

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JAIME DE AQUINO DAMASCENO NETO

ARBITRAGEM INDIVIDUAL NO PROCESSO DO TRABALHO

ARACAJU-SE

2015

JAIME DE AQUINO DAMASCENO NETO

ARBITRAGEM INDIVIDUAL NO PROCESSO DO TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao curso de Direito do Núcleo de Ciências Jurídicas, da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FENASE, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Marcelo de *Macedo Sschimmelpfeng* -
Orientador

ARACAJU-SE

2015

ARBITRAGEM INDIVIADUAL NO PROCESSO DO TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Marcelo de *Macedo Sschimmelpfeng*

Orientador

Olavo Pinto Lima

Examinador

Flavia Moreira Pessoa

Examinador

Aracaju/SE, 11 de maio de 2015

Este trabalho é dedicado em primeiro lugar a Deus...sem ele para me guiar não chegaria ao alcance de mais uma jornada, a minha família pela grande compreensão nos momentos da minha ausência, e, a todos meus amigos que contribuíram para seguisse nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho de finalização de curso, culminou 5 anos de resultados positivos, mas também de muitos desafios e obstáculos no meu Bacharelado em Direito, é algo que só foi presumível não só de concretizá-lo, mas, também, de me propor bases curriculares para exercer a profissão de Advogado com excelência e competência. No entanto, para que fosse possível atingir este ponto da minha vida, foi imperioso o apoio dos meus familiares.

Em primeiro momento agradeço aos meus pais Edson Suedde de Oliveira e Denise Damasceno Suedde de Oliveira por todo apoio, motivação que sempre me prestaram para superar esses anos enquanto discente do curso de Direito. Arelado a eles, e não menos importantes agradeço ao meu irmão que nunca deixou descurar dos meus objetivos acadêmicos e/ou profissionais.

A minha filha Lara Santana Suedde de Aquino que é a maior razão para esta minha realização, pois o maior presente que um homem pode ter é ser PAI e, sobretudo servir de exemplo.

Agradeço em especial a Vanessa Santana de Aquino, minha esposa, companheira e amiga, pela compreensão, carinho, amor e dedicação, por esforçasse em entender o quanto esta conquista é importante para o nosso futuro.

Não podia deixar de falar dos amigos do que sempre permaneceram ao meu lado, impulsionando e sustentando não só nesta jornada como em tantas outras.

A todos os professores da FANESE do curso de Direito pela colaboração, apoio e dedicação para que eu pudesse impetrar os objetivos deste trabalho.

Enfim a todas as pessoas que fizeram parte da minha caminhada e acreditaram no sonho de que tudo é possível com esforço e dedicação.

A mais distante meta é atingida porque tem sábia esperança. Para encontrar o caminho, não importa tanto onde se esteve, mas sim, aonde de quer chegar (autor desconhecido).

(...) todo amanhã se cria num ontem, através de um hoje (...). Temos de saber o que fomos, para saber o que seremos”

(PAULO FREIRE)

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso buscou fazer uma pesquisa referente à Arbitragem Individual no Processo do Trabalho, procurando fazer uma retrospectiva histórica da evolução do Instituto, bem como perpetrar um estudo sobre seus conceitos. Buscou-se verificar a natureza jurídica, os direitos patrimoniais disponíveis, as espécies de convenção de arbitragem o emprego da arbitragem e sua real importância. Também foram objetos de estudo os cumprimentos da cláusula arbitral, arbitragem nos dissídios trabalhistas coletivos, arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais. Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizado o método indutivo, procurando através do estudo histórico do instituto da arbitragem, de seus conceitos, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o momento da pactuação da arbitragem, examinar o que aflige o Poder Judiciário, e que mediante o estudo dos princípios do acesso à justiça e o da autonomia da vontade, verificar que o instituto da arbitragem é verdadeiramente um meio alternativo de solução de conflitos nas lides contratuais. Este trabalho possibilitou a conclusão de que o poder estatal não mais consegue acolher aos reclames da sociedade referente à luz da justiça, fazendo acreditar que o instituto objeto de estudo, é capaz de atender a demanda da sociedade, que busca um meio alternativo para solução de seus dissídios.

Palavras-chave: Contratos. Arbitragem. Solução de Conflitos.

ABSTRACT

This Labor Completion of course tried to do a research regarding the Individual in Labour Arbitration Procedure, seeking to make a historical retrospection of the development of the Institute as well as perpetrating a study of its concepts. We sought to verify the legal status, the property rights, the species of arbitration of employment arbitration and its real importance. Were also objects of study greetings arbitration clause, arbitration in collective labor disputes, arbitration in individual labor disputes. For the development of this work, we used the inductive method, looking through the historical study of the concept of arbitration, its concepts, the unavailability of labor rights and the timing of the pact of arbitration, examine what ails the judiciary, and through the study of the principles of access to justice and the autonomy of the will, verify that the institution of arbitration is truly an alternative means of resolving disputes in contractual labors. This work led to the conclusion that state power can no longer accommodate the reclaims society concerning the light of justice, making believe that the institute study object, is able to meet the demands of society, seeking an alternative means for solving their disputes.

Keywords: Contracts. Arbitration. Resolution of Conflicts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. CONCEITO DA ARBITRAGEM.....	10
1.1. Evolução Histórica do Instituto da Arbitragem.....	12
1.2. Natureza Jurídica.....	13
1.3. Os Direitos Patrimoniais Disponíveis.....	17
1.4. Das Espécies de Convenção da Arbitragem.....	20
1.5. Da Execução da Cláusula Arbitral.....	21
1.6 Da Arbitragem x Mediação x Conciliação.....	23
2. ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO.....	25
2.1. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Coletivos.	25
2.2. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Individuais.....	27
3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS....	32
3.1. Da indisponibilidade dos direitos trabalhistas	33
3.2. Do momento da pactuação da arbitragem.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	40

INTRODUÇÃO

O homem vem buscando há séculos inúmeras formas para aplicação do direito, eliminando deste modo os conflitos e sucessivamente aspirando à sociedade ao bem comum. Todavia, é importante ressaltar que o conflito é intrínseco, isto é, está ligado à condição humana no convívio social, sobretudo perante as numerosas imprescindibilidades do homem e da insuficiência dos benefícios constante na sociedade. Portanto, a partir daí, o Direito nasceu como um instrumento essencial para a regulamentação dos conflitos, propendendo à prevenção da consonância social.

