

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO – INCOMPATIBILIDADE COM A DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XI DO ART. 83 DA LEI COMPLEMENTAR N. 75/93

*Cássio Casagrande**

O inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93 estabelece que compete ao Ministério Público do Trabalho “atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho”. Essa norma incorpora às funções do *parquet* uma atribuição inaudita, a qual merece profunda reflexão antes que passe a integrar o dia-a-dia da instituição. A propósito, lembra Hugo Nigro Mazzilli que

“sempre é salutar repensar o ofício do Ministério Público, seja em face das novas e abrangentes atribuições que tem recebido nos últimos anos, seja em face da natural evolução institucional. Contudo, para ser corretamente empreendido, esse reexame crítico supõe algumas premissas. O que tem iluminado a atuação do Ministério Público – não sempre, mas com grande frequência – é a indisponibilidade do interesse; fora daí, estamos no campo da conveniência da atuação ministerial em favor do zelo de interesses da coletividade como um todo”¹.

A atuação em arbitragem é historicamente estranha à atuação do Ministério Público no Brasil (como também nos países de mesma tradição jurídica). À exceção do *parquet* trabalhista, a nenhum outro ramo do Ministério Público brasileiro é atribuída semelhante função. Assim, antes de qualquer coisa, parece razoável indagar se a atuação do membro do Ministério Público do Trabalho em procedimento arbitral é possível, pois o art. 129, IX, da Constituição da República estabelece que a instituição pode “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]”.

Em nosso entendimento, a arbitragem (como também a mediação) não se compatibiliza com a destinação constitucional do Ministério Público. Primeiro porque o instituto não se coaduna com suas finalidades, conforme são definidas no art. 127 da Constituição da República. Segundo, porque o conceito jurídico de arbitragem (e a própria lei que a regulamenta no Brasil) choca-se frontalmente com alguns princípios institucionais do Ministério Público (notadamente a independência funcional). Com relação à mediação, em específico, além desses dois fundamentos, há um terceiro, qual seja, a inexistência de autorização legal para a atuação da instituição na qualidade de mediador. Analisaremos, adiante, cada um desses tópicos, acrescentando, ao final, considerações de ordem política a respeito da mediação e da arbitragem no âmbito do Ministério Público do Trabalho.

* Cássio Casagrande é Procurador do Trabalho no Rio de Janeiro.

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 353.

1 Incompatibilidade da arbitragem com a finalidade constitucional do Ministério Público

O art. 127 da Constituição da República atribui ao Ministério Público a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Observe-se que o elemento central dessa norma, o que caracteriza e define a situação do *parquet* no sistema de justiça nacional, e em consequência sua forma de agir, é a posição de “defesa” de determinados valores políticos (“ordem jurídica”, “regime democrático”, “interesses sociais e individuais indisponíveis”).

Portanto, cabe ao Ministério Público “defender” esses valores, tomar partido de um interesse para protegê-lo. Daí que o *parquet* seja considerado na doutrina como órgão requerente, em oposição à atividade judicante da magistratura, cuja nota mais característica é justamente a passividade, decorrente da impossibilidade de atuação de ofício. Mesmo na atividade *custos legis*, o órgão do MP intervém não para “decidir” quem tem razão, mas sim para “requerer” ao juiz a aplicação da justiça, em atenção a determinado interesse (público, indisponível etc.)². Vale dizer, o Ministério Público é, em essência, órgão requerente, podendo atuar como agente ou interveniente. As próprias designações “magistratura em pé” e “*parquet*” revelam esse fundamento ontológico da instituição, como já anotava a doutrina europeia no século XIX. Bilac Pinto, por exemplo, reporta-se à lição do eminente processualista francês Garsonnet, que em seu *Traité de procédure* assim definia a posição do Ministério Público: “O Ministério Público é uma magistratura, a qual denominamos ‘magistratura em pé’ em oposição à ‘magistratura sentada’, porque seus membros se levantam para dirigir requisições aos membros das cortes e dos tribunais, que julgam do alto de suas poltronas”³. *Parquet*, como se sabe, significa assoalho, palavra utilizada como metáfora para referir o nível do chão, de onde os procuradores formulavam seus requerimentos.

