



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JOÃO VICTOR CASSEMIRO DE SOUZA

ARBITRAGEM NOS LITÍGIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Assis/SP

2018



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JOÃO VICTOR CASSEMIRO DE SOUZA

ARBITRAGEM NOS LITÍGIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: João Victor Cassemiro de Souza

Orientador: Prof. Luiz Antônio Ramalho Zanot

Assis/SP

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

S729a SOUZA, João Victor Cassemiro de
Arbitragem nos litígios individuais trabalhistas / João Victor
Cassemiro de Souza. – Assis, 2018.

37p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-
cional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti

1.Arbitragem 2.Direito trabalhista

CDD342.6642

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus que me criou e dotou-me de inteligência para chegar até aqui, a meus Familiares que me acompanham e me apoiam em todos os momentos, em especial meus pais que nunca desistiram de mim. Dedico também a todos os amigos que me assistiram nessa caminhada e não deixaram eu me perder para que eu chegasse até aqui, e com muito carinho ao grupo de Jovens JUACRI que ajudou a moldar meu caráter durante minha juventude!

RESUMO

A arbitragem é um importante mecanismo de solução de conflitos trabalhistas, que tem como finalidade a solução do litígio através da análise e decisão de um terceiro o chamado árbitro. Aplicação da arbitragem à uma parcela individual das relações decorrentes do contrato de trabalho é matéria amplamente controvertida, já que nesse ramo do direito impera o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Portanto, é necessária a análise com base na Constituição Federal, observando também a jurisprudência pertinente em face da sistemática trabalhista, observando as duas correntes com a devida importância.

Palavras-chave: Arbitragem. Direitos Trabalhistas. Individual. Indisponibilidade. Constituição Federal.

ABSTRACT

Arbitration is an important tool to solve work conflicts. its goal is to solve disputes based on the judgment and decision of a third part called "arbiter".

Applying the arbitration to a small individual part of the relations in a work contract is a controversial subject, since on this branch on law exists the "principle of unavailability of worker's right". Therefore analysis based on the Constitution is still required, always paying attention to the relevant jurisprudence while listening to both sides and giving them the same importance.

Palavras-chave: Arbitration. Labor rights. Individual. Unavailability. Federal Constitution.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. ARBITRAGEM | 10 |
| 2.1 CONCEITO | 10 |
| 2.2 DIREITOS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS | 12 |
| 2.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM | 13 |
| 2.4 DA CLÁUSULA ARBITRAL E SUA EXECUÇÃO..... | 15 |
| 3. ARBITRAGEM NO ÂMBITO TRABALHISTA..... | 16 |
| 3.1 ARBITRAGEM NOS CONFLITOS TRABALHISTAS COLETIVOS..... | 16 |
| 3.2 ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS..... | 17 |
| 4. DA NATUREZA JURÍDICA | 25 |
| 4.1 DA POSSIBILIDADE DE ARBITRAGEM NA REFORMA TRABALHISTA..... | 25 |
| 4.2 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRaBALHISTAS..... | 28 |
| 5. CONCLUSÃO..... | 32 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 35 |

1. INTRODUÇÃO

O ser humano enquanto parte de uma estrutura social sempre foi marcado por varias espécies de conflitos com diversas naturezas, são conflitos necessários para desenvolvimento da vida em grupo. O método adotado para a resolução desses conflitos está evoluindo ao mesmo tempo das constantes mudanças e transformações sofridas pelo ser humano no seio da sua sociedade, bem como seus anseios e necessidades.

Contendas trabalhistas seguem a mesma linha das demais contendas sociais, no que diga à sua solução possuindo alguns procedimentos a serem observados para uma solução adequada. São elas classificadas em autodefesa, autocomposição e heterocomposição.

Na esfera brasileira, para a resolução de conflitos no âmbito trabalhista é apresentação ao Estado, por meio do poder judiciário, mais especificamente numa vara especializada na matéria, as chamadas Varas Do Trabalho. Nesse sentido o conflito é levado a justiça do trabalho, que detém o monopólio jurisdicional, para que este se posicione e utilize seu poder para entregar a tutela a parte que lhe couber.

Através da preferência atribuída à justiça do trabalho, tanto pela lei, quanto pela interpretação desta, o tramite processual segue um conturbado e longo caminho, assim não obtendo à eficácia necessária no que tange o principio da celeridade. Ocorre que, são milhares de ajuizamento diários tornando lenta a prestação jurisdicional do Estado frente a tantos litígios trabalhistas.

Nesse sentido, visando a solução mais rápida dos conflitos fora do monopólio do Estado, surge como um possível recurso para tornar célere as contendas no âmbito trabalhista, atendendo de forma mais prática e ágil a vontade das partes na relação de trabalho.

Desta forma, é possível buscar orientações no direito comparado, observando métodos aplicados com sucesso por outros Estados podendo então chegar à arbitragem como uma possibilidade para a solução de conflitos de natureza trabalhista. Nos conflitos coletivos, não resta duvida quanto à viabilidade deste modo de composição, já que a própria

Constituição Federal de 1988 permite essa possibilidade, desde que de modo facultativo, nos termos do seu artigo 114, § 1º e 2º.

A questão que resta, refere-se à possibilidade de aplicação da arbitragem para a composição de litígios trabalhistas individuais. Sendo que, embora tenha possibilidade da resolução de conflitos coletivos por intermédio da arbitragem, não havia de forma expressa que conflitos individuais poderiam ser resolvidos dessa forma. No entanto, com a nova reforma trabalhista, podemos dizer que temos um ponto de luz na matéria até então controvertida. Assim, não se pode concluir que houve omissão do legislador, uma vez que devem buscar interpretações tanto nos conteúdos quanto nos não conteúdos constitucionais, e normas relacionadas.

Nesse sentido, o dispositivo constitucional, a própria jurisprudência, em especial a emanada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, encontra divergências. Conquanto possua direcionamento claro pela impossibilidade, possui decisões se posicionando pela compatibilidade da arbitragem nas relações singulares.

Dessa maneira, pretende-se através de uma profunda análise com base legal, doutrinária e jurisprudencial, demonstrar a existência, ou não, de possibilidade de aplicação do mecanismo da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas.

