

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Marcela de Borborema Machado Ramos

**A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE
TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA.**

Belém

2018

Marcela de Borborema Machado Ramos

**A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE
TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito do Centro
Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Doutorando Felipe Prata Mendes.

Belém

2018

Marcela de Borborema Machado Ramos

**A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE
TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito
do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Banca examinadora:

Apresentado em: _____/_____/2018

Prof. Doutorando Felipe Prata Mendes
Centro Universitário do Estado do Pará

- Orientador

- Examinador(a)

A Deus, aos meus pais, à minha irmã, à minha avó Olina e, às que me acompanham do mundo celestial, minha querida tia Lucinha e avó Terezinha, toda minha gratidão e amor.

AGRADECIMENTOS

A elaboração e realização desta monografia representa uma etapa muito importante em minha vida, especificamente para a conclusão do curso de Direito, já que retrata a recompensa pelo esforço dispendido durante esses quase cinco anos. Todo o aprendizado disponibilizado pelo CESUPA contribuiu expressamente para a minha formação técnica e pessoal e, mesmo sabendo que tenho um longo caminho pela frente e um vasto conhecimento a ser adquirido, agradeço imensamente a todos que contribuíram para a realização deste projeto.

Agradeço a Deus primeiramente, por ter me iluminado, abençoado, e dado sabedoria para a realização deste sonho. A Nossa Senhora de Nazaré por me proteger e ser minha fonte de fé ao longo deste percurso.

Em especial aos meus pais, Paulo e Luiza, que sempre me acompanharam, me apoiaram e dedicaram o máximo de amor que um ser humano pode receber. Sempre foram minha fonte de inspiração e meus exemplos de pessoas e profissionais exemplares.

Agradeço à minha irmã, Fernanda, por me dar colo, principalmente durante as madrugadas em claro, e por tolerar todo meu estresse e ansiedade.

Agradeço ao Professor Doutorando Felipe Prata Mendes pela enorme disponibilidade, conhecimento prestado, acolhimento e confiança.

À Professora Emília Farinha que foi a grande responsável por despertar em mim o amor pelo Direito do Trabalho.

Agradeço às amigas do CESUPA que compartilharam momentos bons e ruins, em especial minha amiga Vanessa Tandaya pelo apoio e parceria ao longo do curso.

Ao meu namorado Felipe Branco pelo suporte, carinho, amor e cumplicidade.

À minha amiga Suzanne Rodrigues, pela amizade e por todo auxílio dispendido para a realização do presente trabalho.

E por fim, ao CESUPA por ter me disponibilizado um corpo docente único, com profissionais qualificados, acrescentando conhecimentos técnicos e valores singulares a minha formação pessoal.

RESUMO

Esta monografia tem como escopo analisar que o excesso de demandas no Poder Judiciário gera a necessidade de utilizar meios alternativos, e especificamente no âmbito trabalhista: a utilização da Arbitragem como meio de solução de controvérsias nos conflitos individuais trabalhistas. A discussão inicia-se com as dificuldades de se alcançar um efetivo acesso à justiça, dentre as quais se destaca o excesso de demandas no judiciário e a importância das saídas extrajudiciais para solucionar tal excesso. Analisa-se também como o procedimento arbitral está inserido na atual conjuntura do sistema, tendo em vista que a Reforma Trabalhista veio expressamente autorizar a utilização da arbitragem para resolução dos dissídios trabalhistas individuais, quais são as vantagens que essa modificação legislativa trará na seara trabalhista, bem como quais são as ideias contrárias a este instituto. Assim, por meio da exposição acerca do procedimento arbitral, foi possível avaliar que a aplicação da arbitragem como método alternativo na resolução de litígios individuais trabalhistas, além de muito bem vinda em nosso ordenamento jurídico, é totalmente legal e constitucional, e consegue superar o seu principal obstáculo: a indisponibilidade dos direitos individuais trabalhistas. Por fim, apontou-se que, apesar das diversas vantagens, por se tratar de uma “inovação” legislativa, ainda há muitos desafios a serem analisados e solucionados para que a utilização desse instituto não traga prejuízos ao empregado e não viole princípios trabalhistas.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Desafogamento do Judiciário; Extrajudicialização; Arbitragem; Solução de conflitos individuais.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze out that the excess of demands in the Judiciary generates the need to use alternative means, and specifically in the labor scope, the use of Arbitration as a means of resolving disputes in individual labor conflicts. The discussion begins with the difficulties of reaching an effective access to justice, among which is highlighted the excess of demands in the judiciary, and the importance of extrajudicial alternatives to solve such excess. It is also analyzed how the arbitration procedure is inserted in the current conjuncture of the system, considering that the most recent Labor Reform expressly authorized the use of arbitration to solve individual labor disputes, what are the advantages that this legislative change will bring in the field as well as what are the opposing ideas of this institute. Thus, through the exposition about the arbitration procedure, it was possible to evaluate that the application of arbitration as an alternative method in the resolution of individual labor disputes, in addition to being very well received in our legal system, is totally legal and constitutional and overcomes its main obstacle: the unavailability of individual labor rights. Finally, it was pointed out that although the use of arbitration in the context of conflicts of individual labor rights brings several advantages, since it is a legislative "innovation", there are still many challenges to be analyzed and solved so that the use of this institute does not harm the employee and does not violate labor principles.

Key words: Access to Justice; Drowning of the Judiciary; Extrajudicialization; Arbitration; Solving individual conflicts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A SUA APLICAÇÃO AOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	10
1.1 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	10
1.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	10
1.3 DIREITO AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E SEUS OBSTÁCULOS	12
1.4 A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS	14
1.5 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO NOVO CPC.....	16
1.6 REFLEXOS DO NOVO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO QUANTO AOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	18
2 ARBITRAGEM: ASPECTOS GERAIS E CRÍTICAS A SUA INCIDÊNCIA NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS?	21
2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS ACERCA DA ARBITRAGEM.....	21
2.1.1 Arbitragem.....	21
2.1.2 Procedimento arbitral	23
2.1.2.1 Autonomia das partes	23
2.1.2.2 Cláusula arbitral e compromisso arbitral.....	23
2.1.2.3 Sentença arbitral	24
2.2 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	25
2.3 A EXPERIÊNCIA DA ARBITRAGEM EM OUTROS PAÍSES	27
2.4 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM	29
3 A ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA	35
3.1 A ARBITRAGEM NO ARTIGO 507-A DA NOVA CLT.....	35
3.2 VANTAGENS DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO	38
3.3 MOTIVOS DE RESISTÊNCIA ÀS FORMULAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO NO DIREITO DO TRABALHO	41
3.4 OS RISCOS DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO ...	49
3.5 A ARBITRAGEM NOS DIREITOS COLETIVO E INDIVIDUAL DE TRABALHO	52
3.6 DESAFIOS QUE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM APRESENTA NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central a utilização do procedimento arbitral como meio de solução extrajudicial para resolver controvérsias oriundas de conflitos individuais trabalhistas.