A atividade de arbitragem, ao contrário, importa em idéia exatamente oposta, na medida em que nesta não há “defesa” de valores constitucionalmente estabelecidos, nem se requer nada. O árbitro exerce atividade passiva, semelhante à da “magistratura sentada”⁴. Tanto isso é verdade que a Lei n. 9.307/96, em seus arts. 23 e seguintes, classifica a decisão do árbitro como “sentença”, estabelecendo para esta requisitos típicos das decisões judiciais. E o art. 18 do mesmo dispositivo classifica o árbitro como “juiz de fato e de direito”. Vale dizer, esse tipo de atividade é tipicamente “judicante”, não se coadunando com a posição do Ministério Público no sistema de justiça.

² Nesse sentido, a lição de Mazzilli: “A intervenção do Ministério Público no processo civil sempre se dá *em defesa* do interesse público, ora evidenciado pela natureza da lide, ora pela qualidade das partes” (op. cit., p. 681. Grifamos).

³ BILAC PINTO. *Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ed. Konfino, 1937. p. 13.

⁴ A esse respeito, a lição de João Lopes Guimarães Junior: “O exercício da jurisdição [...] é sempre condicionado à iniciativa da parte interessada, que age no exercício do direito de ação conferido àqueles que se julgam lesados em seus direitos. Quando se pensa no Judiciário, portanto, é preciso ter em mente que, diversamente do que ocorre com os demais Poderes, trata-se de um poder *inerte*, cuja inércia é imposta pelo próprio sistema jurídico (art. 2º do Código de Processo Civil)”. Isto é, a inércia é típica da magistratura e oposta à concepção do *parquet*, que pode atuar de ofício (Papel constitucional do Ministério Público. In: CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 95).

É precisamente em decorrência dessa situação ontológica do *parquet* que os seus membros podem, *sempre*, atuar de ofício, seja na qualidade de órgão agente, seja na de interveniente. Ora, na arbitragem – como na mediação – essa possibilidade, por razões óbvias, fica completamente afastada, o que demonstra como tais atividades são contrárias à natureza da instituição.

Por outro lado, não se pode argumentar que o membro do Ministério Público, ao arbitrar um conflito, estaria “defendendo a ordem jurídica” pela aplicação do direito material em litígio. Nada mais enganoso. A arbitragem, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.307/96, pode ser de direito ou de equidade. De acordo com o § 1º do mesmo dispositivo, as partes podem escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, incluindo, no § 2º, até “as regras internacionais de comércio”, ainda que contrárias ao direito nacional. Portanto, na arbitragem não se adstringe o árbitro à ordem jurídica nacional, já que o conflito pode legitimamente ser resolvido em sentido completamente oposto ao da legislação positiva em vigor.

Tampouco é sustentável a idéia de que, atuando em arbitragem, o Ministério Público estaria defendendo o interesse público pela “paz social”, traduzido pela composição extrajudicial de conflito. A contribuição do Ministério Público para a “paz social”, ou resolução não-violenta de conflitos, dá-se exatamente em sua atividade requerente, levando os litígios ao Judiciário ou intervindo naqueles que lá se encontram. O papel do Ministério Público, *in casu*, é exatamente o de fiscalizar se procedimentos e tribunais arbitrais estão cumprindo sua função social de promover a harmonia na sociedade, podendo inclusive atuar contra estes⁵. Ademais, não nos parece juridicamente razoável que o Ministério Público possa funcionar como “órgão arbitral institucional” e, ao mesmo tempo, venha fiscalizar “entidades arbitrais”, na dicção do art. 13, § 3º, da Lei n. 9.307/96. Isto é, teríamos um ente arbitral fiscalizando o outro. Essa situação tenderá a se complicar se aprovada a Reforma do Judiciário nos termos em que se encontra a Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000⁶. O art. 116 da Constituição passará a vigorar com a seguinte redação: “A lei criará órgãos de conciliação, mediação e arbitragem, sem caráter jurisdicional e sem ônus para os cofres públicos, com representação de trabalhadores e empregadores, que terão competência para conhecer de conflitos individuais de trabalho e tentar conciliá-los no prazo legal”. Ou seja, o Ministério Público do Trabalho teria de fiscalizar a atuação de tribunais ou comissões arbitrais, oferecendo ao mesmo tempo idêntico tipo de “serviço”, o que certamente colocaria em xeque a credibilidade do órgão ministerial⁷. Lembre-se que, atualmente, as Procuradorias Regionais do Trabalho têm recebido dezenas de denúncias versando sobre irregularidades em comissões de conciliação prévia, sendo natural imaginar que o mesmo deverá acontecer com os tribunais ou comissões arbitrais.