Nesse sentido, o presente trabalho se embasara em pesquisa bibliográfica com o uso de livros e artigos pertinentes, na jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Assim, chegando a uma conclusão com base em leis, costumes e demais mecanismos usados no direito atualmente, da possibilidade e aplicabilidade da arbitragem no direito do trabalho.

2. ARBITRAGEM

2.1 CONCEITO

Sendo o atual sistema judicial brasileiro moroso, surge como alternativa a lei 9.307/96 conhecida como lei de arbitragem. Singelamente podemos definir arbitragem como meio pelo qual a solução do conflito é atribuída a um terceiro de confiança das partes e livremente indicados por elas, que tenta conciliar e posteriormente decide a controvérsia, ou seja, um árbitro, que atua como uma espécie de juiz privado que decidirá o direito das causas atribuídas a ele.

Como já referido, as partes desejam pela solução de seu litígio através de um terceiro por elas escolhido, chamado de árbitro. Esse árbitro tomará uma decisão que deve ser reduzida a termo e cumprida obrigatoriamente por ambas às partes, independentemente de homologação judicial, sempre pautando sua atuação pela imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. (CARDOSO, 2010)

Conforme o artigo 1º do citado diploma, a arbitragem só pode ser utilizada por pessoas civilmente capazes para contratar, tendo seu objeto limitado a matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido, as pessoas físicas capazes, bem como as pessoas jurídicas possuem a faculdade de sua utilização. Em conformidade com o lecionado por Martins (2006), por meio da arbitragem se criou um processo mais ágil e flexível, adaptado às necessidades de cada caso, sem prejuízo de manutenção dos princípios básicos do contraditório e do direito à ampla defesa das partes.

Com base nesse tema, Carmona, explana que a arbitragem não é um mecanismo novo. Já que este método de solução de litígios é utilizado em conflitos internos e para controvérsias entre cidades-estado da Babilônia, há cerca de 3.000 anos antes de Cristo. (CARMONA, 2006)

No Brasil, os primeiros relatos com previsões deste instituto encontram-se nas Ordenações do Reino de Portugal, do Século XVII, sendo regulado o instituto nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. (PACHECO, 2003)

No que se refere à natureza jurídica da arbitragem, temos três teorias: contratualista, jurisdicional ou mista.

Na primeira, arbitragem não seria nada mais do que a simples manifestação da vontade das partes, manifestando sua aceitação da solução do conflito por um terceiro. Nessa teoria temos por fundamento o princípio da autonomia da vontade. (PACHECO, 2003)

Já a teoria jurisdicional, aponta ser a atividade jurisdicional típica, no entanto, não exclusiva do Poder Judiciário. Nesse caso o árbitro exerce verdadeira jurisdição estatal, segundo os próprios apoiadores desta vertente, razão por que o processo arbitral é de ordem pública, não sendo possível sua modificação por convenção das partes NERY JUNIOR, 1996. Dentre os que perfilham este entendimento, Carmona 2006, pg. 38 destaca que “o artigo 32 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”.

Seguindo esse mesmo autor, o legislador optou por esta teoria, quando retirou a obrigatoriedade de homologação pelo judiciário das sentenças arbitrais. (CARMONA, 2006)

Na teoria mista, considerada a mais avançada entre elas, a arbitragem possui natureza contratual, até o momento de elaboração da sentença arbitral. Depois da sentença arbitral, a arbitragem tem natureza jurisdicional (PACHECO, 2003). Martins defende a teoria mista, afirmando que “a arbitragem tem natureza de justiça privada, pois o árbitro não é funcionário do Estado, nem está investido por jurisdição, como ocorre com o juiz”, Conforme este autor arbitragem envolve jurisdição contenciosa, já que há partes, lide, contraditório e coisa julgada da decisão arbitral, porém possui natureza contratual, posto haver ajuste de vontades entre as partes, entregando ao árbitro a solução do conflito. (MARTINS, 2002)

2.2 DIREITOS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

Se tratando de arbitragem segundo a lei 9.307 de 1996, só os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de arbitragem, esses direitos são aqueles referentes ao patrimônio em que as partes podem: usar, fruir, gozar e dispor, ou seja, que podem transacionar de forma livre, conforme a vontade das partes envolvidas, até mesmo autorizando terceiros para que utilizem desse patrimônio da mesma forma. (BEVILÁQUA, 2005)

Para Stolze, a ideia de patrimônio não se confunde com o conjunto de bens corpóreos, porém com toda a gama de relações jurídicas, valoráveis economicamente, de um indivíduo jurídica ou ideal. (GAGLIANO, 2005)

Assim, para entender o estrito objeto da lei se faz necessário para nosso entendimento saber o que não faz parte dela, por tanto os Direitos indisponíveis.

Desta forma, os direitos indisponíveis seriam aqueles que não podemos dispor, são irrenunciáveis, intransigíveis, imprescritíveis e com relação os quais a revelia não se induz, nem a confissão produz efeito (PACHECO, 2003).

Mas não só isso, para 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.

Ocorre que, os direitos indisponíveis estão espalhados por todo nosso ordenamento jurídico, assim não há um rol taxativo onde podemos encontra-los de formas expressa, alguns se encontram na Constituição e outros em normas supralegais (PACHECO, 2003).

Em meio a esses Direitos Indisponíveis, se sobressaem os ligados a personalidade. Segundo Cupis, esses direitos são atributos ou manifestações essenciais da personalidade ou sobre os modos de serem, físicos ou morais da pessoa, são os chamados direitos essenciais (DE CUPIS, 1961)

Assim, a título de ilustração, destaca-se o comentário de Venosa sobre o direito alimentar, tipicamente indisponível:

Assim como não se admite renúncia ao direito de alimentos, também não se admite transação. quantum dos alimentos já devidos pode ser transigido, pois se trata de direito disponível. O direito, em si, não o é. O caráter personalíssimo desse direito afasta a transação (VENOSA, 2015).