Nesse sentido surge a seguinte pergunta problema: é viável a utilização da arbitragem para solucionar os dissídios trabalhistas individuais? Em decorrência disto, serão tratados múltiplos aspectos relevantes e indispensáveis para a compreensão no contexto jurídico, e especificamente na seara trabalhista.

Este ensaio tem como escopo principal gerar uma reflexão acerca do uso da via arbitral como meio extrajudicial, como uma alternativa para solucionar os conflitos individuais do trabalho, e, em consequência disto, demonstrar como esta pode se apresentar como uma saída para a superlotação do poder judiciário, especificamente no âmbito trabalhista.

Para tanto, primeiramente, abordar-se-á acerca do que seria um verdadeiro e efetivo “acesso à justiça”, demonstrando que uma das grandes dificuldades para alcançá-lo consiste na superlotação judicial, já que a atual configuração do sistema demonstra que a cada ano o Poder Judiciário tem demonstrado morosidade para resolver as demandas, gerando um acúmulo processual, o que, em consequência, ocasiona enormes prejuízos para a sociedade.

Apresentar-se-á quais os meios extrajudiciais admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, a importância desses métodos e a nova roupagem que o Novo Código de Processo Civil veio trazer acerca desse tema. Posteriormente, serão apresentadas peculiaridades do procedimento arbitral, como a arbitragem é utilizada no direito do trabalho, quais os pontos positivos da utilização do mesmo, quais os argumentos taxados como incompatíveis pela utilização do procedimento arbitral e o porquê de a arbitragem não ser conflitante com o atual sistema trabalhista, mais especificamente no âmbito de litígios individuais.

No primeiro capítulo, será analisado o conceito de “acesso à justiça”, analisaremos a ampliação e evolução que esse conceito sofreu com o passar dos anos, bem como veremos quais são os obstáculos existentes para se alcançar esse efetivo acesso, dentre eles o principal seria o “abarroamento” de processos na Justiça Brasileira. Nesse contexto, e à luz do Novo Código de Processo Civil, aumenta-se a importância da utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, entre eles, a via arbitral.

Adiante, no capítulo dois, será feita uma abordagem acerca do procedimento arbitral e suas peculiaridades, demonstrando qual o objeto do conflito para a utilização da via arbitral, e ainda quais as características do procedimento arbitral. Posteriormente, faremos uma breve

análise do histórico da aplicação desse instituto no Brasil e como ele foi aplicado em outros países ocidentais. Depois, passaremos a estudar as ideias contrárias ao instituto da arbitragem, e se esses posicionamentos merecem ser acolhidos em nosso ordenamento jurídico.

Finalizando o estudo, o terceiro capítulo apresentará o que a Reforma Trabalhista trouxe acerca da arbitragem, analisando quais são as vantagens desse instituto na seara trabalhista, especialmente no que tange aos dissídios individuais de trabalho. Todavia, analisaremos também, quais são os principais fatores de resistência de grande parte da doutrina em aceitar as fórmulas extrajudiciais para resolução de conflitos. Veremos também quais são as desvantagens que uma parcela doutrinária acredita que o instituto acarreta.

Por fim, apresentaremos que, em que pese a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas possa trazer muitas vantagens para os litigantes e para a Justiça Trabalhista, a autorização para a sua utilização ainda é muito recente, havendo, ainda, desafios que precisam ser analisados e enfrentados, para que esse instituto possa ser utilizado de forma que não prejudique os empregados, tampouco viole os princípios basilares do direito do trabalho.

O trabalho foi elaborado por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais que forneceram embasamento teórico para a construção dos argumentos apresentados.

1 A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A SUA APLICAÇÃO AOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Nesse capítulo, será demonstrada a relevância da arbitragem no nosso ordenamento jurídico, porque este instituto está tomando cada vez mais espaços nos países ocidentais e quais são suas vantagens para a sociedade¹.

Para entendermos a importância da via arbitral, devemos primeiro entender alguns aspectos do nosso sistema jurídico moderno. Primeiramente, devemos nos perguntar a quem de fato esse sistema beneficia? E a que preço? Quem realmente tem acesso a esse sistema? E ele é apto para atender os que o recorrem?

A evolução da ideia de acesso à justiça trouxe inúmeros elementos novos, que permitem uma análise mais precisa de institutos, como o da arbitragem, que antes não recebiam a devida atenção ou que eram tratados sob outros enfoques.

Mas o que significa de fato a expressão “acesso à justiça”? O acesso à justiça não deve ser considerado necessariamente a prestação da tutela estatal por meio do judiciário. O acesso à justiça propriamente dito é aquele que possibilite aos cidadãos o acesso à dignidade humana, e a efetivação dos seus direitos fundamentais.

Conforme o entendimento de Cappelletti (1988), a expressão acesso à justiça é de difícil definição, mas poderia ser considerado como o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus conflitos, sob os cuidados do Estado. Esse sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Nesse contexto, vemos que a sociedade, cada vez mais, vem rompendo a crença tradicional de depositar inteiramente sua confiança nas instituições jurisdicionais e tendo cada vez mais ânsia de tornar esse acesso efetivo, não apenas no campo de um conceito meramente simbólico e, isso exige diversas reformas no nosso sistema jurídico.

1.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

¹ A discussão teórica sobre conceitos doutrinários de arbitragem, inclusive as distinções e as relações entre arbitragem e jurisdição estatal, serão abordadas no item 2.1. Para o momento é suficiente compreender que esse instituto é um meio não judicial de resolução de conflitos.

Primeiramente, merece ser objeto de análise as transformações que esse acesso à justiça sofreu em nossa sociedade. No século XVIII, quando havia os estados liberais burgueses, esse acesso significava apenas o direito formal de cada cidadão propor ou contestar uma ação. Ele era considerado um direito natural, mas que não carecia de uma ação estatal para a sua proteção, pois o Estado devia apenas garantir que esse direito não seria lesado por outros. Assim, se havia muitas pessoas com incapacidades econômicas para se utilizar da justiça e suas instituições, isso não era problema do Estado.

O sistema que vigorava na época era o chamado *laissez-faire* e nele o acesso à justiça, assim como a outros direitos sociais, só poderiam ser alcançados por aqueles que tivessem condições de arcar com seus custos. Assim, percebemos que havia apenas um acesso formal do cidadão à justiça, pois não havia uma igualdade efetiva entre os indivíduos de acessarem a justiça.