⁵ Como se sabe, já existem notícias sobre irregularidades em tribunais arbitrais. Ver, por exemplo, a reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*, de 27 maio 2002: “Justiça privada é cilada para trabalhador”. Lembre-se ainda, com o mesmo propósito, o recente escândalo da derrama de carteiras falsas de juiz, promovida por tribunais arbitrais do Rio de Janeiro.

⁶ Conforme texto consolidado aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, em 16 de março de 2002.

⁷ Adiante comentaremos as implicações políticas, para o Ministério Público do Trabalho, da assunção da arbitragem.

Outro aspecto que tem sido pouco estudado é a compatibilidade da destinação institucional do Ministério Público com a natureza do conflito de direito material passível de solução por meio de arbitragem. De acordo com o art. 1º da Lei n. 9.307/96, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Como já foi visto, de acordo com o art. 127 da Constituição, compete ao Ministério Público, entre outras funções, a defesa dos “interesses sociais e individuais *indisponíveis*”. Portanto, direitos patrimoniais disponíveis, *a priori*, estão excluídos do elenco de matérias objeto da tutela do *parquet*. É bem verdade que, em algumas situações, tem se admitido a atuação do Ministério Público na defesa de direitos patrimoniais disponíveis quando sua violação tenha dimensão coletiva e repercussão social, a exemplo do que entendem a doutrina e a jurisprudência quanto à sua legitimidade para a proteção dos interesses individuais homogêneos (como no famoso caso das mensalidades escolares⁸). Porém, em matéria de conflitos de relações laborais em que os contratos estejam em curso, é praticamente impossível identificar “direitos patrimoniais disponíveis” que possam ser objeto de arbitragem. Os casos mais comuns trazidos para mediação e arbitragem perante o Ministério Público do Trabalho dizem respeito à greve, ao pagamento de salários, à jornada de trabalho etc. Matérias que ora envolvem direitos não-patrimoniais (greve, jornada), ora direitos indisponíveis (salários)⁹. Pode-se argumentar, contra essa tese, que há hipótese clara na legislação relativa a conflito trabalhista de direito patrimonial disponível, a qual prevê inclusive o recurso à mediação e à arbitragem. Trata-se da Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, direito inclusive com *status* constitucional (CR, art. 7º, inc. XI), justificador, portanto, da atuação do *parquet*. Aqui, todavia, encontraríamos óbice de outra natureza, qual seja, a impossibilidade de conciliar o § 2º do art. 4º da Lei n. 10.101/2000 (livre eleição do árbitro ou mediador) com o princípio do promotor natural. Mas esse ponto será objeto de exame mais aprofundado no próximo item.

Outra perspectiva a demonstrar a incompatibilidade da arbitragem com a destinação institucional do Ministério Público diz respeito à natureza paraestatal do sistema arbitral. Isto é, em nosso país, com a Lei n. 9.307/96, adotou-se modelo em que a arbitragem deve necessariamente realizar-se não apenas fora do sistema jurisdicional, mas também fora do âmbito das atividades estatais, atuando o Estado apenas como força garantidora das convenções arbitrais. A esse respeito, ensina Joel Dias Figueira Junior:

“Na verdade, o processo pode realizar-se à margem de qualquer atividade estatal, como ocorre com a chamada mediação (técnica de negociação processualizada, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico convergente a um ponto comum), que leva à conciliação espontânea, onde aparece relevante a atividade dos interessados na busca da solução

⁸ Cite-se, por exemplo, a decisão do STF no RE 163.231-3/SP, DJU, 5 mar. 1997.