No entanto, é conhecido que ainda prepondera uma intransigência das pessoas com relação ao Poder Judiciário. Com o advento da globalização, onde passamos a conviver com um conjunto de transformações de ordem política e econômica mundialmente visível desde o final do século XX, as informações se difundem em passo acelerado e deliberações devem ser tomadas de forma ágil. Desse modo, o Judiciário, encontra-se impossibilitado de atender a todas essas demandas de maneira adequada.

Diante do exposto, é possível observar que os Tribunais encontram-se abarrotados de processos, suas decisões nem sempre são prolatadas no devido momento, podendo uma lide se submergir por muitos anos até que seja resolvida. Entretanto, muitas vezes o julgador não é especialista na matéria que está tratando, deixando de decidir de forma técnica.

Apesar deste julgador não ser especialista da área demandada, este é o único instrumento como forma alternativa para que ocorra a solução dos conflitos, ou seja, uma forma mais rápida e técnica para que se obtenha uma resposta célere e, sobretudo analisada tecnicamente.

Por ser um meio privado de resolução de conflitos, as partes, por força do princípio da autonomia da vontade, além de optarem ou não pela utilização da arbitragem, podem escolher os árbitros e as regras que esta última deverá seguir.

Para o judiciário a grande prerrogativa dar-se por meio das partes, que tem a probabilidade de escolher os árbitros, tendo em vista que estes comumente são especialistas da matéria que será altercada, além de possuir a expertise e know-how, isto é, está diretamente relacionado com inovação, habilidade e eficiência na execução de determinado questão demandada.

Todavia, uma vez que o magistrado e/ou painel arbitral, constituído por um número ímpar de juízes, poderão ficar perpetuado a um prazo para que prolate a sentença arbitral, mas, só incidirá se as partes concordarem. Portanto, uma vez que sejam acatadas as determinações e que estas atendam as expectativas em analogia com a duração do procedimento arbitral, ocorrência que dificilmente incidiria no Judiciário.

Desse modo, podemos dizer com propriedade que a presteza do procedimento arbitral diz respeito ao laudo arbitral, tendo em vista que este é irrecorrível, contestando as diversas soluções que podem ser introduzidos no Judiciário, e considerados um título executivo judicial pelo Código de Processo Civil Brasileiro.

É importante ressaltar que a arbitragem é um processo sigilado, ou seja, não público, ficando a cargo das partes a decisão de divulgar quaisquer informações. No Judiciário, por outro lado, o processo pelo regulamento é público, só podendo ser decretado confidencial nos casos elencados em lei e desde que o magistrado defira o pedido.

1. CONCEITO DE ARBITRAGEM

Conforme, Mercadante apud Cachapuz “arbitragem” é derivada do latim ‘arbitrer’ (juiz, louvado, jurado), sendo especialmente empregada na linguagem jurídica para significar o procedimento utilizado na solução de litígios. (2000, p. 21).

Para Carmona (1993, p.19) informa que:

A arbitragem, de forma mais ampla, é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Destaca Muniz (1999, p.40) que para definir a arbitragem, basta adotar por fundamento suas principais características que manifestam seu diferencial, sendo elas: sua base contratual, pois o instituto da arbitragem é fundado sobre o acordo das partes envolvidas, também seu aspecto jurisdicional, pois é uma forma de solução de conflitos em que um terceiro, imparcial, se pronunciará a respeito da lide, substituindo a jurisdição do Estado.

Ensina Cachapuz (2000, p. 22) que a arbitragem:

[...] “é um meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontado com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário”.

O Juiz arbitral é considerado uma justiça de técnicos, pois quando atendido o pressuposto o da capacidade civil, as partes poderão escolher livremente os árbitros a quem confiem para que deem a solução da lide. (MORAIS, 1999, p.188).

1.1 Evolução histórica do Instituto da Arbitragem

A arbitragem visa estabelecer analogia transigindo a mediação, no que tange conflitos, ou seja, por meio da medida de alternância é observado o crescimento do mesmo em total proeminência.

O instituto da arbitragem relaciona juntamente com a conciliação e a mediação, no que se refere ao conjunto dos meios alternativos à medida judicial na solução de conflitos, meios que vêm desenvolvendo em relevância em face seriedade da efetividade dos direitos, por vezes afastada pela tutela jurisdicional tardia.

Todavia, a arbitragem nada mais é que um instituto de solução de discussões já utilizado há tempos pelo homem, sendo suas referências mais antigas datadas de 3.000 anos antes de Cristo.

Assim, vale lembrar que nos tempos dos babilônios, utilizavam da arbitragem para solucionar conflitos de importância tanto no âmbito interno, quanto externo, em semelhança às cidades/estados.

A arbitragem apresentou um consistente desenvolvimento na Grécia, em especial nas relações ligadas ao Direito Internacional.

Portanto, o real desenvolvimento da arbitragem aconteceu na Grécia Antiga, e, este crescimento apresentou resultado principalmente o que diz respeito ao Direito Internacional, assim, foi possível tratar de questões provenientes das diferenças raciais e religiosas, com destaque para os Bárbaros e estrangeiros, os quais eram desprovidos de quaisquer direitos.

Desse modo, ainda na Grécia no período Justiniano, foi possível ratificar o emprego da arbitragem ligado às diferenças relacionadas ao preço de venda, compra e locação, pois estes possuíam a decisão arbitral de valor próprio.

A arbitragem desenvolveu-se com destaque na área de comércio exterior, mais precisamente em Roma, onde a justiça prevalecia apenas para sacerdotes e nobres, tendo em vista o descumprimento da sentença arbitral.