Nesse contexto, à medida que essas sociedades burguesas começaram a crescer, o conceito de direitos humanos começou a sofrer mudanças radicais. A chamada “primeira dimensão” de direitos humanos, que dava tanto enfoque nos direitos individuais, começou a dar lugar para uma “segunda dimensão”, a qual começou a priorizar os direitos coletivos e sociais. Assim, esse movimento começou a reconhecer direitos e deveres do Governo, dos indivíduos e da comunidade como um todo. Para tornar esses direitos efetivos, deve haver uma atuação estatal positiva. E o acesso à justiça se encontra no rol desses direitos individuais e sociais que passaram a ser assegurados pelo Estado.

Assim, conforme Cappelletti (1988), o acesso à justiça começa a ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas a proclamar o direito, tendo em vista que passa a ser o mais básico dos direitos humanos.

E esse modo pelo qual os direitos se tornam efetivos começou a ser o principal objeto do estudo do antigo processo civil, o qual vem, até os dias de hoje, se preocupando cada vez mais em propiciar métodos efetivos que garantam a todos um acesso à justiça de forma igualitária.

Nesse entendimento, Cappelletti (1988):

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários

mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Dessa forma, os processualistas começaram a se dedicar cada vez mais em estudar os métodos alternativos de soluções de conflitos, métodos que envolvessem a psicologia, a sociologia, entre outras matérias, objetivando aprimorar o acesso à justiça que todos os indivíduos merecem possuir. O objetivo do direito processual passou a ser a criação de mecanismos, ainda que extrajudiciais, para que todos pudessem ter seus conflitos resolvidos e seus direitos resguardados.

Surge, então, uma preocupação em se alcançar efetivamente a justiça, de forma justa para todos os cidadãos, e é nesse contexto que se faz tão necessária a criação e efetivação de métodos alternativos, não judiciais, para solucionar os conflitos.

1.3 DIREITO AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E SEUS OBSTÁCULOS

Quando defendemos um acesso à justiça efetivo, não estamos falando apenas sobre “bater na porta do judiciário”, estamos falando de uma “igualdade de armas” entre os indivíduos no que diz respeito à igualdade de condições em judicializar uma demanda; a garantia de que a demanda chegará a uma conclusão final, independente das diferenças econômicas e sociais das partes; de que todos poderão reivindicar seus direitos da mesma forma. Em que pese saibamos que as diferenças entre as partes dificilmente serão totalmente erradicadas, nós devemos identificar e enfrentar os obstáculos a esse efetivo acesso, dentro quais se destacam, conforme os entendimentos de Cappelletti e Garth (1988) o tempo, os custos, as possibilidades das partes e o excesso de formalidade.

Em um processo judicial, os litigantes suportam custos bastante elevados, referentes às custas processuais, os depósitos recursais e os honorários advocatícios. Dessa forma, esses altos custos constituem uma importante barreira ao acesso à justiça, tendo em vista que só podem ser suportados por uma parte da população. Esses custos aumentam, e muito, quando levamos em consideração que se levam anos para que um conflito seja solucionado judicialmente. Os efeitos dessa morosidade são desastrosos, considerando os elevados índices de inflação.

Dessa forma, com os custos maiores, o economicamente mais fraco acaba abandonando a causa ou aceitando acordos com valores ínfimos, comparados com o que ele fazia jus. Ou seja, levando em consideração esse cenário, uma justiça que não cumpre sua tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável é uma justiça “injusta” e inacessível.

Podemos concluir que o litigante que possui mais recursos econômicos consegue suportar as delongas de um litígio e, muitas vezes, por esse motivo, e com o intuito de fazer a outra parte desistir ou aceitar um acordo, interpõe recursos atrás de recursos, apenas para protelar a resolução do conflito, gerando, assim, uma morosidade absurda para a resolução judicial da causa.

Nesse sentido, percebe-se que a morosidade para solucionar uma demanda judicial eleva consideravelmente os valores despendidos para arcar com um processo, gerando prejuízos para ambas às partes, principalmente para o litigante menos favorecido economicamente. Assim, em que pese a arbitragem tenha um custo inicial bem mais elevado que um processo judicial, em longo prazo, esse instituto se torna muito menos oneroso para as partes, uma vez que por solucionar a lide em tempo consideravelmente menor, ele não permite essa delonga processual, não permitindo que os valores decorrentes do processo sejam atualizados ao longo do tempo.

Não obstante, também não há o que se falar em depósito recursal no procedimento arbitral, pois esse instituto não prevê a possibilidade de interposição de recursos. Assim, considerando a resolução da lide em longo prazo, o procedimento arbitral se mostra mais acessível para ambas as partes.

Além desses obstáculos, merece atenção também o fato do processo judicial ter como característica procedimentos complicados, extremamente formais, que muitas vezes ocasionam intimidação nos litigantes menos esclarecidos. O formalismo exacerbado que assola o nosso judiciário afasta os jurisdicionados, que se sentem completos estranhos.

Há também uma disparidade entre as partes quando em um dos polos estão presentes os chamados “litigantes habituais”. Estes têm uma frequência de encontro com o sistema judicial, possuindo uma maior experiência processual, o que possibilita um maior planejamento da causa, desenvolvendo estratégias e defesas mais aprimoradas, quando comparadas as da outra parte, que tem pouco, ou quase nenhum contato com o judiciário.

Nesse sentido, Fiuza (1995) também ressalta fatores, que, no seu ponto de vista, impedem o alcance a um efetivo acesso à justiça e uma real efetivação dos direitos sociais, os mais relevantes dentre eles seriam: existência de magistrados sobrecarregados de trabalho, ocasionando, muitas vezes, uma prestação de má qualidade da tutela jurisdicional; a burocracia

demasiada do judiciário; a complexidade e formalidade do nosso direito processual civil; a realidade de sentenças inexecutíveis e a complexidade na produção de provas.

Para este autor, algumas medidas devem ser tomadas para aumentar o acesso à Justiça, entre essas medidas estariam a reformulação do direito processual, tornando-o mais simples, mais célere e menos formal; o aumento do número de magistrados e auxiliares da justiça e o aumento do uso do juízo arbitral.

Refletindo sobre todos esses obstáculos que existem a um efetivo acesso à justiça, percebemos que essa acessibilidade se distancia cada vez mais dos litigantes com menores condições econômicas, dos menos esclarecidos, dos litigantes individuais e não habituais.

Dentro desse cenário, podemos enquadrar perfeitamente a classe operária, a qual é composta, em sua grande maioria, por trabalhadores carentes economicamente, menos esclarecidos e que demandam uma única vez no judiciário, e não podem suportar uma morosidade processual, pois seu grande objetivo é resguardar as suas verbas trabalhistas, as quais têm caráter alimentar e de subsistência.

Assim, alcançar um efetivo acesso à justiça é de grande relevância para a sociedade como um todo e, em especial, aos trabalhadores, que muitas das vezes são deixados de lado pelo nosso sistema judicial.