Nesse sentido, podemos chegar a conclusão que os direitos indisponíveis Não são passíveis de nenhum tipo de transação, disposição, nem podem ser objeto de renúncia, isso por ser interessante a toda a coletividade que os titulares não possam manipular livremente tais direitos.

Assim, podemos dizer que as matérias que podem ser objeto da arbitragem são extremamente limitadas, assim só sendo possível sua utilização em bens jurídicos que não possuam restrições, limitações em nenhuma norma jurídica.

2.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Conforme a lei de arbitragem, esse procedimento é realizado com a convenção das partes envolvidas. Assim, fica claro que o núcleo desse instituto se baseia no princípio da autonomia da vontade das partes.

Deste modo, se tornando essencialmente dependente da vontade das partes. Por tanto, a convenção de arbitragem constante em contrato de adesão, sendo aquele contrato no qual a parte apenas aceita às imposições pela outra parte, é considerada nula, pois desrespeita a autonomia da vontade da parte aderente. Nesse mesmo sentido no diz Garcez Neto,:

Discrepando do tipo tradicional dos contratos, cuja característica essencial era a livre discussão das condições em que se formava o negócio jurídico, o contrato de adesão, assim denominado pela primeira vez por Saleilles, distingui-se, exatamente pela ausência total de qualquer discussão prévia sobre as cláusulas contratuais que são, por assim dizer, impostas por um dos contratantes, ao outro,

que se limita a da a sua adesão, concordando com o modelo impresso que subscreve, depois de preenchidos os espaços em branco que lhe dizem respeito (GARCEZ NETO, 1947).

Além do mais, para que seja declarada válida a vontade da parte é essencial que esteja em conformidade com a legislação civil brasileira, no que diz quem tem capacidade para a realização de negócio jurídico em geral.

As partes poderão optar pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Acerca disso, importante destacar o disposto por 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. (YOSHIDA, 2006)

No entanto, na fase de formação dos contratos pode-se definir a arbitragem como um mecanismo de solução de eventuais contendas que decorram do mesmo, isso pelo simples pacto das partes, sendo que esta deve ser pactuada dentro do contrato por uma cláusula de compromisso antes da formação do negócio jurídico em si.

Já o compromisso arbitral, surge após o conflito, pactuando a arbitragem como uma forma de solução não prevista anteriormente no conflito. Assim, fica claro que nessa hipótese as partes já se encontram em litígio e a arbitragem surge como uma possibilidade de solução.

Nas duas hipóteses, nos termos do artigo 485, VII, do Código de Processo Civil brasileiro (CPC, 2015), a convenção de arbitragem serve de fundamento para a extinção de um eventual processo posto à análise do Poder Judiciário, sem resolução de mérito. Então, conclui-se que a estipulação de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral configura óbice à análise do litígio pela via jurisdicional convencional.

2.4 DA CLÁUSULA ARBITRAL E SUA EXECUÇÃO

No artigo 10, da Lei 9.307 de 1996, estão elencados alguns requisitos que ora preenchidos formalizam a cláusula arbitral presente em um contrato.

Todavia, convencionado a cláusula de arbitragem e surgindo algum conflito pertinente ao uso da mesma, é bem comum que alguma das partes seja resistente ao uso arbitragem.

A fim de evitar que esse tipo de resistência termine em algo danoso para os envolvidos, e visando por meio deste mecanismo de solução a celeridade, é possível, por meio de requerimento ao judiciário, que se obrigue a instauração do procedimento arbitral. Isto pode ser depreendido da inteligência do artigo 7º, da Lei de Arbitragem:

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.

§ 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.

Assim, depois de pactuado a arbitragem, fica as partes obrigatoriamente vinculadas por força de lei, como podemos ver no artigo supracitado, dando eficácia e legitimidade ao pactuado anteriormente.

De outra banda, após a emissão de uma sentença arbitral essa é equiparada a uma sentença judicial, por tanto, as partes estão obrigatoriamente vinculadas a sentença irrecorrível emitida pelo árbitro sendo assim, caso uma das partes descumpra a sentença essa terá força executiva, e nesse momento sim recorrerá a parte lesada ao judiciário a fim de cumprir a sentença.

3. ARBITRAGEM NO ÂMBITO TRABALHISTA

3.1 ARBITRAGEM NOS CONFLITOS TRABALHISTAS COLETIVOS

Quando falamos dos conflitos coletivos trabalhistas, é completamente possível falar em arbitragem, já que os mesmos estão diretamente previstos na carta magna. Podendo ser entendida mais profundamente por alguns motivos.

O primeiro deles é identificado, quando percebemos que nos dissídios coletivos não há uma parte superior e uma inferior, já que os envolvidos são o sindicato da categoria que pode fazer frente à entidade empregadora, e então compor um litígio em pé de igualdade, assim construindo um equilíbrio processual.

Em contra partida, analisamos o prejuízo causado pela morosidade no processo, que no caso de um conflito coletivo não atinge apenas um trabalhador como seria em um conflito individual, mas sim todos os membros de determinada classe envolvida e representada pelo sindicato da categoria. (PACHECO, 2003)

Porém, mesmo havendo previsão legal na Constituição para a utilização da arbitragem para solucionar esses conflitos coletivos, ainda é pouco utilizada assim deixando esse mecanismo se tornar insatisfatório. Nesse sentido diz Iara Pacheco:

Todavia, não obstante a autorização do artigo 114 da Constituição Federal, contida nos §§ 1º e 2º, facultando a utilização da arbitragem quando frustradas as negociações, ainda é pequeno o grau de adesão por parte das entidades sindicais, algumas, efetivamente por falta de representatividade e outras pelo

descrédito na atuação dos árbitros ou no próprio instituto da arbitragem privada (PACHECO, 2003).

Portanto, concluímos que a arbitragem pode ser usada para a resolução de conflitos no âmbito trabalhista, tanto jurídicos quanto econômicos. Mas mesmo com essa possibilidade esse mecanismo é pouco utilizado, assim deixando-o em descrédito, principalmente pela incredibilidade na ação dos árbitros e na desconfiança em atingir um bom resultado. Porém, tal visão se faz um tanto que desmerecida, visto que este instituto tem se tornado sólido e prático, e por atingirem interesse público acabam se tornando muito sigilosos.