Somente no final do Século XVIII, com o proeminente aumento das relações internacionais, a arbitragem passou por consistente evolução. Surgindo nessa época o Tratado de Jay, também conhecido como Tratado de Londres de 1.794, o qual, além de reestabelecer as relações políticas e econômicas entre os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha, adotaram a arbitragem para dirimir todas as controvérsias entre os dois países.

Com a sua expansão, importantes instituições surgiram, contribuindo ainda mais para sua disseminação. Podemos citar a Câmara de Composição de Nova Iorque, fundada em 1.768 e visando litígios comerciais, e a *American Arbitration Association*, encarregada de propagar a prática da arbitragem na resolução de conflitos.

1.2. Natureza jurídica

A doutrina não é serena, ou seja, não se acomoda, pois representa um conjunto de princípios e proposta que serve de começo e/ou base visando o crescimento e a evolução de um sistema. Logo, havendo diversas posições quanto à natureza jurídica do instituto, que a classificam como contratual jurisdicional ou mista.

Segundo a teoria contratualista, a natureza jurisdicional da arbitragem está afastada por que: (a) está vinculada à autonomia da vontade das partes contratantes, enquanto a jurisdição repousa na soberania do Estado; (b) o árbitro não tem poder de império; (c) a sentença arbitral não se aperfeiçoa sem a atuação da jurisdição na fase

de execução; (d) a celebração da convenção de arbitragem é pressuposto essencial do instituto.

A jurisdicionalidade da arbitragem, segundo a teoria jurisdicional, repousa nas atribuições de julgar litígios, que ao árbitro são conferidas, proferindo sentenças revestidas da qualidade de título executivo judicial. Ressalte-se que as sentenças arbitrais não se submetem à homologação judicial, o que reforça a sua força coativa independentemente da chancela estatal. Sem contar que ao árbitro aplicam-se os mesmos casos de impedimento e suspeição de juízes, conforme preconiza o artigo 14 da Lei n. 9.307/96.

Para a teoria mista, a primeira fase da arbitragem é contratual, tendo como base a convenção arbitral que decorre do acordo de vontade. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie, sendo certo que sua decisão é dotada de força coercitiva, gera trânsito em julgado, é um título executivo judicial e põe fim ao litígio como uma sentença judicial.¹

Quer nos parecer que a teoria mista é a que melhor compreende o instituto da arbitragem, uma vez que as premissas para o seu enquadramento no âmbito da dicotomia do direito público ou privado se revelam precárias e insuficientes diante da complexidade dos fenômenos sociológicos e jurídicos atuais.

Como uma vicissitude de dissolução de conflitos que evadissem a morosidade do sistema judicial brasileiro, foi editada a lei 9.307/96, popularmente conhecida como lei de arbitragem. A arbitragem é um meio de solucionar litígios por heterocomposição, na qual as partes escolhem um terceiro, o árbitro, onde o conflito pode ser apenas previsível ou posteriormente instaurado, o Estado não interfere, porém por força de lei concede a tutela na decisão final.

Conforme dito, as partes esperam pela solução de seu litígio por um terceiro por elas escolhido, o árbitro. Este árbitro produzirá uma decisão que deverá ser cumprida obrigatoriamente pelas partes, independentemente de homologação

¹ <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/raphaelsznajder02.pdf>

judicial, sempre pautando sua atuação pela imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção².

Neste mesmo diploma em seu artigo 1º a arbitragem só pode ser por pessoas civilmente capazes para contratar, tendo seu objeto limitado a matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Deste modo intitulam-se possuidoras da faculdade à utilização as pessoas físicas capazes e as jurídicas.

Destaca-se que com a criação do processo arbitral criou-se processos agis e flexíveis adaptando-se as necessidades de cada caso, sem a perda dos seus princípios básicos do contraditório e à ampla defesa.

Das características da arbitragem que as definem são: a celeridade, a informalidade do procedimento; a confiabilidade; a especialidade; a confidencialidade ou sigilo e a flexibilidade.

A Análise da evolução conceitual e histórica da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro há de ser antecedida com a visão da sua prática pelos povos antigos.

A maioria dos doutrinadores afirma ser inútil procurar compreender a arbitragem nas civilizações do passado, em face das diferentes configurações que cada uma assumia como via de solução de conflitos.

Quando o Estado ainda não existia, como poder político, todos os conflitos eram resolvidos pelos próprios interessados, ou por grupo a que essas pessoas pertenciam, sendo a transição dessa evolução da justiça privada para justiça pública um lento processo.

A origem da arbitragem está nos costumes, conforme estudos, este apareceram há pelo menos 3.000 a.c, existindo solução amigável no Egito, Assíria, Babilônia, Kheta e entre os hebreus que resolviam suas contendas de direito privado com formação de um Tribunal Arbitral.

² CARDOSO, Oscar Valente. [Lei de Arbitragem: aspectos gerais](#). Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2452, 19 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14531>>. Acesso em: 05 abr. 2014

Desde a época em que o país foi subjugado à colonização portuguesa, por meio das Ordenações Filipinas, que valeram posteriormente a proclamação da República, por meio da doutrina brasileira foi possível à identificação da arbitragem.

O surgimento da arbitragem ocorreu pela primeira vez na Constituição do Império de 22 de março de 1824, onde seu art. 160 estabeleceu que as partes pudessem nomear juízes/árbitros para decidir processos litigiosos cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso se as partes, no particular, assim convencionassem.

Três correntes principais que arriscam determinar a natureza jurídica da arbitragem: a primeira delas é a Corrente Contratual ou Privatista, que acreditava que a arbitragem teria natureza contratual privada, pois haveria necessariamente um contrato estabelecido entre as partes para a sua instituição, além disso, afirmava ser caráter privado, haja vista que o árbitro não é um membro do poder judiciário, e dessa forma a sua função não poderia ser pública, tal como um juiz.