⁹ Para uma abordagem crítica sobre a adoção do instituto em questão para dirimir conflitos de trabalho, ver GALVÃO MOURA, Fernando; SOUSA MELO, Nelma. Arbitragem no direito do trabalho. *Síntese Trabalhista*, n. 150, p.117, dez. 2001.

comum; pode também o processo realizar-se através da intervenção estatal, materializada na decisão judicial (oriunda de magistrado inserido entre os agentes públicos da atividade jurisdicional estatal), ou, ainda, em meio aos dois pólos, realizar-se de forma paraestatal, isto é, sob os auspícios e a garantia do Estado, *mas com a decisão delegada a particular*, cujas decisões se afirmam, inclusive com sanções típicas da solução estatal, ou seja, a arbitragem (decisão por árbitro equidistante das partes, *mas desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes públicos jurisdicionais*). Tem-se, pois, fundamentalmente, as três formas de composição dos conflitos: a particular, a paraestatal e a estatal”¹⁰.

Uma simples leitura da Lei n. 9.307/96 revela como o legislador efetivamente optou pelo modelo privatista e paraestatal de arbitragem. O papel do Estado resume-se a reconhecer eficácia de título executivo (art. 31), a estabelecer as hipóteses e o procedimento para a declaração de sua nulidade (arts. 32 e 33) e a forma de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 34 e seguintes). Não há qualquer previsão expressa ou implícita para que órgãos do Estado atuem na qualidade de árbitros. Tanto assim é que o art. 17 da citada Lei, por exemplo, estabelece que “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal”. É bem verdade que em alguns artigos (por exemplo 5º e 16, § 1º) da Lei n. 9.307/96 há referência a “órgão arbitral institucional e entidade especializada”. Não nos parece, todavia, que, do ponto de vista da interpretação sistemática e mesmo literal, a expressão “órgão arbitral institucional” possa ser confundida com “órgão arbitral estatal”. Primeiro, porque a Lei de Arbitragem, em seu conjunto, não contempla a arbitragem estatal. E segundo, porque o que é institucional não precisa ser necessariamente estatal, como se dá no caso das comissões de conciliação prévia, constituídas por entidades privadas, porém reconhecidas em lei e eventualmente controladas pelo poder público¹¹. Observe-se que, se aprovada a Reforma Judiciária como se encontra atualmente, de acordo com o novo art. 116, as comissões arbitrais também serão institucionais, mas não estatais.

Por fim, mesmo que, contrariamente, se entenda que a lei contemplaria a arbitragem estatal, ainda assim dela não poderia participar o *parquet*. Pois, nesse caso, a arbitragem seria, no mínimo, considerada atividade extrajurisdicional, e o Ministério Público é parte da jurisdição (mas não do Poder Judiciário). Tanto assim é que o sistema jurisdicional não pode funcionar sem a participação do Ministério Público (Constituição, art. 127, *caput*). E, nesse particular, o exercício da arbitragem por ente do sistema jurisdicional traz graves implicações para o *parquet* e para a sociedade. Observe-se que justamente por pertencer ao sistema de jurisdição, o Ministério Público detém “poderes” de Estado típicos da atividade

¹⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. Legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999. p. 19.