Importante também, deixar claro a posição doutrinária e jurisprudencial nesse caso, que como de forma quase que homogênea segue a previsão legal contida a Constituição Federal, assim tornando pacífico o assunto no meio jurídico.

3.2 ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS.

No tocante do direito individual trabalhista, temos um conflito de posicionamentos, principalmente quanto aos dissídios individuais, que tanto jurisprudencial quanto doutrinário se divergem no cabimento ou não da arbitragem. Assim, faz-se necessário a análise de ambas as correntes para que por fim tenha uma conclusão coerente a respeito do tema tratado.

Primeiramente, a de se falar que a parte da corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, por consequência defendem a indisponibilidade relativa dos direitos individuais. Já que, como vimos anteriormente no artigo 1º da lei 9.307 de 1996, poderá ser levado à arbitragem direitos disponíveis, assim excluindo dessa gama os direitos indisponíveis.

Portanto, quem se posiciona dessa forma, defende a existência dos então chamados direitos individuais do trabalhador, sendo eles direitos patrimoniais disponíveis. Na intenção de comprovar essa vertente, são exemplificados os direitos previstos nos incisos VI e XIV, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988. São eles:

Art. 7º São direitos dos 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;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; (CF, 1988)

Além do mais, quem é adepto dessa vertente acredita que após o término da relação empregatícia, com dissolução do contrato de trabalho, passa o ex-empregado a não mais ser dependente economicamente nem juridicamente do seu anteriormente empregador. Portanto, se igualando a seu anterior patrão, assim não há de se falar em desequilíbrio entre as partes, deixando os direitos trabalhistas de usufruírem da irrenunciabilidade outrora contida. (NOVAES, 2005)

Assim, temos que salientar o entendimento firmado pela 4ª Turma, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, baseado em um trecho do acórdão abaixo:

Ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que preveem expressamente sua disponibilidade, como v.g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7º da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos.

Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente sua vontade.

Após a dissolução do pacto, no entanto, não há de se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que o empregado não mais está dependente do empregador (NOVAES, 2005).

No mesmo sentido nos ensina Pacheco:

Efetivamente, a irrenunciabilidade não é absoluta no processo do trabalho: a uma porque nem todos os direitos trabalhistas tem origem em normas de ordem pública; a duas, porque existe na doutrina e na jurisprudência um tratamento diferenciado da irrenunciabilidade quanto ao momento do fato, se antes do contrato, durante este e no momento da rescisão ou após esta; a três, porque existem outros institutos acolhidos pelo direito do trabalho, como a conciliação (e consequente transação), que pode levar à renúncia parcial, bem como a

prescrição e decadência, que podem acarretar a perda do direito de ação pela inércia do titular (PACHECO, 2003).

Portanto, para essa parcela minoritária da jurisprudência não existe nenhum tipo de impedimento na realização de arbitragem nos conflitos individuais em matéria trabalhista, dentre esses doutrinadores estão os que creem na existência da indisponibilidade relativa.

No entanto, essa possibilidade vislumbrada por essa minoria jurisprudencial só pode acontecer se pactuada por compromisso arbitral. Assim, nesse caso o trabalhador teria que estar totalmente equiparado com a entidade patronal, ou seja, não haver subordinação jurídica e econômica, portando excluindo a possibilidade de uma cláusula compromissória previamente firmada entre as partes.

Contudo, há de se falar que a tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominante nesse tema, aderem à incompatibilidade da arbitragem nos conflitos individuais de cunho trabalhista. Assim, sendo a vertente usada hoje no TST (Tribunal Superior do Trabalho). No mesmo sentido, os estudiosos do tema têm como fundamento para a não utilização da arbitragem desse modo, a afronta dos princípios que regem o atual direito do trabalho brasileiro.

Essa proteção é justificada em função do desequilíbrio intrínseco às relações de trabalho, assim a corrente majoritária que adere para não utilização da arbitragem tem seu argumento. Nesse sentido, podemos extrair da decisão exarada pela 2ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que tinha como relator o Ministro José Roberto Freire Pimenta:

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 (PIMENTA, 2012).

Mais um argumento defendido por essa corrente doutrinária, se dá através de um princípio com viés constitucional. Convencionada a arbitragem, seja por via de cláusula compromissória ou por simples compromisso, os envolvidos dispõem de levarem sua contenda até as vias judiciais. Assim, ao escolher a via arbitral o trabalhador se vê impedido de receber a tutela jurisdicional que o Estado oferece, sendo então prejudicado o princípio do amplo acesso ao judiciário.

Assim, nas palavras do saudoso Ministro Maurício Godinho Delgado o que se segue:

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 justralhista, 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 com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho encontra-se a arbitragem (DELGADO, 2012).

Além do mais, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas é profundamente observada por essa parte da doutrina. E acerca do tema temos pouquíssimas divergências, sendo que quase que homogêneas as decisões do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, assim os direitos do trabalhador são vistos como indisponíveis por essa corrente e não se debate muito sobre isso como podemos ver:

RECURSO DE REVISTA. 1. ARBITRAGEM. TRANSAÇÃO. ALCANCE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. Esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que a solução de conflitos 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 (COSTA, 2012).

O entendimento pela inadmissibilidade da arbitragem é tema pacífico na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende das ementas 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 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 (PIMENTA, 2011).

Como podemos ver, o Ministro José Roberto Freire Pimenta destaca a importância do princípio protetor nas relações individuais trabalhistas. Assim, a hipossuficiência do trabalhador diante da entidade patronal, não sendo possível o uso do instituto da arbitragem na solução da contenda.

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), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. A vocação 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 (BRESCIANI, 2012).

Nesse Agravo, julgado pelo Ministro Alberto Luiz Bresciani confirma que os princípios relativos do direito do trabalho, que em seu entendimento deixam inviáveis a arbitragem em âmbito trabalhista quanto aos conflitos individuais, fazendo ressalva que a própria carta magna, pugna apenas pela utilização da arbitragem nos direitos coletivos, não deixando margem para que os direitos individuais se enquadrem da mesma forma.