A outra corrente denominada Corrente Jurisdicional ou Publicista acreditava que o árbitro, tal como o juiz de direito, tem a função judicante, ou seja, ambos têm o poder de aplicar o direito ao caso concreto. Afirmavam também que, a jurisdição não se daria somente no âmbito do Estado, podendo ainda ser exercida pelo árbitro, este que não é compelido de condição de agente público. No entanto, alegam que o exercício da arbitragem se revelaria numa autêntica participação popular na administração da Justiça, o que não prejudicava o caráter público da atividade julgadora.

Por fim, a Corrente Mista ou Híbrida mistura conceitos de ambas as correntes anteriormente mencionadas. Assim, acreditavam que a arbitragem possuiria seu aspecto contratual, pois no momento de sua adoção haveria a necessidade de uma convenção pelas partes, mas, não negavam que sua função fosse judicante, ou seja, acreditavam que o papel do árbitro se assemelhava com de um juiz³.

³ <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8973>

Sobre a corrente jurisdicional, Carlos Alberto Carmona Destaca: ⁴

“O artigo 32º determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial”.

Da retirada da obrigatoriedade de homologação pelo judiciário das sentenças arbitrais, entende por este autor que o legislador faz sua opção por esta teoria.

Amparando à teoria mista sobressaímos Sergio Pinto Martins, onde afirma que “à arbitragem tem natureza de justiça privada, pois o árbitro não é funcionário do Estado, nem esta investido por este de jurisdição, como ocorre com o juiz” ⁵.

Entendendo que, pela arbitragem envolver jurisdição contenciosa, vez que dependem das partes, contraindo, lide, contraditório e coisa julgada da decisão arbitral, em que pese contrair também natureza contratual, onde se leva em consideração o ajuste de vontades das partes, dispondo o arbitro para a solução do conflito. ⁶

1.3. Os Direitos Patrimoniais Disponíveis

Diante do fulcro no Art.1ª da Lei 9.307/96, podem ser matéria de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis.

Refere-se a direitos patrimoniais disponíveis que, em definição generalizada são aqueles direitos que tem valor econômico e que podem ser objetos de livre transação ou de livre alienação. São direitos sobre os quais o seu proprietário pode renunciar e transacionar e, portanto, também objetos de contratos.

⁴ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 38

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 18 ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002. p. 86-87.

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 18 ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002. p. 86-87

A doutrina majoritária define os direitos patrimoniais como o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente.⁷

A noção de patrimônio, ao contrário do que se possa induzir, não está adstrita aos bens corpóreos – materialmente perceptíveis – (móveis ou imóveis), englobando uma gama de relações jurídicas, desde que sejam avaliáveis em pecúnia.

Nessa linha, [...] “patrimônio é o conjunto de relações jurídicas imputáveis a um titular e suscetíveis de avaliação econômica” (Ruggiero, *apud* Fachin, 2001, p. 64,).

Segundo Caio Mário (2004, p. 391), é o “complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente”. Nessa senda vão diversos autores, como Arnold Wald e Orlando Gomes.

Tais conceituações, todavia, ressaltam a divergência doutrinária derredor dos elementos que efetivamente integrem a esfera patrimonial: se bens apenas, se direitos apenas, se bens e direitos ou ainda se coisas, bens e direitos.

Para Caio Mário (2004), a conceituação por ele abordada tem o mérito de abranger, como elementos, como conteúdo do patrimônio não só os direitos como os bens, por conta da expressão “complexo de relações jurídicas”.

Aprofundando o grau de atuação da arbitragem, se faz necessário a compreensão das formas que são vedadas pela lei, enfatizando os direitos indisponíveis.

Direitos indisponíveis são aqueles irrenunciáveis, intransigíveis, imprescritíveis e com relação ao qual a revelia não se induz, nem a confissão produz efeito.⁸

Para Rodrigues Bastos, um direito deve considerar-se indisponível quando: “O seu titular não poder privar-se dele por simples acto de sua vontade”

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 05.abr.2014

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2. ed. Campinas: Servanda. 2007. p. 210.

Para Ana Prada indisponível é:

“é o bem ou direito de que o respectivo titular não pode dispor, ou porque a lei determina que esse seja, temporária ou definitivamente, o seu regime, ou porque, por sua natureza, não é alienável.”

Para Carlos Alberto Carmona, será disponível um direito quando:

“Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”.

No ordenamento jurídico podemos encontrar de forma dispersa os direitos indisponíveis, alguns destes previsto no texto constitucional devido à importância e relevância que possuem. No entanto não se pode falar de forma taxativa sobre os direitos indisponíveis visto que o ordenamento jurídico não o faz, toda via é evidente a preocupação do legislador em apontar rumos para sua identificação.⁹

Dos direitos indisponíveis podemos destacar os relativos à personalidade. Na legislação brasileira, embora os direitos da personalidade já fosse assunto tratado pela doutrina à época da formulação do Código Civil de 1916, este não trouxe dispositivo expresso sobre o tema. Com a Constituição Federal de 1988, os direitos individuais concebidos como fundamentais consagram-se através do artigo 5º, o qual expressa garantias tais como o direito à vida, à integridade física, à liberdade de manifestação religiosa, artística, intelectual e científica, à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Referido artigo, apesar de enumerar as garantias individuais ao longo de seus vários incisos, não representa uma lista exaustiva impassível de uma interpretação extensiva. Ao contrário, os princípios constitucionais permitem a priorização do valor da pessoa humana em todos os aspectos, e a pessoa

⁹ - MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 18 ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002. p. 86-87

jurídica no que couber, sendo sempre possível assegurar ao indivíduo a efetivação dos seus direitos da personalidade.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, os direitos indisponíveis são: ¹⁰.

“Os direitos concernentes às pessoas do Estado, conceitualmente direitos indisponíveis são aqueles cuja realização interessa à própria sobrevivência e manutenção da sociedade. Trata-se dos chamados direitos da personalidade (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado, etc.). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não tem disponibilidade de seus próprios interesses.”

Conclui-se desta forma que a arbitragem possui matéria limitada para sua atuação, somente sendo possível diante de um bem jurídico que não possua limitação estabelecida em norma cogente.