¹¹ O mesmo exemplo de entidade institucional não-estatal pode ser extraído dos sindicatos no período anterior a 1988 (arts. 514 e 515 da CLT), das organizações sociais (Lei n. 9.637/98) e das organizações da sociedade civil de interesse público (Lei n. 9.790/99), criadas pela Reforma Administrativa (Emenda Constitucional n. 19). Na mesma concepção se incluem ainda os partidos políticos (Lei n. 9.096/95).

judicante, pois pode requisitar documentos, informações, depoimentos e até mesmo determinar a condução coercitiva de testemunhas¹². Todos esses poderes são incompatíveis com o exercício da arbitragem, atividade, como visto, de caráter privado. E é óbvio que em nenhuma de suas atribuições o membro do Ministério Público pode dispor de tais instrumentos de atuação.

Muito mais perigosas para os membros do *parquet* (e, em consequência, para a sociedade) são as implicações decorrentes do art. 14 da Lei de Arbitragem. Esse dispositivo determina que

“estão impedidas de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição *dos juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades*, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

Ora, como aplicar ao membro do Ministério Público os deveres e responsabilidades dos juízes (CPC, arts. 125 a 133, e LOMAN, arts. 35 a 60) se os membros da instituição são agentes políticos com estatuto constitucional próprio, gozando de garantias típicas e sujeitos a deveres e responsabilidades diversas das conferidas aos magistrados? O conflito é flagrante e insolúvel, como lembra Mazzilli:

“[...] das chamadas carreiras jurídicas, apenas a Magistratura e o Ministério Público exercem parcela direta da soberania do Estado, sendo seus órgãos agentes políticos, dotados de garantias e vedações próprias e inconfundíveis. A aplicação da lei certamente deverá impedir equiparações indevidas, tendo em vista o efeito em cadeia que uma equiparação genérica, indiscriminada e irrestrita poderia causar, em prejuízo do próprio interesse público”¹³.

Em resumo, a aplicar-se o art. 83, XI, da Lei Complementar n. 75/93, far-se-á com que o membro do *parquet* atue como um juiz “de fato e de direito” (art. 18 da Lei n. 9.307/96), desvirtuando por completo sua destinação constitucional, seja pela natureza daquela atividade, seja pelas responsabilidades e garantias afetas ao exercício da função ministerial.

2 Incompatibilidade dos princípios que regem a arbitragem (e a Lei n. 9.307/96) com os princípios institucionais do Ministério Público

Os princípios que regem o instituto jurídico “arbitragem” no sistema brasileiro são incompatíveis com a preservação dos princípios institucionais do Ministério Público, particularmente a independência e a unidade funcionais.

¹² Ver, por exemplo, o art. 8^o da Lei Complementar n. 75/93. Sobre esse ponto, vejam-se os seguintes conceitos: “A natureza jurídica das funções da Magistratura e do Ministério Público consiste no exercício de parcela direta da soberania do Estado – característica que não está, nem poderia estar presente nos demais setores do funcionalismo público comum” (MAZZILLI, op. cit., p. 348). “Embora o *parquet* tenha funções que não se confundem com as dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, é certo que também ele dispõe de uma parcela do poder estatal, que se traduz na possibilidade de promover a aplicação da lei em juízo” (GUIMARÃES JUNIOR, op. cit., p. 95).

¹³ MAZZILLI, op. cit., p. 350.

A Lei n. 9.307/96 consagrou entre nós o princípio da livre elegibilidade do árbitro, pelo qual deve haver confiança dos compromissários quanto à pessoa do “juiz de fato”. Ou, em outras palavras, estabelece-se entre os signatários do compromisso ou da cláusula arbitral relação de fidúcia pessoal para com o árbitro. Esse é, aliás, um traço distintivo da arbitragem em relação ao sistema jurisdicional de composição de conflitos, que se afirmou historicamente em torno do princípio do juiz natural, como corolário da impessoalidade da administração pública e da imparcialidade da jurisdição¹⁴.

A alegada incompatibilidade dá-se justamente aí, porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu¹⁵ que nosso sistema constitucional recepcionou não só o princípio do juiz natural, como também o do promotor natural, o qual

“consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei”¹⁶.