1.4 A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

E é nesse contexto de alcançar o tão almejado acesso à justiça efetivo, que os métodos alternativos de solução de conflitos ganharam espaço. Esses métodos foram sendo criados e desenvolvidos com a utilização de procedimentos mais simples e informais, para se atingir a resolução do litígio. Essas técnicas ajudam a solucionar as causas de uma maneira mais ágil e menos onerosa, ao mesmo tempo em que aliviam o congestionamento e a mora do judiciário brasileiro. Entre elas estão a mediação, a conciliação e o juízo arbitral.

A mediação consiste em uma forma de autocomposição de conflitos, onde um terceiro imparcial auxilia as partes na busca de uma solução satisfatória para o conflito. Esse terceiro não decide, não opina diretamente sobre a controvérsia, ele apenas utiliza técnicas que propiciem que as partes restabeleçam a comunicação e se aproximem, de tal modo que possam elas mesmas tomar as decisões e soluções adequadas.

Uma das grandes vantagens desse método, além da agilidade e rapidez na conclusão do conflito, é a preservação da relação, pois nesses casos as partes têm um relacionamento anterior,

todavia, estão passando por algumas desavenças que serão solucionadas com o auxílio desse terceiro imparcial e, assim, elas solucionam a lide e dão continuidade no relacionamento.

A conciliação é um instituto similar ao da mediação, consiste também em uma forma de autocomposição de litígio, onde um terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem a uma resolução do conflito, todavia, aqui o terceiro opina e é ele mesmo quem chega à solução, mas sempre respeitando a autonomia dos litigantes em aceitarem ou não.

Esse instituto é de extrema eficácia nos conflitos pontuais, onde as partes não tinham um longo relacionamento, provavelmente se conheceram pontualmente por ocasião do conflito, como por exemplo, em acidentes de trânsito.

E, por fim, a via arbitral, que é o nosso principal objeto de estudo, consiste em um método heterocompositivo de resolução de conflito, no qual se atribuem poderes a um terceiro imparcial, para decidir por eles o conflito. Moore (1998, p. 23) conceitua a arbitragem como “processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria, imparcial e neutra, para decidir por elas o litígio”.

A arbitragem apresenta diversas vantagens, as quais irão ser aprofundadas melhor no tópico 3.2 -do terceiro capítulo. Dentre elas podemos destacar o auxílio no desafogamento do judiciário, o qual esta cada vez mais abarrotado de processos, que levam anos para serem decididos e concluídos, bem como o fato de que muitas vezes as soluções proferidas não são as mais justas, tendo em vista que a quantidade de processos é tão grande, que o juiz não consegue analisar de forma satisfatória cada um deles, realidade que faz com que o Estado não preste de forma efetiva a sua tutela jurisdicional.

Ademais, pelo fato de os litigantes escolherem o seu próprio árbitro, este, na maioria dos casos, é um especialista no assunto, tendo, assim, maior conhecimento e propriedade para entender e solucionar o conflito, decidindo de forma mais cautelosa e justa.

A via arbitral propicia também que as partes decidam as regras procedimentais a serem adotadas no processo, fazendo com que haja uma maior comodidade e informalidade para ambas. Dentre essas regras escolhidas, os litigantes podem delimitar prazo para a solução do conflito, resultando em uma maior rapidez na conclusão do processo.

Outrossim, o procedimento arbitral corre em sigilo, propiciando às partes sigilo quanto à matéria em discussão, pois esta não pode ser divulgada nem publicada. Por fim, a decisão do árbitro, chamada de sentença arbitral, é um título executivo judicial e reveste-se como coisa julgada.

Concluindo o breve estudo acerca do que seria o efetivo “acesso à justiça” e dos métodos alternativos de soluções de conflitos, como forma de conseguirmos chegar a esse tão pretendido

acesso, vale a análise de um trecho de Cappelletti (1988) que fala sobre a necessidade urgente em centrar o foco de atenção no indivíduo e criar um sistema que atenda suas necessidades. Nos ensinamentos do autor (1988, p. 93)

O reconhecimento dessa necessidade reflete uma mudança fundamental no conceito de “justiça”. No contexto de nossas cortes e procedimentos formais, a “justiça” tem significado essencialmente a aplicação das regras corretas de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça era o padrão pelo qual os processos eram avaliados. A nova atitude em relação à justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger chamou de “uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil”. A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a “justiça social”, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas – por exemplo, com relação ao papel de quem julga – é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O “acesso à justiça” precisa englobar ambas as formas de processo.

Assim, percebe-se que houve uma mudança de paradigma na sociedade. O processo não tem mais um fim em si mesmo, ele é um meio para que se alcance a justiça. E, por ele não conseguir alcançá-la, muitas vezes, de forma satisfatória, surgiu espaço para os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, pois estes também resolvem o litígio e conseguem ser um meio efetivo para se alcançar a justiça social.

Nesse sentido, há uma mudança radical na hierarquia de valores no Novo Código de Processo Civil, uma vez que ele passa a priorizar a criação, no âmbito do judiciário, de um ambiente não somente de julgamento, mas, sim de efetiva resolução de dissídios. O Código gera um espaço integrado de resoluções de conflitos, o foco sai apenas do julgamento e passa a ser um efetivo alcance da justiça.

Dessa forma, vale frisarmos a importância desses institutos nos dias atuais, pois em um contexto em que vemos um judiciário assoberbado de processos, os quais demoram anos para serem concluídos, soluções alternativas a essa morosidade processual se tornam cada vez mais necessárias.

1.5 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO NOVO CPC

Ao analisarmos o instituto da arbitragem em outras áreas do direito, iremos perceber que a sua utilização está sendo cada vez mais estimulada e utilizada, como é o exemplo do nosso direito processual civil brasileiro, que, por meio do Novo CPC, veio amplamente incentivar a utilização desse instituto. Segundo Cunha e Neto (2014, p. 270), “o NCPC eleva a

primazia da solução consensual do conflito à condição de norma fundamental do processo civil brasileiro”.

O Novo Código de Processo Civil vem estimular essa mudança de paradigma, na medida em que traz diversos dispositivos relacionados com os chamados meios alternativos de soluções de conflitos. Há uma valorização do consenso e um cuidado em criar, no âmbito do judiciário, um campo não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos, o que se dará, principalmente, por meio da mediação, conciliação e arbitragem.

Além de proporcionar um redirecionamento e democratização do papel do Poder Judiciário e do seu modelo de prestar a tutela jurisdicional, o NCPC vem auxiliar a ampliar o próprio acesso democrático à justiça, conforme já foi abordado no tópico anterior. Segundo Nunes e Teixeira (2013, *apud* CUNHA e NETO, 2014, p. 260), “o acesso à justiça democrático exige que as autonomias dos cidadãos sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito, mas, sobretudo no momento aplicativo”.

Nesse mesmo sentido, acerca da tendência do NCPC de buscar soluções de conflitos alternativas, Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 44) lecionam que “alarga-se o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial”.