1.4. Das Espécies de Convenção da Arbitragem

Por meio da convenção de arbitragem que as pessoas livres e voluntariamente poderão resolver suas controvérsias referentes à direito patrimonial disponível, deixando clara a essência imposta por este instituto que presa à autonomia da vontade das partes.

É a Convenção de Arbitragem que outorga jurisdição ao árbitro. Neste sentido acentua Carlos Alberto CARMONA que “a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere aos litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são o de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.”¹¹

¹⁰ CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32.

¹¹ Carlos Alberto CARMONA, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2ª ed., p. 89, 2004.

De modo a esclarecer, que é da essência da vontade entre as partes que surge a convenção arbitragem. Destaca Alexandre Câmara seguinte: ¹²

“Vale lembrar, porém, que no contrato de adesão o aderente simplesmente se submete às cláusulas impostas pelo proponente, o que nos leva a crer que, em muitos casos, o contrato só será celebrado se o aderente assinar também o documento anexo que institui a cláusula compromissória (ou dê sua assinatura ou visto especialmente para a cláusula compromissória constante, em negrito, do instrumento do contrato). Será assim, fundamental que o judiciário coíba abusos, assegurando que só se submeterá à arbitragem aquele que livremente optou por esta forma de solução de seus conflitos”.

A convenção de arbitragem pode dispor de seus efeitos por duas vias, optando pela clausula compromissória ou compromisso arbitral.

Destaca Marcio Yoshida:

“Com esteio na conjugação dos artigos 1º, 3º, 13 e 18 da lei 9.307/96 é possível definir a arbitragem como uma modalidade de solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, fixada através de cláusula compromissória e/ou compromisso arbitral, que submete a qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, a prerrogativa de proferir decisão não sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”.

Quanto a clausula compromissória ela se da antes da existência do conflito, as partes preteritamente vinculam sua relação jurídica pertinente a determinado contrato, que na ocorrência de algum descontentamento que este venha ser resolvido através do procedimento arbitral e não pelo poder judiciário. Pacto realizado entre as partes que tem como obrigatoriedade estar presente no corpo do contrato e lavrada a termo ou em documento anexos, comprometendo-se a resolução dos litígios através da Arbitragem.

O compromisso arbitral se da através de um conflito já iniciado onde as partes em litígio renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a submeter-se a decisão dos árbitros por eles indicados, através da via arbitral.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei n° 9.307/96. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 23.

Em ambos os casos, nos termos do artigo 267, VII do Código de Processo Civil brasileiro,¹³, a convenção de arbitragem funciona como meio normalmente privado alternativo ao judiciário para extinção de eventual processo, tanto para as pessoas jurídicas como para as pessoas físicas, uma forma extrajudicial de solucionar os litígios sem a necessidade de passar pelo judiciário. Apresentando uma conclusiva ruptura com o formalismo processual atribuindo agilidade e liberdade das partes para conciliar o litígio e ou julgamento do mesmo através de uma sentença arbitral.

1.5. Da Execução da Cláusula Arbitral

Uma vez preenchidos os requisitos do artigo 10º da lei 9.307/96 a cláusula arbitral pode ser presente no determinado contrato.

Vislumbrando a resistência por algumas das partes pelo cumprimento da arbitragem, poderá valer-se a outra da Ação Judicial prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem para viabilizar a instauração do procedimento. Vejamos:

“Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

¹³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Último acesso em abril de 2014.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.”

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Diante dos elementos convencionados pela Lei 9.307/96, ficam as partes vinculadas ao cumprimento da lei, conforme artigo exposto, a eficácia e legitimidade ao acordo arbitral estabelecido previamente.

1.5. Da Arbitragem x Mediação x Conciliação

Como medida de resolução de conflitos a mediação é uma forma de autocomposição tendo as partes que ceder em seus interesses individuais parcial ou em sua totalidade visando a resolução do litígio, esta conduzida por terceiro imparcial entre as relação tendo este apenas a função de direcionar e conduzir sem imposição ou poder de decisão buscando ajudar a chegada de um denominador comum sem a necessidade do acionamento ao Estado-Juiz.

JOÃO ROBERTO SILVA ensina que na mediação “não há imposições de sentenças ou laudos; o mediador auxilia as partes a acharem seus verdadeiros

interesses e preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham”.¹⁴

Nesse mesmo sentido, Rodrigues Júnior aduz o que se segue:

“A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo”. (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p. 50).

O autor Juan Carlos Vezzulla a define como:

“Técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem”. (VEZZULLA, 1998, p. 16).

A conciliação meio alternativo de resolução de conflitos através de um terceiro conciliador neutro e imparcial que direciona e impulsiona a resolução da incontroversa questão entre as partes através da autocomposição buscando a harmonização das relações. Por sua vez esta já em fase judicial tem-se como detentor deste papel o juiz, com fulcro no art. 125, diz que é dever do juiz “tentar a qual quer tempo, conciliar as partes”.

De Plácido e Silva (1978, p. 381), define a palavra conciliação da seguinte forma: “Conciliação derivado do latim conciliatio, de conciliare (atrair, harmonizar,

¹⁴ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo. Ed. Paulisanajur. 2004

ajuntar), entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo negócio, ponham fim à divergência amigavelmente.”

Já na definição do Conselho Nacional de Justiça, conciliação é “um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (conciliador), a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo”.
(online)

Dinamarco (2005, p. 138) afirma:

“Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade”.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 32),

“A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também à gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional)”.

2. ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

2.1. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Coletivos

Em se tratando de direito coletivo do trabalho, não há dúvida consistente acerca da efetiva validade do mecanismo arbitral na busca de solução de conflitos coletivos trabalhistas.

Visto que a própria Constituição faz expressa referência à arbitragem facultativa como vínculo para a resolução de disputas coletivas no mercado de trabalho. Subscrito de forma clara, nos §§ 1º e 2º do artigo 114.

[...]