Isto é, a regra do promotor natural deriva não só dos princípios da impessoalidade e da imparcialidade, como do princípio da independência funcional, e assim não se coaduna com o princípio da livre elegibilidade do árbitro. Observe-se, nesse particular, o equívoco da Resolução n. 44/99 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, aprovada com o fim de “regular a arbitragem no âmbito do MPT”, a qual permitiu, em seu art. 3º, § 1º, que o pedido dos conflitantes seja distribuído a “membro escolhido”.

É bem verdade que a Lei da Arbitragem possibilita às partes delegar a escolha do “juiz de fato” a órgão ou entidade, mas esta é apenas uma faculdade outorgada aos litigantes; isto é, não há como se impor às partes que, previamente, abram mão do direito de escolher o árbitro, como se daria se o Ministério Público pudesse atuar nessa condição. Vale dizer, um tribunal arbitral (ou entidade assemelhada) pode oferecer aos litigantes duas opções: a) que escolham o árbitro em pessoa de sua confiança ou b) que deleguem essa escolha ao próprio tribunal. Nunca, porém, podem tais entidades ou órgãos restringir aos compromissários a opção a apenas uma dessas duas hipóteses (no caso, que aceitem a delegação de escolha do árbitro, como necessariamente teria de ocorrer perante o órgão do Ministério Público – se este pudesse atuar como árbitro –, em função do princípio do promotor natural). Em resumo: arbitragem em que previamente se exclui a possibilidade de escolha da pessoa do

¹⁴ Sobre as origens históricas do princípio do juiz natural, ver SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 115.

¹⁵ HC 67759, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 91. O mais completo estudo sobre o princípio do promotor natural está em Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural. Atribuição e conflito*). Rio de Janeiro: Forense, 2001), no qual inclusive pode ser encontrada a íntegra do acórdão do STF sobre a questão, referido anteriormente.

árbitro não é arbitragem. Ministério Público em que se pode escolher o membro que irá atuar não é Ministério Público. Trata-se, portanto, de duas instituições regidas por princípios completamente incompatíveis e inconciliáveis.

A ameaça ao princípio do promotor natural em procedimentos arbitrais perante o Ministério Público fica mais clara se recorrermos a exemplos concretos: suponha-se que um órgão do Ministério Público do Trabalho esteja investigando uma empresa e um sindicato, que criaram uma comissão de conciliação prévia, a qual vem lesando os trabalhadores da categoria profissional. Imagine-se que, no curso dessa investigação, ambos os investigados solicitem que o conflito seja arbitrado por outro membro, com entendimento contrário ou hierarquicamente superior ao procurador que havia iniciado o procedimento investigatório. Estaríamos, na prática, diante de uma clara “avocação” da questão. Cabe considerar que a simples alegação de que a “prevenção” do primeiro procurador resolveria o problema não tem como se sustentar. Se se admitir que o procedimento investigatório e o procedimento arbitral têm finalidades completamente distintas, é plausível que a prevenção possa ser recusada a quem competir dirimir os conflitos de atribuição. E se o conflito envolver uma cooperativa e uma empresa tomadora de serviços? Ou uma empresa de ônibus e um sindicato, os dois interessados em prolongar a greve, em prejuízo da população? (Não raro as empresas de ônibus têm interesse em prolongar uma greve para aumentar as passagens.) Enfim, são várias as situações que possibilitam uma “avocação” indireta.

Outro princípio institucional do Ministério Público colocado em risco pela arbitragem e mediação é o da unidade, pelo qual o *parquet* deve apresentar uma solução uniforme dentro do caso particular que lhe seja apresentado. Na medida em que, como visto, os procedimentos arbitral e investigatório permitem que um mesmo conflito de interesses seja examinado por dois membros, sob enfoques distintos, um mesmo caso poderá receber do Ministério Público soluções incongruentes. Veja-se a seguinte hipótese, recolhida de um caso concreto ocorrido na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região. Uma escola primária mantida por uma ONG celebrou convênio com o Município do Rio de Janeiro para atendimento de crianças em idade pré-escolar. A administração municipal era responsável pelo repasse de verbas para pagamento de salários dos professores. Em razão de dificuldades orçamentárias, o município interrompeu o repasse dos valores, resultando daí mora salarial. A Delegacia Regional do Trabalho autuou a ONG pelo atraso no pagamento de salários e encaminhou o respectivo auto de infração à Procuradoria Regional do Trabalho, onde foi instaurado procedimento investigatório. Paralelamente, o sindicato requereu “mediação” com a escola, instaurando-se outro procedimento. Observe-se que, embora os fatos sejam comuns, a natureza dos dois procedimentos é distinta, na medida em que na investigação poder-se-ia, em tese, examinar até mesmo a responsabilidade do município, enquanto na mediação seria possível solução diversa quanto ao pagamento dos salários em atraso.