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. CLÁUSULA ARBITRAL - VALIDADE. A r. decisão turmária embargada conheceu do recurso de revista do reclamante por contrariedade à Súmula-TST-207 e ofensa ao art. 651 da CLT e devolveu os autos ao Juízo de primeiro grau para enfrentamento do mérito, tendo em vista a nulidade da cláusula arbitral que submete à legislação de estado estrangeiro a atividade do reclamante contratada e desenvolvida em território brasileiro. O recurso de embargos da reclamada, como aparelhado, não alcança conhecimento. De logo mostra-se incabível a alegada contrariedade à Súmula 221, II, do TST, haja vista a diretriz desta e. Subseção, no sentido de que não cabe recurso de embargos alicerçado em denúncia de contrariedade a Súmula de natureza processual, uma vez que, em face da nova redação do artigo 894, II, da CLT, a e. SDI passou a desempenhar função uniformizadora e não mais de revisão das decisões de Turmas. Já os arestos colacionados também não autorizam o conhecimento do recurso por divergência jurisprudencial, nos moldes da Súmula 296, I, do TST, na medida em que ou se limitam a esgrimir tese acerca da validade do juízo arbitral para a solução de conflitos trabalhistas ou sobre a inviabilidade do recurso de revista por interpretação razoável de lei, em face da Súmula 221 do TST, não atacando, em ambos os casos, o fundamento da v. decisão embargada, qual seja,

a de ser inválida a arbitragem porque excludente da participação do Poder Judiciário Brasileiro, autorizando a solução da controvérsia pelo Estado e legislação estrangeiros, o que tipifica violação do art. 651 da CLT e contrariedade à Súmula 207 do TST. Por fim, a v. decisão embargada, ao concluir ser inválida a cláusula de arbitragem em acordo celebrado no Estado estrangeiro, decidiu em consonância com a Súmula 207 do TST. Recurso de embargos não conhecido (PIRES, 2011).

Aqui o Ministro Relator Horácio Raymundo, Profere Acórdão 01 - Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI, onde a matéria discutida era o alcance da arbitragem, se a solução da contenda era alcançada por Estado estrangeiro, sem se aplicar as leis brasileiras. Essa possibilidade foi rejeitada pelo Ministro, uma vez que, ajustada tal cláusula fora do país era inválida aqui, pois na visão dele acaba com a possibilidade de solução pelo Poder judiciário brasileiro, afrontando o princípio constitucional do acesso a justiça.

ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO¹. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. 2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento". (PEREIRA, 2010)

No que tange o acórdão supracitado, relatado pelo Ministro João Batista Brito Pereira, foi discutida a possibilidade da utilização do arbitro como um substituto do sindicato, para que este possa homologar rescisões de contrato de trabalho. Na opinião do relator essa possibilidade é inexistente visto que não há previsão legal nesse sentido.

RECURSO DE REVISTA. COISA JULGADA. INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COM O DIREITO DO TRABALHO.

INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS E PRINCÍPIO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. No direito do trabalho não há como se entender compatível a arbitragem, pela inserção no contrato de trabalho da cláusula compromissória, ou pelo compromisso arbitral posterior ao fim da relação contratual, com o fim de solucionar o conflito decorrente da relação de emprego, visto que a essência do instituto é a disponibilidade dos direitos que as partes pretendem submeter, conforme art. 1º da Lei da Arbitragem. Ainda que se recepcione, em diversos ramos do direito, a arbitragem como solução de conflitos que acaba por desafogar o judiciário, é preciso enfrentar que o ato de vontade do empregado não é concreto na sua plenitude, no momento da admissão na empresa, em face da subordinação ínsita ao contrato de trabalho e à hipossuficiência do empregado, a inviabilizar que se reconheça validade à sentença arbitral como óbice ao ajuizamento de ação trabalhista, porque incompatível com os princípios que regem o direito do trabalho. Isso porque à irrenunciabilidade e à indisponibilidade está adstrita ao conteúdo do contrato de trabalho em razão do princípio fundamental a ser protegido, -o trabalho-, e as parcelas de natureza alimentar dele decorrentes, por consequência. Para submeter o conflito trabalhista ao juízo arbitral necessário seria relevar todos os princípios que regem esse ramo do direito, em especial a hipossuficiência, presumida em face da relação contratual em que se coloca o empregado, como a parte mais fraca, a indisponibilidade das verbas decorrentes do trabalho, a sua natureza alimentar e, em especial, a impossibilidade da manifestação volitiva plena, própria do processo arbitral. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a coisa julgada e determinar o retorno dos autos ao eg. TRT para o julgamento da pretensão, como entender de direito" (VEIGA, 2009)

Como podemos ver a arbitragem encontra barreiras quando falamos em direito do trabalho, salvo os litígios coletivos que tem sua previsão legal na Constituição Federal como já afirmado anteriormente. Como pudemos ver nos dissídios individuais trabalhistas, além de não haver previsão legal, ainda encontra uma enorme resistência quanto os princípios norteadores do direito do trabalho, assim, os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários são avessos à arbitragem como uma solução, formando uma base sólida porém contraria a utilização da do mecanismo como uma viável opção para solucionar litígios trabalhistas individuais, principalmente por serem de cunho indisponíveis e pela hipossuficiência do empregado face ao empregador.

Com tudo, mesmo com todos os posicionamento citados acima, para obter um posicionamento solido frente a questão deve-se observar também a natureza jurídica dos direitos trabalhistas, bem como, a de ser feita uma análise do momento em que optou-se pela arbitragem no dissídio trabalhista.

4. DA NATUREZA JURÍDICA

A Lei de arbitragem estabelece em seu artigo 1^a, como um pressuposto de validade, que seu produto se refira a direito patrimonial disponível. Assim, nasce a polêmica que tenho como base para esse trabalho, ou seja, se é compatível o mecanismo da arbitragem em dissídios individuais trabalhistas.

