma de solucionar conflitos trabalhistas, quando uma das partes força a outra a aceitar suas imposi-

ções. Mas essa forma se mostra ineficaz, na medida em que ninguém fica satisfeito com a deflagração de greve ou de *lock out*, este último até mesmo proibido pela legislação pátria.

De outra banda, os meios de solução dos conflitos trabalhistas de forma heterocompositiva são a mediação, a arbitragem e a jurisdição estatal.

A heterocomposição se dá quando a solução dos conflitos trabalhistas é determinada por um terceiro e não pelas próprias partes.

Contudo, a experiência tem mostrado que os dois primeiros meios de solução heterocompositiva não têm sido



eficazes, o que implica evidente congestionamento de litígios na Justiça do Trabalho.

#### MEDIAÇÃO

A mediação ocorre quando um terceiro, chamado pelas partes, induz essas partes a chegar à solução do litígio.

Não há necessidade que o mediador tenha conhecimentos jurídicos. As partes não estão obrigadas a aceitar as propostas feitas pelo mediador, que apenas instiga as partes a chegar a um consenso, razão pela qual este não pode coagi-las de forma alguma.

O mediador não toma nenhuma decisão, servindo apenas como intermediário entre as partes. Geralmente a mediação é extrajudicial, mas nada impede que seja judicial.

A mediação é instituto aplicado largamente em outros países como França, Espanha, Argentina, Austrália e Estados Unidos.

No Brasil, em matéria de Direito do Trabalho, foi editado o Decreto nº 1.572/1995, de 28/7/1995, que estabelece regras sobre mediação na negociação coletiva.

Pode o mediador ser escolhido livremente pelas partes, e se não houve escolha, ele é indicado pelo Ministério do Trabalho.

A Portaria nº 817/1995, de 30/8/1995, do Ministério do Trabalho, especifica critérios para a participação do mediador nos conflitos de negociação coletiva de natureza trabalhista.

O problema que vemos na mediação é que um documento consistente num acordo celebrado na mediação não tem força de título executivo e, por isso, não raro essa avença é descumprida pelo empregador.

#### ARBITRAGEM

Por outro lado, arbitragem é a forma de solução dos conflitos feita por um ter-

ceiro estranho em relação às partes, que é escolhido por estas, impondo a solução do litígio. A arbitragem é forma voluntária de terminar o conflito, ou seja, não é obrigatória. É largamente utilizada na Europa e nos Estados Unidos.

No Brasil, foi aprovada a Lei nº 9.307/1996, de 23/9/1996, depois alterada pela Lei nº 13.129/2015, de 23/9/2015, que dispõe que esse instituto somente é aplicável se o litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, sendo necessário que as partes estejam aptas a contratar.

Na arbitragem, a convenção de arbitragem nada mais é do que a somatória da cláusula compromissória de arbitragem inserida num contrato, acrescida do compromisso arbitral, sendo este último assinado somente se o litígio eventualmente vier a ocorrer.

Cláusula compromissória de arbitragem é a convenção por meio da qual as partes, em um contrato, com-

prometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato, na forma do artigo 4º da Lei nº 9.307/1996.

No contrato individual de trabalho, a inserção de cláusula compromissória nos contratos é repudiada por completo pelos tribunais trabalhistas. Isso porque, dada a hipossuficiência do trabalhador, sua vontade estaria maculada por ato do poder econômico do seu empregador.

Já o compromisso arbitral é a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial, consoante o disposto no artigo 9º da Lei nº 9.307/1996.

O compromisso arbitral deve ser assinado quando existir cláusula compromissória de arbitragem e pode ser assinado quando não existir cláusula compromissória de arbitragem, se as partes assim o quiserem [o grifo é nosso].

A arbitragem, diferentemente da mediação, é um equivalente jurisdicional, e sua decisão é imposta às partes que escolheram o árbitro (ou árbitros) para solucionar o conflito.

A discussão travada na doutrina e na jurisprudência acerca do cabimento (ou não) da arbitragem nos litígios trabalhistas diz respeito justamente ao fato de se saber se direitos trabalhistas são (ou não) direitos patrimoniais disponíveis.

Como já dito aqui, os tribunais trabalhistas repudiam a aplicação da arbitragem no dissídio individual trabalhista, sobretudo porque estes entendem que os direitos trabalhistas não são direitos patrimoniais disponíveis.

Falamos apenas no repúdio ao uso da arbitragem no dissídio individual trabalhista, posto que no dissídio coletivo trabalhista há previsão constitu-

cional para tanto (artigo 114, parágrafo 1º, da Carta Republicana de 1988).

Nessa linha de raciocínio, impõe-se fazer necessária e importante distinção quando se tratar de litígio de competência da Justiça comum e de litígio de competência da Justiça do Trabalho, em especial quando o réu alegar preliminarmente a existência de convenção de arbitragem (cláusula compromissória de arbitragem + compromisso arbitral) ou apenas de compromisso arbitral.

Na esfera cível, o juiz de Direito, ao constatar que se trata de direito patrimonial disponível, estará limitado apenas e tão somente a apreciar o correto procedimento arbitral, e se for o caso, quando houver mácula deste, determinar ao árbitro que reabra o procedimento em questão, como para a produção de uma prova indeferida pelo árbitro, e profira nova sentença arbitral se já o tinha feito, ou então a sentença arbitral ainda não proferida, mas após reabertura da instrução processual. Ou seja, o juiz de Direito jamais adentra ao mérito do litígio [o grifo é nosso].