Nesse contexto, a conciliação e a mediação são técnicas destinadas a proporcionar a autocomposição dos litígios. Para isso, um terceiro intervém, ajudando para que as partes resolvam por si mesmas, o conflito que há entre elas. Já a arbitragem, é um meio de heterocomposição. O árbitro tem um papel parecido com o juiz, decidindo a causa que lhe for submetida.

Dessa forma, o Novo Código procurou se harmonizar com a Constituição Federal e com a Lei de Arbitragem, estipulando que a arbitragem também é jurisdição.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Ademais, o código prestigia esse instituto não só como um meio singular de solução de conflitos, mas também como um meio efetivo e adequado de solução de controvérsias. Dessa forma, ele traz mais avanços para este instituto, e está cada vez mais em conformidade com a CF e com a Lei 13.1299/2015 (Lei da Arbitragem).

Nesse sentido, Rodovalho (2014, p. 924):

Trata-se de moderna visão do NCPC, em consonância com a Reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional n. 45, na tentativa de uma mudança da cultura de litígio que atualmente impera no Brasil, para uma melhor administração da justiça. Essas disposições guardam, ainda, harmonia com a Resolução CNJ n. 125/2010, que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e que justamente procurou desenvolver no país o que se cunhou de sistema multiportas ou tribunal multiportas [com inspiração no sistema americano (Multi-door Courthouse System)], estimulando o uso de meios extrajudiciais de solução dos conflitos, tais como negociação, conciliação e mediação, com vistas, inclusive, a tornar efetivo o direito constitucional à razoável duração do processo.

Ou seja, conforme falamos no tópico anterior, há uma mudança radical na hierarquia de valores no Novo Código de Processo Civil, tendo em vista que este passou a priorizar os meios extrajudiciais de soluções de conflitos, para gerar uma solução justa, efetiva e célere para as partes. Ele passou a priorizar uma solução justa de conflitos em detrimento a uma solução exclusivamente processual. Um desses métodos alternativos, que teve uma significativa importância no novo CPC, foi o instituto da arbitragem.

Levando-se em conta o que foi observado, podemos perceber que o Novo Código de Processo Civil cria um sistema integrado de solução de conflitos, trazendo uma importante transformação de conceito e orientação, onde o foco deixou de estar apenas no julgamento e passou a estar também na efetiva resolução da controvérsia.

1.6 REFLEXOS DO NOVO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO QUANTO AOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inúmeros direitos aos trabalhadores foram previstos. Os direitos sociais elencados no Título II, Capítulo II, da Carta Magna formam uma cadeia de garantias e proteção aos trabalhadores.

Tais direitos produziram um aumento das demandas trabalhistas no judiciário, levando em consideração que esses direitos sociais ficaram mais visíveis e começaram a ser mais demandados pela classe operária.

Aliado a esse fator, devemos levar em consideração também o contexto atual de crise econômica em que o Brasil se enquadra, situação que faz com que muitos empregadores, que se encontram em péssimas condições financeiras, não consigam solver com seus débitos trabalhistas, não arcando, assim, com todos os direitos dos seus empregados. Essa inadimplência faz com que os empregados recorram ao Poder Judiciário para reaver seus

direitos, ocasionando um demasiado “inchaço” na Justiça do Trabalho, pela grande quantidade de demandas.

Esse socorro ao judiciário infelizmente prejudica os próprios trabalhadores, uma vez que acaba gerando uma justiça congestionada, um retardo na prestação da tutela jurídica do Estado e o empregado demora a ver seus direitos materializados.

Gravatá (2015, p. 205) afirma que “um dos maiores tormentos a que se podem submeter os litigantes é a morosidade do processo judicial. Ele avilta a parte, fere de morte o ideal da justiça e funciona como mais uma razão de descrédito e desprestígio do Poder Judiciário”.

Na maior parte dos processos existente na Justiça do Trabalho, o empregado já foi dispensado e está postulando receber a contraprestação em relação ao trabalho já prestado. Assim, não há porque utilizar uma estrutura judicial tão cara, demorada e burocrática para julgar um conflito tão simples e de tão importância para a subsistência do empregado. Nesse fato, reside a necessidade da utilização de mecanismos alternativos para a resolução dos conflitos trabalhistas, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

E, ainda que o conflito ocorra durante a execução do contrato de trabalho, os métodos extrajudiciais de solução de conflitos também se tornam extremamente adequados, uma vez que, por se tratarem de resoluções “não judiciais”, na maioria dos casos, o relacionamento entre as partes é preservado, o que dificilmente ocorre quando a demanda é solucionada judicialmente.

Seguindo nessa linha, devemos nos questionar, do que adianta a existência de vários direitos sociais garantidos aos trabalhadores, se os mesmos não podem ser exercidos em sua plenitude? Infelizmente, o processo judicial vem se mostrando incapaz de satisfazer, com excelência, os anseios sociais. O processo se tornou prolixo, prolongado, atrasado e, sabemos que justiça tardia não pode ser considerada justiça. As relações de trabalho são cada vez mais dinâmicas, ocorrem contratações e demissões o tempo todo, fazendo com que os empregados careçam de soluções mais rápidas para os seus conflitos.

Conforme vimos no tópico anterior, o Novo Código de Processo Civil, assim como a nova CLT, com o advento da Reforma Trabalhista, veio consolidar a utilização de mecanismos extrajudiciais para agilizar a resolução dos conflitos. A presente pesquisa apresenta um enfoque direcionado para a análise da arbitragem.

Dentre esses métodos de solução de conflitos, há a conciliação, a qual sempre foi priorizada dentro do direito do trabalho, chegando a ser um princípio norteador do próprio processo do trabalho. Todavia, ela sempre foi muito utilizada e estimulada dentro dessa Justiça e ainda assim, com a sua utilização em várias fases do processo, as demandas continuam

demorando demasiadamente para serem solucionadas, o judiciário continua lotado e sem dar conta de responder de forma satisfatória a todos os seus processos. Por isso, estimulamos cada vez mais a utilização da via arbitral, pois este instituto possibilita o desafogamento do judiciário trabalhista de maneira efetiva, pois as partes iriam para outro tribunal, o tribunal arbitral, para resolver seus conflitos.

Ademais, por muito tempo, imperava o entendimento contrário à utilização dos métodos alternativos, em especial o da arbitragem, por se entender que nas relações de trabalho apenas havia direitos indisponíveis, os quais só poderiam ser solucionados pela Justiça do Trabalho.

Todavia, o que vimos na nossa justiça trabalhista, especialmente na atual época de crise em que vivemos, é na verdade uma renúncia de direitos trabalhistas a todo tempo, feita pelo próprio juiz ou homologada por ele, nos acordos extrajudiciais ou nos acordos realizados em fase de execução, onde o juiz, idealizando que o empregado recebe, mas que a empresa consiga arcar com essa dívida, de forma que consiga continuar se mantendo também, realiza ou homologa acordos com valores bem menores do que o empregado realmente tinha direito.