§1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Diante da abertura de tal preceito pela constituição, alguns diplomas legais vieram por referenciar sobre o processo arbitral no plano juscoletivo. Tem-se a Lei 7.783/89 -Lei de Greve – que, em seu artigo 7º, dispõe que:

Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

A Lei 10.101/2000 – que trata da participação do trabalhador nos lucros da empresa - traz a seguinte previsão em seu artigo 4º:

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

I-mediação;

II-arbitragem de ofertas finais

[...]

Compreende Mauricio Godinho Delgado:¹⁵

A arbitragem no Direito Coletivo resulta de deliberação das partes coletivas trabalhistas, no contexto da negociação coletiva. Autorizado pela negociação coletiva, esse tipo de laudo arbitral (que não se confunde com o produzido no âmbito das relações meramente bilaterais de trabalho) dá origem as *regras jurídicas*, isto é, dispositivos gerais, abstratos, impessoais e obrigatórios no âmbito das respectivas bases coletivas representadas.

Fica claro que deste modo à arbitragem pode ser utilizada como forma de solucionar questões relativas a dissídios coletivos, jurídicos e econômicos, seu entendimento é pacífico obviamente pela previsão constitucional dada ao tema.

2.2. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Individuais

No que diz respeito sobre a arbitragem nos dissídios individuais existe verdadeira celeuma, tanto jurisprudencial como doutrinária. Destaca Rodolfo Pamplona Filho, “não há, porem uma lei específica da Arbitragem Trabalhista, o que, sob nosso prisma focal, seria o ideal, tendo em vista as peculiaridades próprias da relação jurídica laboral, notadamente o que chamamos de “alta carga de eletricidade social do vínculo empregatício”

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho.8.ed. São Paulo: Ltr.2009, p.1331

Devemos então destacar do seu cabimento ou não os argumentos apresentados por ambas as correntes, e em fim, produzir uma conclusão lógica a cerca do tema.

Das correntes favoráveis à arbitragem nos litígios trabalhistas na condição de direitos individuais, caminham pela ideia da indisponibilidade relativas dos direitos individuais do trabalhador. Isso porque o artigo 1º da Lei 9.307/96 restringe a arbitragem aos litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

A partir deste viés há quem entenda que, em virtude do Princípio irrenunciabilidade vigente no Direito do Trabalho estaria vedada a arbitragem nas hipóteses de dissídios individuais. Em divergência a este entendimento aduz Sergio Pinto Martins (2007, p. 64):

[...] Seria necessária lei determinando a possibilidade da utilização da arbitragem para solucionar conflitos individuais do trabalho, de maneira que não se aplicasse o art. 1º da Lei n. 9.307. Entretanto, a Lei n. 9.307 não proibiu a arbitragem como forma de solucionar conflitos individuais do trabalho. O que não é proibido é permitido. A Constituição não veda a arbitragem nos dissídios individuais. [...] A CLT é omissa sobre a arbitragem. Não há incompatibilidade em relação aos seus princípios processuais. A matéria é processual e não comercial. Logo, é aplicável a Lei 9.307 (art. 769 da CLT).

Deixa claro ainda Martins (2007, p. 64) que:

Direitos patrimoniais disponíveis são diferentes de direitos irrenunciáveis. Direitos disponíveis são normas direcionadas às partes e não exatamente normas de ordem pública absoluta. Os direitos dos trabalhadores não são exatamente patrimoniais indisponíveis.

Confirmando a presente tese, podemos citar o artigo 7º, incisos VI e XIV da Constituição Federal de 1988, como exemplos. São os direitos:¹⁶

Art. 7º São direitos os trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, último acesso em 08/04/2014.

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Defendem ainda que após a dissolução do pacto laboral, momento no qual passa a inexistir desequilíbrio na relação empregado-empregado, assim deixando o direito trabalhista de gozar do direito da irrenunciabilidade. Pois ao deixar de existir dependência jurídica econômica do empregado para com o empregador não havendo em que se falar de hipossuficiência de uma parte relativamente à outra.

Ainda que configurada fosse tal relação, com fundamento no artigo 9º da CLT, pode-se buscar a anulação da decisão arbitral. Como se manifesta Rodolfo Pamplona Filho:¹⁷

“Todavia, os tempos parecem estar mudando no horizonte, pois, pouco a pouco, a flexibilização dos direitos trabalhistas no plano individual, ainda que com a assistência das entidades sindicais, parece estar ganhando cada vez mais corpo. Além das previsões constitucionais do art. 7, incisos VI, XIII e XIV (flexibilização de direitos trabalhistas com base na negociação coletiva), a política do atual Governo Federal, com envio de projetos de reestruturação da legislação laboral, também infere que grandes transformações estão por vir, com o incentivo, cada vez maior, de formas de solução extrajudicial de conflitos, entre as quais a arbitragem se destaca. Ademais, talvez já seja a hora de se assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação judicial por valores menores do que efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática (e com a chancela judicial!).”

Deste modo não há obstáculos que impeça que seja utilizada a arbitragem em matéria trabalhista, relacionada a dissídios individuais, uma vez que há, segundo estes doutrinadores e parcela minoritária da jurisprudência, dentre os direitos do trabalhador, alguns marcado pela indisponibilidade relativa.

Com tudo também deve ser considerado que há quem seja contra a aplicação da arbitragem em dissídios individuais, estes se destacam por ser corrente dominante entre doutrinadores e a jurisprudência.

¹⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista*. Extraído do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=6831> Postado em 12/2004. Acesso em 15/04/2014

Em que pese haja grande atração da utilização do recurso da arbitragem na solução de litígios trabalhistas individual, essa por sua vez não considera aconselhável por levar em consideração os princípios básicos da norteiam o direito trabalhista brasileiro.

Neste contexto, destaca-se trecho extraído de decisão exarada pela 2ª Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, que tinha como relator o Ministro José Roberto Freire Pimenta.¹⁸

No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador.

Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada.

Ademais a opção pela arbitragem e tido como impedimento de o trabalhador receber a tutela jurisdicional pelo Estado, neste caso ferindo um princípio constitucional do amplo acesso ao judiciário.