Por outro lado, na seara trabalhista, porque repudiada essa forma de solução dos conflitos individuais trabalhistas por meio desse instituto, o juiz do Trabalho tende a rejeitar a preliminar de extinção do feito sem exame do mérito e a instruir e julgar o mérito do litígio [o grifo é nosso].

Em se aceitando o cabimento da arbitragem, o prazo para a solução do litígio é de seis meses, podendo ser prorrogado a critério das partes envolvidas. A decisão do árbitro deve ser escrita e conter relatório, fundamentos da decisão e dispositivo.

A sentença arbitral é título executivo judicial, nos termos do artigo 515,

inciso VII, do Novo Código de Processo Civil, razão pela qual não necessita de homologação pelo Poder Judiciário e pode ser executada de imediato junto a este último, na medida em que o árbitro não detém poderes de expropriação de bens.

As vantagens do procedimento arbitral são a rapidez e o sigilo. De outra banda, a desvantagem é o alto custo do procedimento, o que, em alguns casos, mostra-se desaconselhável para solucionar conflitos que envolvem pequenas quantias.

#### JURISDIÇÃO ESTATAL

Nesse cenário nada animador em que tanto a mediação como a arbitragem são formas de solução dos conflitos que não têm sido aplicadas nos litígios trabalhistas – uma porque ineficaz e outra porque repudiada pela Justiça do Trabalho, por não serem considerados direitos patrimoniais disponíveis – resta apenas e tão somente o Poder Judiciário Trabalhista para tanto.

Ocorre que o Poder Judiciário Trabalhista, embora com gigantesca estrutura dos seus tribunais, infelizmente não tem conseguido solucionar o litígio com a rapidez que seria ideal, sobretudo porque os litígios, em regra, tratam de verbas de caráter alimentar.

Tem-se notícia que no ano de 2016 os tribunais trabalhistas brasileiros teriam recebido em torno de 4 milhões de ações trabalhistas.

Em que pese o esforço hercúleo em solucionar os litígios em tempo razoável, mormente ante o contido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Lei Maior de 1988 – duração razoável do processo –, referido encargo tem sido atendido, mas com grande dificuldade na rápida solução do litígio. [8]



## REFORMA E INVESTIMENTO POR MAIS EMPREGO

Para reverter o quadro dramático do desemprego, várias medidas vêm sendo tomadas pelo governo federal. Entre elas está o Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, encaminhado ao Congresso Nacional em regime de urgência, que trata da reforma trabalhista. Entre as mudanças propostas, o destaque vai para a que considera como lei os acordos e as convenções coletivas sobre jornada de trabalho, remuneração por produtividade, regras do banco de horas e outros direitos atualmente fixados de forma rígida na CLT.

Será isso o suficiente para gerar os empregos de que os brasileiros precisam? É claro que não. A criação de empregos depende fundamentalmente de investimentos nos vários setores da economia. Nesse campo, o governo federal priorizou a infraestrutura que tem condições de gerar empregos diretos e indiretos em pouco tempo.

A expansão e modernização de portos, aeroportos, ferrovias, rodovias, metrô, esgotos, telecomunicações, petróleo e armazéns agrícolas são atraentes para os empreendedores, inclusive es-

### A COMPLEXIDADE DO CIPOAL DE REGRAS RÍGIDAS QUE FORMAM A CLT ALIMENTA NOS EMPREGADORES UM VERDADEIRO MEDO DE EMPREGAR

trangeiros. O governo federal já tomou providências importantes para atrair capitais para esse setor, tais como a reformulação dos marcos regulatórios, a definição das novas regras de licitação de concessões, o equacionamento das normas ambientais, a aprovação dos critérios de leniência para as grandes construtoras, a nova sistemática para desapropriação de terras e imóveis de utilidade pública e outras.

A criação de empregos na infraestrutura tende a se propagar para outros setores da economia, iniciando-se, assim, um ciclo de reativação do mercado de trabalho. As medidas microeconômicas já aprovadas que buscam elevar a liquidez das empresas ajudarão a criar ambiente de negócios mais propício para uma gradual geração de empregos em 2017.

Mas, onde entra a reforma trabalhista nesse cenário? A complexidade do cipoal de regras rígidas que formam a CLT alimenta nos empregadores um verdadeiro medo de empregar.

Veja o exemplo da condenação de empresas com base na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que proíbe a terceirização de atividades-fim, sem que se saiba exatamente como distinguir entre fim e meio. Outro exemplo: tem sido comum a anulação do acordo coletivo que empregados e empregadores fazem para encurtar o horário de refeição para 30 minutos (a CLT exige 60 minutos). Trata-se de ajuste que é interessante a ambos os lados.

O fato de não saber se o acordado de hoje valerá amanhã alimenta medo entre os empregadores e conspira contra a geração de empregos. A reforma trabalhista não substitui os investimentos, mas deve colaborar para reduzir o medo e gerar empregos. [&]

*José Pastore é presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da FecomercioSP*