É nesse sentido, e com a demonstração de todas as vantagens que a via arbitral traz, que estimularemos cada vez mais a utilização desse instituto como forma de resolução alternativa de conflito na Justiça Trabalhista.

Todavia, o instituto da arbitragem é objeto de controvérsia e sempre enfrentou forte resistência, uma vez vários segmentos de profissionais da área acreditam que ele viola diversos direitos e princípios garantidos pela nossa Constituição Federal.

Essas considerações em sentido contrário ao instituto da arbitragem merecem ser analisadas com muita cautela, para, assim, podermos concluir se esse método seria considerado constitucional e até que ponto ele alcançaria um efetivo acesso à justiça. Por essa razão, analisaremos essas questões no capítulo seguinte.

2 ARBITRAGEM: ASPECTOS GERAIS E CRÍTICAS A SUA INCIDÊNCIA NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS ACERCA DA ARBITRAGEM

Levantamos no capítulo anterior a importância dos métodos não judiciais de soluções de conflitos para alcançar um efetivo acesso à justiça. Durante o presente trabalho iremos dar enfoque ao instituto da arbitragem como um dos métodos mais eficazes e vantajosos para se alcançar esse tão almejado ideal.

Para adentrar no estudo desse instituto, iremos analisar nesse capítulo os principais conceitos da arbitragem, para, posteriormente, podemos entender como ela vem sendo aplicada em nosso país, como ela é aplicada e efetivada em países desenvolvidos que adotam esse instituto e, por fim, quais são as ideias contrárias à utilização desse método e se estas estão providas de fundamentos que mereçam prosperar ou não.

2.1.1 Arbitragem

Na seara trabalhista há três grandes formas de composição de conflitos, são elas: a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição.

A autodefesa ocorre quando as partes utilizam qualquer meio pra fazer valer os seus direitos, elas utilizam de forças que elas têm naquele momento em seu favor, é a chamada “justiça de mão própria”. Um exemplo disso seria a greve dos obreiros, que é um método de paralisação dos serviços com o intuito de pressionar a entidade patronal a conceder pretensões pleiteadas pela classe dos trabalhadores.

Já a autocomposição e a heterocomposição serão explicadas conforme os ensinamentos de Ana Paula Pellegrini Lockmann (2014, p. 127-128):

A autocomposição é a forma direta de solução do conflito, na qual os litigantes, em consenso e sem o emprego da força, fazem concessões recíprocas mediante ajustes de vontade, chegando à solução pacífica da controvérsia. Pode se dar à margem do processo (extraprocessual) ou no bojo do próprio processo (intraprocessual). São exemplos de autocomposição trabalhista a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho (art. 611 e seguintes da CLT), a mediação e a conciliação, inclusive a celebrada no âmbito da Comissão de Conciliação Prévia- CCP (art. 625-E da CLT). Na heterocomposição; o conflito é solucionado por um terceiro, que decide a lide com força obrigatória sobre os litigantes. Observe que, enquanto na autocomposição o resultado é obtido diretamente pelas próprias partes

(ainda que haja a participação de um mediador ou conciliador como facilitadores), na heterocomposição os litigantes (ou um deles, no caso de ação judicial) submetem a lide a um terceiro em busca de uma solução por ele a ser firmada. Podemos citar a jurisdição e a arbitragem como exemplos de heterocomposição.

Podemos observar que a arbitragem se enquadra como um método heterocompositivo de soluções de conflitos. Dessa forma, a arbitragem pode ser conceituada como um procedimento não judicial apto a solucionar conflitos por meio da heterocomposição, uma técnica na qual as partes do litígio nomeiam um terceiro, denominado árbitro, que irá analisar e decidir o litígio.

Conforme entendimento de Amauri Mascaro (2013, p. 598), a arbitragem é:

[...] O procedimento de solução de conflito mediante um órgão ou uma pessoa ao qual as partes são submetidas e que profere uma decisão. Essa pessoa, supra partes denomina-se árbitro.

Dessa forma, quando os litigantes elegem a arbitragem como o meio de solução do conflito, a competência da Justiça Comum fica excluída. O estado não pode intervir de maneira tirana no procedimento arbitral, ele apenas poderá julgar o conflito novamente se se tratar de uma decisão emitida mediante vício.

Assim, uma decisão transitada em julgado proferida pelo árbitro faz coisa julgada, igualmente os processos transitados em julgado na Justiça Comum. Ou seja, se uma das partes ficou insatisfeita com a sentença arbitral e quiser ingressar em âmbito judicial para rever aquela mesma questão, o juiz irá extinguir o processo sem resolução de mérito, por se tratar de coisa julgada.

Para aplicar a arbitragem, devem ser observados alguns requisitos. As partes devem possuir capacidade civil e a lide deve versar sobre um direito disponível. Quanto ao direito que será aplicado para solução do conflito, as partes têm liberdade para escolher. Conforme Carmona (2009), nada impede que as partes criem normas específicas para solucionar o litígio, recorram às regras de um órgão arbitral institucional ou até mesmo às regras procedimentais de um código estrangeiro.

Nesse sentido, a arbitragem se operacionaliza da seguinte maneira: as partes elegem o árbitro e delegam a este a função de analisar e apreciar a lide em questão para, assim, julgar o caso, designando a melhor solução. Essa solução será proferida por meio de um laudo arbitral e irá vincular as partes, constituindo um título executivo judicial, conforme o art. 31 da Lei de Arbitragem.

2.1.2 Procedimento arbitral

A lei da arbitragem possui sete capítulos, e ao longo de seus dispositivos ela vem tratar sobre a autonomia da vontade; as formas de convenção de arbitragem; as competências do árbitro; a sentença arbitral; nulidade de sentenças, entre outros temas. Iremos destacar os conceitos principais dispostos na Lei de Arbitragem, lei que servirá como base, juntamente com a CLT e os princípios do direito do trabalho, para a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas.

2.1.2.1 Autonomia das partes

O procedimento arbitral privilegiou o princípio da autonomia da vontade, permitindo que as partes do litígio exerçam a faculdade de adotarem o procedimento arbitral que lhes forem mais adequados para ser aplicado no conflito. Todavia, esse princípio não é absoluto, pois encontra limitações legais, tendo em vista que ele não poderá violar preceitos constitucionais, a ordem pública e os bons costumes.

Conforme leciona Carmona (2009, p.64):

Ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido. Tal liberdade diz respeito ao procedimento a ser adotado pelos árbitros e ao direito material a ser aplicado na solução do litígio [...].