Nesse sentido a questão em análise tem lugar uma vez que o direito do trabalho, em especial a legislação que disciplina tal matéria, estabelece inúmeras regras e princípios com o objetivo principal de resguardar o trabalhador, diante da superioridade econômica e jurídica da qual goza o empregador. Desta forma, tem-se que as normas relativas ao direito do trabalho, de modo genérico, possuem caráter essencial de matéria de ordem pública, portanto, com caráter indisponível.

Não obstante esta visão, ratificada por grande parcela da doutrina e da jurisprudência, permanece, tal tema, sendo objeto de grande celeuma, pois, embora não se duvide da natureza indisponível dos direitos decorrentes da relação laboral, em especial aos direitos de índole individual, ainda se discute acerca da relatividade desta indisponibilidade.

Porém, apesar de toda essa discussão e o visível posicionamento da doutrina e da jurisprudência, a reforma trabalhista propõe uma nova visão sobre o tema.

4.1 DA POSSIBILIDADE DE ARBITRAGEM NA REFORMA TRABALHISTA.

Visando a transformação que passa o atual que se passa no atual mercado de trabalho, que constantemente vem evoluindo buscando a celeridade e facilitando a vida em sociedade, assim possibilitando hoje uma relação de consumo mais confortável principalmente com o uso da internet; porém com toda essa celeridade não podemos olhar apenas as tradicionais relações entre fornecedor e consumidor, como também entre empregador e empregado.

A legislação trabalhista deve então se atentar as mudanças e assim se adequar a elas, possibilitando ao manipulador das normas, seja ele advogado, juiz, serventário, autoridades ou estudantes, sua correta aplicação para uma efetiva resolução de conflitos entre empregados e empregadores.

Com a necessidade de acompanhar as transformações bem como os novos contextos que se encontram os conflitos trabalhistas, evolui-se também o direito do trabalho. Porém, isso não basta, é preciso pensar e métodos alternativos de solução de conflitos, mais céleres e que não dependam da intervenção do Estado, assim atendendo de forma mais convincente as necessidades da sociedade atual.

Nessa lógica, temos a conciliação e mediação, que tem por característica a autocomposição na solução dos conflitos, ou seja, não existe intervenção de terceira pessoa no conflito, um dos indivíduos, ou ambos, cria uma solução para atender os interesses deles, chegando a um acordo.

Do mesmo modo, surge como via alternativa a arbitragem, ponto central do presente trabalho, sendo a que mais se assemelha com a solução judicial, constituindo meio heterocompositivo de solução de litígios. Apesar de ente privado e em regra escolhido livremente pelas partes, o árbitro ou o tribunal arbitral proferem decisão final e vinculante para as partes tal qual a decisão judicial.

Desta feita, tratando-se de matéria de conflitos trabalhistas coletivos, podemos afirmar que a arbitragem já está consagrada na tradição ibero-americana. Sendo prevista no Real Decreto-Ley 17/1977 na Espanha, tanto para greves quanto para negociações de acordos coletivos e em Portugal, o Novo Código do Trabalho (Lei 7/2009 de 12/02/2009) prevê em seu artigo 529 a arbitragem em conflitos coletivos que não resultem da celebração ou revisão de convenção coletiva. No Brasil como já vimos anteriormente sua previsão legal se dá na Constituição Federal de 1988 expressamente previu a arbitragem para conflitos trabalhistas coletivos (artigo 114, § 2º), como o faz também a Lei de Greve (Lei 7.783/1989).

No entanto, não podemos dizer o mesmo dos conflitos individuais no âmbito trabalhista, ainda que ajam diversos posicionamentos bem como possibilidade teórica, sendo fundamento de intensos debates. E mesmo nos países citados que tem possibilidade seu uso é extremamente escasso.

Na Espanha, por exemplo, o Tribunal Superior de Justiça decidiu, em 2009, não ser possível a submissão de conflitos trabalhistas individuais à arbitragem. Em suma, pela indisponibilidade de direitos trabalhistas e das normas que lhes dão base. (GONZALEZ, 2009).

Nesse sentido, recentemente tivemos no Brasil uma reforma trabalhista, que deste modo veio a admitir o uso do mecanismo da arbitragem, em conflitos individuais trabalhistas. Porém, exigindo dois requisitos cumulativos, positivados no artigo 507-A, da Lei nº 13.467, DE 13 de Julho 2017.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Deste modo, tem-se como primeiro requisito que a remuneração do empregado alcance patamar duas vezes maior que o limite máximo estabelecido no regime geral de previdência social computando o valor aproximado de R\$ 11 mil reais. O segundo requisito, contido no mesmo artigo supracitado em sua parte inferior, denota que a arbitragem deve ser pactuada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância de forma expressa.

Assim, podemos dizer que os requisitos são cumulativos, assim nos dissídios individuais trabalhista pós-reforma é possível a arbitragem com o cumprimento do mencionado artigo, no entanto um requisito depende do outro para a que exista arbitragem, tornando impossível o uso de tal mecanismo quando presentes apenas a vontade do empregado.

4.2 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Passando a analisar a arbitragem como uma possibilidade efetiva surge então a dúvida a que se remete parte deste trabalho, ou seja, os aspectos positivos e negativos quando falamos em arbitragem dentro do direito trabalhista.

Como no ordenamento jurídico brasileiro essa possibilidade surgiu somente com a vinda da reforma trabalhista já citada, ainda não há possibilidade de se analisar a aplicabilidade de tal mecanismo frente a imaturidade de tal possibilidade. Diante disso temos que buscar em outros ordenamentos para apontar os pontos negativos e positivos da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas.

Dessa forma, nos Estados Unidos, onde a arbitragem trabalhista tem se desenvolvido de forma muito expansiva no último século, assim se torna possível buscar as informações necessárias sobre os aspectos positivos e negativos da adoção da arbitragem nessa modalidade jurídica, entretanto fazendo ressalva as diferenças culturais existentes entre os países.