Desta convicção corrobora Mauricio Godinho Delgado o que se segue:¹⁹

Registre-se, também, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna. De fato, a Lei 9.307/96 parece querer conferir qualidade de coisa julgada material à decisão arbitral, mesmo em conflitos meramente interindividuais, excluindo em consequência, da apreciação judicial lesão ou ameaça a direitos trabalhistas que poderiam estar nele embutidas. Ainda que se considere superável tal dificuldade de compatibilização no âmbito do Direito Civil, Direito Comercial/Empresarial, Direito Internacional e outros seguimentos jurídicos - onde vigora, como critério geral, o princípio da autonomia da vontade - ela não parece passível de arredamento no campo justaltrabalhista, em que os princípios nucleares são de natureza e direção sumamente distintas. Ressalte-se, a propósito, ser comum na cultura jurídica a existência de institutos modulares para certos campos normativos, embora incompatíveis

¹⁸ RR 294001120055010041 29400-11.2005.5.01.0041, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Julgado em 9/09/2012, DEJT 28/09/2012.

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direto do Trabalho. 8.ed. São Paulo: Ltr.2009, p.1332.

com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho encontra-se a arbitragem.

Há de identificar-se como relevante a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, ponto observado pelos defensores desta corrente. Em maioria das decisões, mesmo as emanadas pelo TST, os trabalhadores tem seus direitos vistos como indisponíveis. Observa-se, por exemplo:²⁰

RECURSO DE REVISTA. 1. ARBITRAGEM. TRANSAÇÃO. ALCANCE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. Esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que a solução de litígios oriundos da relação de trabalho efetivada no juízo arbitral não é compatível com o Direito Individual do Trabalho, considerando-se a significativa gama de direitos indisponíveis e irrenunciáveis e o desequilíbrio entre as partes decorrente da hipossuficiência típica da relação de emprego. Recurso de revista não conhecido. JUÍZO ARBITRAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL DESCABIMENTO. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, em que, como corolário da assimetria dos sujeitos envolvidos, o princípio tuitivo atua na criação de desigualdade jurídica compensatória, imantando os direitos decorrentes da relação de emprego com os atributos da irrenunciabilidade e da indisponibilidade, não se afigura viável a utilização de arbitragem, método de heterocomposição que, à luz do art. 1º da Lei 9.307/96, só pode ser utilizado - para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Revista conhecida e provida, no ponto.

Inadmissibilidades da arbitragem posicionamento pacificam do Tribunal Superior do Trabalho, transcritos sob as emendas colacionadas abaixo:

RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE. “Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a

²⁰ TST-RR-33200-33.2009.5.05.0029, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT de 25.5.2012, e RR-223340-71.2001.5.05.0007, Ac. 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DEJT 11/9/2009.

observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas". Recurso de revista conhecido e provido". (TST-RR-13100-51.2005.5.20.0006, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT de 14.10.2011)

Jose Roberto Freire Pimenta assevera a importância do princípio protetor entre as relações individuais em direito do trabalho, versando sobre a hipossuficiência do empregado para com o empregador, desconsiderando o uso da arbitragem mecanismo que solucione o litígio:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos - inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora. 4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir 'litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis' (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro),

forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. Avocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho. Agravo de instrumento conhecido e

desprovido"(TST-AIRR-58500-26.2009.5.15.0091,Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 10.08.2012).

Pelo apresentado podemos visualizar que se tornam óbice a incompetência da arbitragem como forma de solucionar conflitos individuais visto que este fere princípios instituidores do direito do trabalho.

Em que pese os argumentos apresentados serem calcados em fundamentos sólidos, deve-se observa a natureza jurídica dos trabalhadores em paralelo com a opção ao mecanismo de solução de litígio levado a cabo.

3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

A Lei 9.307/96 da arbitragem instituiu em seu artigo 1ª uma condição de validade, onde sua intenção refere-se a direito patrimonial disponível. Todavia, surgiu a alteração sob a qual se contemporiza este trabalho, isto é, identificar a compatibilidade ou não do instituto da arbitragem como mecanismo de composição de litígios trabalhistas de natureza individual.

Embora, o assunto em análise tenha lugar no direito do trabalho e, a legislação por sua vez discipline tal matéria, estabelecendo inúmeras regras e princípios com o escopo cardeal de proteger o trabalhador, diante da superioridade econômica e jurídica da qual goza o empregador, as normas relativas ao direito do trabalho, de modo genérico, deve possuir caráter efetivo da matéria de ordem pública, mas, com costume indisponível.

Corroborada por ampla parte da doutrina e da jurisprudência, tal assunto, é elemento de grande celeuma, pois, embora não se hesite da natureza indisponível dos direitos decorrentes da relação laboral, em especial aos direitos de índole individual, ainda se discute acerca da relatividade desta indisponibilidade.

3.1 Da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

Este princípio encontra-se bem delineado pelo art. 468, caput, da CLT, que assim dispõe:

“Art. 468 da CLT: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

Para uma parte da doutrina e da jurisprudência, nem todos os direitos trabalhistas possui a natureza de ordem pública, motivo pelo qual, em relação a esses direitos torna-se possível conjecturar a possibilidade de disposição por parte de seu detentor, o empregado. Acerca disso, há autores, como é o caso do respeitado Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, que defendem a indisponibilidade dos direitos.

3.2. Do momento da pactuação da arbitragem

O período em que a arbitragem é condescendida é de suma seriedade para sua legitimidade no âmbito trabalhista, haja vista que sua pactuação antecede ao aniquilamento do contrato podendo dar razão ao defloramento por parte do empregador, onde fazendo uso de seu poder econômico obrigue o trabalhador a aceitar tal pactuação. Portanto, depois de extinto o contrato, período em que a perda do emprego não mais existe, se mostra como legítima a escolha livremente realizada pelo empregado, possibilitando a utilização da arbitragem.

Mas, apesar disso, a questão ainda é intrincada, pois o TST não demonstrou posicionamento pacato a respeito da questão, ao revés, possui julgados antagônicos, ora reconhecendo a validade da sentença arbitral proferida em casos individuais de trabalho, ora rechaçando tal validade.