Essa possibilidade de escolha permite às partes uma maior segurança nos contratos, considerando que por ter sido escolhida pelas partes a lei que será aplicada, estas não se surpreenderão com um procedimento de solução diverso do que foi eleito.

2.1.2.2 Cláusula arbitral e compromisso arbitral

A convenção arbitral pode ser feita de duas formas, por meio da cláusula compromissória ou por meio do compromisso arbitral.

Conforme Guilherme (2002, *online*):

A cláusula arbitral é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios eventualmente derivados

do contrato. É, pois, cláusula compromisso, necessariamente escrita, ainda que em forma de pacto adjecto, e dela não poderá a parte fugir em função da conhecida construção do nosso direito tradicional, traduzida no axioma: *pacta sunt servanda* (art.4º). Prevê ainda a lei que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato, de modo que mesmo ocorrendo nulidade ou outros vícios não implicam, necessariamente, em nulidade da cláusula compromissória (art. 8º). A cláusula compromissória transfere algo para o futuro se houver pendência. [...] portanto, pela cláusula compromissória, submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros, que podem nascer do cumprimento ou interpretação das relações jurídicas estabelecidas por contrato. O Judiciário tem interpretado a cláusula arbitral como sendo uma simples promessa de constituir o juízo arbitral (RT763/210). O Supremo Tribunal Federal também segue o mesmo entendimento adotado pelo Tribunal paulista. (RT777/189).

Já no compromisso arbitral as partes submetem uma lide atual à arbitragem, e não um conflito futuro, como na cláusula compromissória. Assim, esse acordo entre as partes implicará na renúncia da via jurisdicional para que o conflito seja submetido à via arbitral.

Ressalta-se que a Reforma Trabalhista, conforme veremos melhor no capítulo seguinte, ao autorizar a utilização da arbitragem nos conflitos individuais trabalhista, previu apenas a convenção da cláusula compromissória. Ou seja, o empregado e empregador devem firmar essa cláusula no momento que firmarem o contrato de emprego, ou ainda que seja em momento posterior, por meio de instrumento apartado, essa convenção deve ser feita antes da ocorrência do conflito.

2.1.2.3 Sentença arbitral

A sentença arbitral ou laudo arbitral é o momento em que o árbitro declara a prestação jurisdicional a ele incumbida. Em síntese, o julgador deve analisar o conflito, e ouvir as partes, para, assim, formar seu convencimento e julgar a lide, por meio de uma sentença a qual irá solucionar o conflito e por fim ao processo. Conforme explicado anteriormente, essa sentença tem força de título executivo judicial.

As partes podem estipular o prazo para que a sentença seja proferida e, caso não seja convenicionado, o prazo legal será de seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, conforme o artigo 23 da Lei de Arbitragem.

Os requisitos do laudo arbitral são semelhantes aos da sentença judicial, tendo em vista que ele deve conter um relatório, sua fundamentação e o seu dispositivo. Não cabe recursos contra essa sentença. Cabendo apenas, a interposição de embargos de declaração, perante o próprio juízo arbitral, no prazo de cinco dias, e as ações anulatórias, perante o judiciário, no

prazo de 90 dias, proporcionando, assim, um controle do poder judiciário quanto às possíveis nulidades existentes nas sentenças arbitrais.

Isto posto, conforme a análise dos conceitos do procedimento arbitral, somada aos fundamentos que serão analisados no decorrer do próximo capítulo, podemos perceber que não há óbices para a aplicação da arbitragem no direito do trabalho, tanto no âmbito coletivo quanto no âmbito individual.

2.2 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos teve uma fase embrionária no direito brasileiro, a qual foi evoluindo com o passar do tempo e com o advento de novas leis.

Esse instituto se desenvolveu no direito brasileiro a partir do império, tendo sua primeira previsão na Constituição de 1824, a qual veio permitir que causas penais e cíveis pudessem ser resolvidas por um juiz arbitral, o qual proferiria decisão que iria resolver definitivamente a causa.

Já em 1850, por força do Código Comercial, foi instituída a arbitragem, de forma obrigatória, para a resolução de assuntos mercantis. Posteriormente, a Lei nº 1.350 de 1866 revogou a obrigatoriedade da arbitragem para os assuntos mercantis, mas a manteve no ordenamento jurídico de forma voluntária.

O instituto da arbitragem continuou tendo espaço no Código Civil de 1916, o qual a tratou de forma facultativa, mas nivelou a arbitragem privada com a jurisdição estatal. Ela continuou tendo seu espaço com a promulgação da Constituição Federal de 1934, em seus artigos 4º e 5º.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973 veio prever a matéria em diversos artigos, todavia não trouxe nenhuma inovação, se limitando apenas em repetir o que já havia sido previsto anteriormente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram previstos diversos dispositivos que versam sobre a arbitragem, como os artigos 114, §1º e 217, §§ 1º e 2º e também no artigo 12, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias². Nessa ocasião, a Carta Magna veio prever a utilização desse instituto nas ações trabalhistas de direito coletivo.

² Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

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

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

No âmbito do direito trabalhista, fora a previsão constitucional, a previsão da arbitragem também está presente no artigo 7º da Lei de Greve³ (Lei nº 7.383/89) e também no artigo 4º da Lei nº 10.101/2000⁴, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa.

Nesse seguimento, em 1996 foi sancionada a Lei nº 9.307, conhecida como a Lei da Arbitragem, composta por sete capítulos e quarenta e quatro artigos, que veio disciplinar por completo a arbitragem em nosso país.

O Código Civil de 2002 veio tratar do compromisso arbitral e admitir a cláusula compromissória nos contratos privados, para resolver os conflitos mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

Já o Novo Código de Processo Civil veio instituir a arbitragem como jurisdição e reconhecer e garantir o direito das partes escolherem pela jurisdição arbitral para solucionarem seus litígios.

Em 2015, entrou em vigor a Nova Lei de Arbitragem, a lei de nº 13.129, que veio alterar a Lei nº 9.307/96, ampliando o âmbito da aplicação do instituto da arbitragem, mantendo o que já vinha funcionando e incluiu também o que vinha sendo consolidado na jurisprudência pátria e nos tribunais brasileiros ao longo dos últimos vinte anos.

Por fim, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) veio modificar a CLT e autorizar a utilização da arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, nas ações trabalhistas que versem sobre direito individuais, desde que o empregado tenha remuneração maior do que duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social

[...]

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução.

§ 2º Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.

³ Art. 7º 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.

⁴ Art. 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 do litígio:

[...]

II - arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

e desde que a previsão contratual desse instituto ocorra por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa.

O direito do trabalho ao longo desse tempo passou por uma verdadeira mudança de tradição e a arbitragem se trata de um instituto novo na seara trabalhista, no ponto de vista dos dissídios individuais e, até mesmo no âmbito dos dissídios coletivos, esse instituto não era tão utilizado. Por meio da Reforma Trabalhista, ele veio ser autorizado para os dissídios individuais e, de certa forma, reforçada também sua utilização nos dissídios coletivos.