Outro aspecto a ser considerado em relação ao princípio da unidade diz respeito à posição do membro do Ministério Público diante de um conflito. Suponha-se o seguinte caso de dissídio coletivo em setor essencial: trabalhadores da companhia municipal de limpeza pública entram em greve porque não estão recebendo EPIs. Observe-se que o

membro do Ministério Público está diante de interesses conflitantes, ambos de ordem pública (a saúde dos trabalhadores e a saúde da população). Imagine-se que o procurador designado para atuar como mediador, apesar dos esforços, não consegue compor o conflito. Decorridos alguns dias, com os serviços de coleta de lixo paralisados e frustrada a mediação, o membro do *parquet* decide instaurar dissídio coletivo, nos termos do art. 83, VIII. Ora, como é que se preservará a unidade de sua atuação se, tendo atuado inicialmente com neutralidade em relação ao conflito, logo em seguida se transformará em parte no processo?

Não cabe aqui a contra-argumentação de que idêntica situação ocorre nos procedimentos investigatórios encerrados mediante a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta. Nesses procedimentos, o membro do *parquet* não funciona previamente como *tertius*. Não há “negociação”, no sentido de que denunciante e denunciado admitem concessões recíprocas. Aliás, muito menos o membro do *parquet* pode admitir qualquer transigência com os termos da lei, tolerando apenas o prazo e algumas condições para adequação aos ditames legais.

3 Incompatibilidade da mediação com a atividade ministerial e inexistência de autorização legal para o exercício da função

Além de todas as razões apresentadas nos itens anteriores, que igualmente justificam a incompatibilidade da mediação com a destinação constitucional e com os princípios institucionais do Ministério Público, há ainda outra, que embora singela, não deixa de ser irrefutável: não existe qualquer autorização legal para que o membro do Ministério Público atue como mediador.

Inicialmente, não há como se admitir que a mediação esteja incluída implicitamente no inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, pois, como já se disse anteriormente, mediação e arbitragem são institutos jurídicos completamente distintos, que não se confundem.

De outro lado, a falta de atribuição legal ao *parquet* para atuação como mediador não pode ser interpretada como inexistência de vedação a essa atividade no Ministério Público. Primeiro, porque em se tratando de função ministerial não prevista na Constituição, deverá necessariamente ser instituída por meio de lei¹⁷. Segundo, porque o princípio da legalidade (CR, art. 37, *caput*) só permite à administração pública agir quando expressamente autorizada por lei, ao contrário da regra prevalente no direito privado:

“quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido”¹⁸.

¹⁷ “A norma de encerramento permite à lei infraconstitucional atribuir-lhe outras funções [...]” (MAZZILLI, op. cit., p. 409).

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

Observe-se que inexistem qualquer lei geral prevendo a mediação como forma de atuar da administração ou mesmo como técnica de intervenção junto aos administrados. Quando o legislador quis dotar a administração desse instrumento, o fez de forma específica, como no caso do Decreto n. 88.984, de 10 de novembro de 1983, que criou o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho.

Por último, para reforçar a incompatibilidade da mediação com o princípio institucional da unidade, recorreremos a mais um exemplo. Como poderá o Ministério Público impugnar uma cláusula convencional manifestamente ilegal resultante de acordo coletivo que contou com a mediação de um membro do *parquet*? Lembre-se que, na mediação, o “mediador” apenas procura aproximar e conciliar as partes em conflito, não podendo “decidir” nem se responsabilizar pelos termos eventualmente ilícitos do resultante acordo.