Dessa forma, por um lado de forma segura podemos dizer que a arbitragem trabalhista aumenta o acesso a justiça e tem uma leve tendência a melhorar o resultado da solução dos litígios para os empregados. Nos Estados Unidos o tempo médio de resolução dos conflitos no ano de 2005 na AAA (American Arbitration Association) foi de pouco mais de um ano, menos da metade do tempo médio para a resolução de conflitos trabalhistas no Judiciário americano. Outro estudo aponta que casos envolvendo discriminação no ambiente do trabalho apresentaram índice de 14,9% de êxito no Judiciário, muito inferior ao índice de 63% obtido na arbitragem em casos similares. (PADIS, 2013)

Há, por outro lado que se analisar essa funcionalidade no decorrer do tempo, em estudo publicado em 2015, (COLVIN, 2015) professores das Universidades de Cornell e Penn State analisaram 2802 sentenças arbitrais proferidas ao longo de 11 anos em litígios trabalhistas administrados pela AAA, inicialmente chegando a conclusão, que empregadores com quantidade elevadas de arbitragens tem maior sucesso do que

empregadores recorrem com menos frequência a arbitragem para a solução de seus conflitos trabalhistas.

Porém, este dado não diz tanto sobre a arbitragem trabalhista. A experiência juntada pelo litigante tem impacto nos índices de sucesso em processos judiciais, como apontou estudo pioneiro publicado na década de 70. (GALANTER, 1974) No entanto tal estudo vai além apontando que o índice de sucesso do empregador é ainda maior quando o mesmo árbitro atua em seus conflitos. Os pesquisadores chamaram de *employer-arbitrator pair effect*. Ao enfrentar um empregador que já teve quatro interações com o mesmo árbitro, as chances de sucesso do empregado caem 14,9%. Ao enfrentar um empregador com 25 interações com o mesmo árbitro, as chances caem 75%.

Contudo, isso não quer dizer que existe um conluio entre empregadores e árbitros, muito menos que estes são favorecidos de alguma forma, porém, o árbitro pode estar de forma inconsciente respondendo a incentivos econômicos para ser indicado com mais frequência. Também, podemos pensar que com o tempo o empregador tenha passado a observar melhor o árbitro, quais os critérios ele usa para obter seu convencimento, permitindo ao empregador estar um passo a frente e já preparado para o que o árbitro costuma exigir ou gosta de ouvir, assim tendo mais efetividade em seus litígios. Portanto, pensando à longo prazo, constata-se que a questão é no mínimo discutível, e merecedora de um longa reflexão.

Dessa forma, encarando a arbitragem nos dissídios trabalhista como uma nova forma de solução para as contendas, mais rápida e efetiva, não podemos negar que do viés social, temos uma enorme aceitação principalmente da classe trabalhadora que tem seus interesses atendidos com muito mais rapidez, se comparado ao atual judiciário trabalhista que se encontra abarrotado de litígios à serem resolvidos.

Em contrapartida, uma parte dos trabalhadores tem seus receios, sob ótica de que tudo pode ser burlado muitos têm em mente que a arbitragem seria modo de prejudicar o empregado, assim poderia ser a arbitragem um meio, não de atender seus anseios, mas uma forma de beneficiar os empregadores que possuem maior poder econômico.

Nesse sentido, devemos frisar no presente trabalho sem tomar partido sobre a questão, que existem sim, câmaras especializadas e com pessoas capacitadas e principalmente

justas, que podem levar a justiça sem se comprometerem com uma das partes, levando de forma seria o princípio da imparcialidade.

Além do mais, conforme o regimento da lei de arbitragem brasileira, mais especificamente no seu artigo 13 pode ser árbitro qualquer pessoal, desde que, seja capaz e que goze de confiança das partes, como podemos ver na redação a seguir:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias. (LEI Nº 9.307, 1996)

Como podemos ver no artigo transcrito acima, as partes vão transacionar a questão do árbitro escolhido, assim necessitando da concordância de ambas as partes para a eleição do árbitro um de junta arbitral.

Não resta dúvidas que o legislador ao criar a norma supracitada tomou devido cuidado para que o árbitro não seja qualquer pessoa, mas sim uma de confiança das partes, assegurando assim uma relação sempre bilateral, não havendo margem para que uma das partes seja beneficiada na escolha. Além disso, o parágrafo sexto deixa um norte a ser seguido pelo árbitro seja ele quem for, tendo que gozar de imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Por fim, sendo arbitragem meio célere de solução de litígios, onde as partes transacionam até mesmo o tempo de duração do respectivo procedimento, gozando de certa informalidade diferentemente do usual no judiciário, bem como, usando da confiabilidade, flexibilidade e sigilo, não se prendendo a regras rígidas de controle como, por exemplo, um código de processo, no entanto não podemos deixar de olhar pela ótica econômica, enquanto o judiciário tem meios de atender a todos, até os economicamente inferiores, fazendo uso do princípio ao acesso a justiça, na arbitragem teremos um custo que deverá ser arcado pelas partes que pactuarem a resolução por um órgão arbitral, nesse sentido, o mais desfavorecido não terão acesso a tal método.

Assim, após analisarmos os pontos positivos e negativos da arbitragem e de sua aplicação, o que mais chama a atenção é a necessidade de resolução dos conflitos que a cada dia que passa se tornando mais numerosos, principalmente no âmbito trabalhista, e com isso a procura de meios de resolução extrajudicial, que tornem mais rápidas as resoluções, trazendo a parte vencedora seus direitos garantidos em lei de forma confiável e sem vários anos de morosidade.

5. CONCLUSÃO

Quanto ao utilizar a arbitragem no direito do trabalho, especialmente nos dissídios individuais, não resta dúvidas quanto à efetividade, principalmente de sua contribuição direta um maior acesso a justiça, de forma célere e discriminada, entre tantas outras qualidades que vimos ao transcorrer do presente trabalho.

No entanto, se tratando de conflitos individuais trabalhistas deve-se observar algumas particularidades para uma efetivação precisa, que traga segurança para as partes que a adotarem.

Assim, primeiramente que os procedimentos arbitrais sejam conduzidos por instituições sendo que como regra geral, na havendo possibilidade da realização por outros órgãos não registrados. Ou seja, a proibição da arbitragem que deixa a uma livre escolha das partes quem deveria ser árbitro na contenda, ou até mesmo de qual tribunal arbitral recorrer, sem que haja uma intermediação de câmaras arbitrais ou de instituições com o mesmo cunho.