Em face desta incerteza, ainda tenho aconselhado meus clientes a não se utilizarem do instituto nestas hipóteses, mas tenho a expectativa de que o bom senso fale mais alto e, em um futuro próximo, seja reconhecida de forma irrefutável sua validade.

Partindo dos pressupostos por ora analisados, pode-se concluir haver compatibilidade entre o instituto da arbitragem e os dissídios individuais trabalhistas. Para tanto, contudo, deve-se observar a natureza do direito controvertido. Isso se deve ao fato de a lei de arbitragem ter criado óbice, estabelecendo só ser possível sua utilização diante de direitos patrimoniais disponíveis.

Neste contexto, conforme salienta boa parcela da doutrina, além da jurisprudência minoritária do TST, o direito controvertido deve fazer parte do grupo seletivo de direitos dos trabalhadores que não possuem natureza de ordem pública.

Deste modo, a disposição do direito pelo trabalhador não pode ferir o patamar civilizatório mínimo exposto por Godinho⁵⁹, entendendo estes direitos como sendo aqueles previstos na Constituição, nas leis e nas normas regulamentares expedidas pelo Poder Executivo visando a garantia da saúde do trabalhador, bem como às normas internacionais que tutelam as relações trabalhistas.

Uma vez consolidado este entendimento, para afirmar ser possível a aplicação da arbitragem ao caso concreto, há outro ponto que deve ser analisado. Para ser possível a convenção da arbitragem, o momento no qual está ocorrendo, antes, durante ou ao fim da relação laboral, se mostra de extrema relevância. Esta análise se mostra devida, levando-se em conta o fator primordial para o qual as leis trabalhistas foram criadas, isto é, a proteção da parte hipossuficiente da relação.

Conforme visto, há dois modos de convenção, a cláusula compromissória, que ocorre de modo preventivo em relação à controvérsia, e o compromisso arbitral, este firmado após a existência de lide. Na relação de trabalho, contudo esta convenção pode ocorrer em três momentos: antes, durante e após o contrato.

Quando a convenção pela arbitragem for prévia, isto é, quando for pactuada por meio de cláusula compromissória no contrato de trabalho, não será admitida. Esta vedação se deve à atenção dada pela legislação à proteção do trabalhador, então parte hipossuficiente na relação. O empregado é considerado como parte desfavorável em relação ao empregador. Deste modo, é possível encontrar semelhanças entre o contrato de trabalho e um contrato de adesão, comum no direito civil.

A esse respeito, Scavone Jr.⁶¹ afirma: “De fato, no momento da contratação o empregado está em situação de vulnerabilidade, pelo menos é o que se presume”.

No mesmo sentido se posiciona Amaury Mascaro Nascimento, considerando que se a inserção de cláusula compromissória fosse possível, nenhum empregado seria admitido sem antes renunciar à possibilidade de buscar a atividade jurisdicional do estado para tutelar seus direitos materiais eventualmente lesados,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 9.307/96 tornou-se responsável pela criação de um novo modelo de juízo arbitral no Brasil. Com o advento desta criação passaram a existir inúmeras críticas voltadas aos profissionais do direito da época, e estes passaram a acreditar

que a Constituição Federal de 1988 iria conflitar com o surgimento da lei, assim como partiria de encontro aos princípios de acesso à justiça e da grande defesa, porém o Supremo Tribunal Federal compreendeu que por meio da constitucionalidade da arbitragem, arredaria todas as críticas que norteavam o instituto pela sua inconstitucionalidade.

Entretanto, no Brasil, com relação ao Poder Judiciário existe uma sobrecarga de processos que preocupa, contudo, seguindo o princípio de acesso à justiça e o da autonomia da vontade, se faz possível constatar que pelo intermédio do instituto da arbitragem, as partes poderão resolver suas lides contratuais de maneira mais dinâmica.

Desse modo, constatou-se que o instituto da arbitragem é genuinamente o meio de resolução alternativo para solução de conflitos nas lides contratuais, tendo em vista que este apresenta propriedades particulares como: decisão acelerada quando comparada ao procedimento judicial; oferece custos bem menores; execução do laudo arbitral com facilidades para as partes apresentando máxima predisposição na obtenção de um acordo.

O instituto da arbitragem reverencia o processo particular de solução de conflitos, tendo em vista que as partes submergidas podem estabelecer os seus procedimentos competentes, porém caso as partes não tenham sua regras próprias, as mesmas podem seguir norma existentes.

Vale ressaltar que, a arbitragem é extremamente útil quando as partes almejam que seus conflitos sejam confidenciais, não permitindo que o conflito atinja o auge do alarde do processo Estatal, onde nem mesmo o segredo de justiça quando concedido consegue evitar.

Portanto, o processo de arbitragem está disponível para completa sociedade, sua utilização a cada dia torna-se mais servida, principalmente pelas pessoas mais desprovidas financeiramente, embora a sociedade venha buscando se adaptar ao presente instituto. Logo, com o uso da arbitragem, os interessados poderão, em geral, alcançar decisões de forma simples, com celeridade e, sobretudo com muito mais economia.

Destarte, é preciso que os profissionais do direito comecem a utilizar desse instituto para alcançar soluções mais eficazes nas soluções de conflitos, e com o avanço do tempo seja criado um novo conceito de acesso à justiça, para que este acesso possa alcançar seus fins, com decisões mais rápidas, econômicas e eficazes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2. ed. Campinas: Servanda. 2007. p. 210.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei nº 9.307/96. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 23.

CARDOSO, Oscar Valente. Lei de Arbitragem: aspectos gerais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2452, 19 mar. 2010. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/14531>>. Acesso em: 05 abr. 2014

CARMONA Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2º ed., p. 89, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 38

CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho.8.ed. São Paulo: Ltr.2009, p.1331.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 05.abr.2014
<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/raphaelsznajder02.pdf>

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 18 ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002. p. 86-87

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 41.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 5. ed. Rio de Janeiro, v. 1 e 3. Forense, 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.