4 Aspectos políticos da mediação e da arbitragem no Ministério Público do Trabalho

Pode-se defender que, do ponto de vista político-institucional, não conviria ao Ministério Público do Trabalho perder ou abrir mão de uma das funções que lhe foram atribuídas pela Lei Complementar n. 75/93. Afinal, a instituição ainda luta por se afirmar perante a sociedade, como também entre os demais ramos do *parquet* no Brasil. Porém, cremos que o exercício de função incompatível com sua destinação constitucional é, em si, politicamente prejudicial para o relacionamento do Ministério Público do Trabalho com a sociedade civil. Não só em função dos citados riscos para as garantias e os princípios que regem a instituição, como também e sobretudo para a postura que o órgão deve assumir diante dos conflitos de trabalho: será que devemos conceber a instituição como órgão de *enforcement* da legislação trabalhista e de afirmação da cidadania no trabalho ou, ao contrário, optaremos por voltar nossa atenção às idéias estadonovistas de solução estatal dos conflitos laborais? Será que devemos procurar nos aproximar do perfil constitucional do novo Ministério Público ou preferiremos nos orientar pelas idéias que engendraram a Justiça do Trabalho nos anos 30/40?

De outra parte, a possibilidade de ameaça aos princípios do promotor natural e da unidade, por sua vez, podem contribuir para o enfraquecimento interno da instituição, já que as situações descritas devem levar a conflitos de atribuição e desgastes entre os membros e órgãos ministeriais.

Outro ponto a ser considerado diz respeito ao prejuízo que as atividades tradicionais do *parquet* poderiam sofrer com a arbitragem. Considerando que a Reforma do Judiciário, como visto, muito provavelmente instituirá a arbitragem como uma das formas de composição de conflitos trabalhistas, é certo que serão criadas entidades arbitrais privadas para esse fim, as quais necessitarão de uma fonte de custeio, podendo cobrar determinados valores de quem a elas recorrer¹⁹. Como o Ministério Público jamais poderá cobrar qualquer

¹⁹ “Embora o juízo arbitral possa ser um ‘processo’ relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários dos árbitros” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 82).

valor pelo exercício de suas atribuições (CR, art. 128, § 5º, II, “a”), é certo que deverá ocorrer uma tendência de assoberbamento dessa atividade nas Procuradorias Regionais do Trabalho, já que, obviamente, todos preferirão um serviço gratuito de reconhecida idoneidade. Com isso, veremos um extraordinário aumento de despesas para a manutenção de atividade que sequer se insere entre as prioridades institucionais. Ainda que a arbitragem trabalhista não seja incluída na Reforma do Judiciário, mesmo no presente não parece razoável manter um aparato administrativo para resolver questões de direito patrimonial, como o referido exemplo da participação nos lucros e resultados. Lembre-se mais uma vez a experiência de Mazzilli:

“Certo é que todas as hipóteses de atuação ministerial devem mesmo ser sempre questionadas e repensadas, porque o Ministério Público de hoje, com tantas e tão graves atribuições coletivas e sociais, vez ou outra está direcionado para algumas atribuições de pouca ou, em alguns casos, talvez de nenhuma repercussão pública ou coletiva [...]”²⁰.

Ou seja, do ponto de vista político e institucional, há mais a perder do que a ganhar com o exercício da arbitragem no Ministério Público do Trabalho.

Para terminar, uma reflexão: quando alguém cria algo absolutamente inovador, utilizando-se de sua criação contra a corrente geral, deve este alguém se indagar se está diante de uma invenção genial ou de uma simples excentricidade. Acredito que a arbitragem no Ministério Público, a despeito de seu ineditismo, encaixa-se na segunda hipótese.

²⁰ MAZZILLI, op. cit., p. 356.