Pois se arbitragem determinado momento é um mecanismo excelente para a resolução de conflitos, por outro lado não se pode deixar de observar que a natural desigualdade das partes envolvidas (empregado e empregador), facilmente pode ser infectada ao se definir o árbitro ou tribunal de arbitral, em que se pese esse desequilíbrio não apenas em questões econômicas, mas sim no sentido de que o ente patronal está muito mais acostumado com a indicação de árbitros, e tem tendência a indicar sempre o que de alguma forma obteve mais sucesso em suas contendas, destarte, o empregado que se sujeita a arbitragem eventualmente teve algum contato nesse meio assim ficando sujeito a escolha com poucos critérios de avaliações. Nesse enredo instituições arbitrais poderiam até vigiar a escolha para que o mesmo árbitro não seja diversas vezes responsável por contendas da mesma parte, evitando assim eventuais conflitos de interesses.

Uma das principais características e fundamental para o bem desenvolver da arbitragem em um dissídio individual trabalhista é sem dúvidas a imparcialidade, tendo em vista os órgãos de classe que normalmente compõe cotas de representantes nas instituições de

modo que não basta a igualdade nos números de representantes, nesse caso há necessidade de que essas instituições sejam livres de tais representantes, e assim livre de uma eventual disputa que possa ocorrer. Portanto, para uma arbitragem especializada, imparcial, com profissionais gabaritados sem interesse algum na resolução dos conflitos, é preciso uma total desvinculação dos órgãos de classe.

Considerando que a arbitragem tem como regra a confidencialidade, temos a necessidade do vigor do princípio da publicidade no mecanismo da arbitragem, sendo que por um lado a discricão pactuada entre as partes protege a imagem tanto do empregado quanto do empregado, de outro modo não permite uma análise qualitativa do procedimento arbitral, muito menos da atuação dos árbitros. Pensando então que até o momento à arbitragem nos conflitos trabalhistas é um mecanismo ainda desconhecido, virgem por assim dizer, a confidencialidade acaba por barrar o progresso que pode ser obtido através de uma análise qualitativa.

Contudo, a publicidade trazida a arbitragem deixaria os árbitros sujeitos a uma enorme exposição, fortificando assim seu compromisso com uma resolução do conflito, visto a ameaça a sua reputação.

Enfim, a arbitragem trabalhista deve ser indispensavelmente de direito, diferenciando-se da arbitragem por equidade, onde o árbitro eleito quando assim pactuado pelas partes pode resolver a causa com seu livre entendimento, até mesmo sem se valer de normas positivadas, ou até as contrariando se assim concordarem as partes interessadas, como predito na própria lei de arbitragem em seu artigo 11°. O Brasil adota em sua lei de arbitragem (Lei 9.307/96 – LArb, artigo 11) a orientação da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, segundo a qual o tribunal somente poderá decidir por equidade se expressamente autorizado pelas partes (artigo 28-3). Nisso se alinha com a orientação da ampla maioria das legislações nacionais e das regras institucionais.

O árbitro trabalhista deve aplicar fontes formais do direito e o entendimento majoritário nas questões discutidas, sendo que escolher a arbitragem trabalhista, as partes não estarão escolhendo um direito alternativo, mas um método alternativo de resolver o conflito em que se encontram.

Por fim, voltando os olhos para a reforma trabalhista brasileira, que limita o uso da arbitragem à empregados que carreguem com sigilo altos salários, privando assim o

acesso aos que a há meu entender, mais necessitariam de um método alternativo de resolução, com fulcro em mera especulação de que tais indivíduos não gozam de plena capacidade para contratar a o mecanismo da arbitragem em seus conflitos.

Assim, é no mínimo afoita a adoção de clausula que impeça o acesso a tal mecanismo, portanto se o legislador tivesse deixado a livre escolha do empregado e do empregado adoção de mecanismo a qualquer tempo seria mais feliz, sendo que estes poderiam optar pela arbitragem ou pela resolução frente ao órgão estatal, ficando a cargo de instituições arbitrais e aos próprios advogados à fornecerem a orientação devida as partes, sendo facultado a escolha do melhor proceder em cada caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRR-2-56.2010.5.02.0351, 3ª turma, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, Julgado em 29/10/2012, DEJT 31/10/2012.

AMARAL, G. R. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. **Portal Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

BEVILÁQUA, C. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Campinas: Servanda. 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.307/96, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Último acesso em 15 de fevereiro de 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Último acesso em 15 fevereiro de 2018.

CARAJELES COV, P. C. S. **Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2010.

CARDOSO, O. V. Lei de Arbitragem: aspectos gerais. **Jus Navigandi**, Teresina, v.15, n.2452, 2010.

CARMONA, C. A. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

COLVIN, A. J. S.; GOUGH, M. D. **ILR Review**, v.68, p. 1019-1042, 2015.

DE CUPIS, A. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livr. Moraes, 1961.

E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 19/03/2010).

E-RR-282000-61.2001.5.02.0033, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 10/03/2011).

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, v.9, p.95-160, 1974.

LEI Nº 9.307. Dispõe sobre arbitragem, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

GARCEZ, M. N. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 12**. Por J. M. Carvalho Santos. Editor Borsoi. Rio de Janeiro,. 1947

MARTINS, I. G. da S. Dez anos da lei de arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1186, 30 set. 2006

MARTINS, S. P. **Direito Processual do Trabalho**. 18 ed. São Paulo. Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Sede: Albacete Sección: 2 Fecha: 22/07/2009 Nº de Recurso: 11/2009 Nº de Resolución: 1282/2009 Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION Ponente: JOSE MONTIEL GONZALEZ Tipo de Resolución: Sentencia.

PACHECO, I. A. C. **Os direitos trabalhistas e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003.

PADIS, G. Arbitration Under Siege: Reforming Consumer and Employment Arbitration and Class Actions. **Texas Law Review**; Austin, v. 91, n.3, p.665-710, 2013:

VENOSA, Silvo Salvo de. **Direito civil:** direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem Trabalhista:** um novo horizonte para a solução de conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006