2.3 A EXPERIÊNCIA DA ARBITRAGEM EM OUTROS PAÍSES

No que tange às experiências de outros países neste campo, a arbitragem, como método de solução de conflitos extrajudicial no direito do trabalho, é prevista em outros ordenamentos jurídicos, conforme iremos analisar, com base nos estudos de Amaral (1994), Tupinambá Neto (1993) e Franco Filho (1990). Esses autores realizam uma análise do instituto da arbitragem no direito comparado.

Ao estudarmos a utilização do instituto nos EUA, percebemos que eles resolvem grande parte de seus conflitos trabalhistas por meio de convenções coletivas e os demais, por meio da mediação e arbitragem, quase sempre de forma voluntária, embora, em alguns casos emergenciais elas possam ser aplicadas de forma obrigatória.

Amaral (1994) afirma que nos Estados Unidos primeiramente se criou o Departamento do Trabalho, em 1913, o qual estimulava tanto a arbitragem quanto a mediação, e ambas eram realizadas por instituições oficiais. Todavia, em 1974 foi criado o Serviço Federal de Mediação e Arbitragem (FMCS), por meio de mediadores federais ocupantes de cargos descentralizados e com certa margem de liberdade.

O ponto pé inicial da mediação é condicionado a fatores concretos, já a arbitragem se dá pela iniciativa das partes ou por previsão normativa e a sua decisão é feita por órgãos do FMCS e é irrecorrível. A modalidade de arbitragem adotada nesse país é da forma facultativa.

Já na França, Franco Filho (1990) leciona que a arbitragem também é utilizada de forma facultativa e é, em sua maioria, inserida nos instrumentos normativos de trabalho e, assim, possui efeitos de convenções coletivas. O árbitro decidirá a demanda de acordo com o direito vigente, nos dissídios de natureza jurídica; e de acordo com a equidade, nos dissídios de natureza econômica.

Nesse país, a arbitragem trabalhista ocorre posteriormente a uma tentativa frustrada dos métodos de conciliação e mediação, ou ocorre diretamente, quando por iniciativa das partes. A

decisão arbitral deve ser fundamentada e pode ser impugnada por recursos perante a Corte Superior de Arbitragem. Caso a Corte anule a sentença arbitral, as partes podem indicar um novo árbitro.

No Japão, a arbitragem pode ocorrer tanto por pedido das partes quanto por pedido do Ministro do Trabalho ou do Governador, quando envolver serviços de bem estar da população. A arbitragem é feita por uma comissão tripartite, contendo: um representante da classe operária, um representante da classe patronal e um representante do interesse público. Todavia, a decisão arbitral não possui efeito vinculatório sobre as partes.

Segundo Franco Filho (1990), na Espanha os conflitos coletivos de trabalho são solucionados, via de regra, por acordo perante o Ministério do Trabalho, todavia, se as partes não chegarem a um acordo, elas podem recorrer à arbitragem. No entanto, a via arbitral só pode ser utilizada para solucionar lides coletivas e lides individuais trabalhistas de natureza jurídica. Esse instituto também ocorre de forma voluntária, porém, pode ser imposto de forma obrigatória de forma excepcional, que seriam em casos de greves com longa duração e com consequências desastrosas à nação, ocasião em que o Governo pode impor a utilização da arbitragem.

Em Portugal, a maior parte dos conflitos trabalhistas são solucionados pelos instrumentos coletivos, pela conciliação, pela mediação e pela arbitragem. Os três últimos institutos, em regra, dependem da vontade das partes, entretanto, há hipóteses de uso obrigatório, conforme afirma Lutiana Lorentz (2002, p. 44):

A arbitragem pode ser compulsória nas hipóteses que envolverem empresas públicas ou de capitais públicos. Por ser a decisão arbitral um sucedâneo da negociação coletiva, não pode ultrapassar os limites estabelecidos pelas normas tanto constitucionais quanto legais, ou seja, não podem nem violar direitos fundamentais e normas imperativas, nem diminuir direitos e garantias consagradas nas convenções coletivas de trabalho anteriores, nem estabelecer condições menos favoráveis que as legais.

De forma diversa, na República Dominicana, o instituto da arbitragem pode ser utilizado tanto nos conflitos coletivos quanto nos individuais trabalhistas. A sua sentença é irrecorrível e o seu efeito é de Convenção Coletiva de Trabalho, tendo vigência de até cinco anos.

Após uma breve visualização desse instituto no direito comparado, podemos observar que ele é amplamente utilizado pelos países ocidentais, cada um com as suas peculiaridades, porém, todos como forma de efetivar o acesso à justiça obter soluções mais céleres aos conflitos

trabalhistas. Nesse sentido, a arbitragem deve ser cada vez mais difundida no direito brasileiro, porém, sempre respeitando os princípios e diretrizes trabalhistas.

Ademais, defendemos que a arbitragem no Brasil sempre deve ser utilizada de forma facultativa, convencionada pelas partes, sob pena de violar o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, prevista no artigo 5º da CF⁵.

2.4 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Conforme restou demonstrado no primeiro capítulo, é inegável a contribuição da arbitragem para a concretização dos princípios constitucionais, principalmente, do efetivo acesso à justiça. No entanto, tal instituto não está imune a críticas, fazendo-se necessário compreendê-las e enfrentá-las, a fim de promover discussões importantes para a melhor utilização da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, não obstante as inúmeras vantagens que existem acerca da utilização da arbitragem no direito processual brasileiro – como a informalidade, a confiabilidade, a especialidade, o sigilo, a flexibilidade, entre outros – há outra parte da doutrina que aponta diversos pontos negativos na utilização desse procedimento, por entender que a via arbitral é um método conservador e obsoleto como meio de resolução de conflitos, tendo em vista que a arbitragem não poderia substituir a atividade jurisdicional estatal.

Acontece que a experiência restou por comprovar que a via arbitral jamais irá substituir a jurisdição do Estado, sendo apenas um meio alternativo para a resolução de conflitos.

A primeira questão criticada pela doutrina contrária à instituição da arbitragem está relacionado com a formação dos árbitros, tendo em vista que as partes podem nomear um árbitro que tenha conhecimentos específicos em relação ao objeto da lide, no entanto não possui um favorecido conhecimento jurídico, podendo resolver a demanda de uma forma insatisfatória, pois ao se deparar com um possível conflito de normas, não saberia solucionar por meio da hierarquia de normas.

Todavia, esse argumento não merece prosperar, pois a Arbitragem Institucional tem em sua conjuntura consultoria jurídica para a orientação desses julgadores. Ademais, o quadro de árbitros é formado em sua grande maioria por advogados, o que contribui substancialmente para resolver as questões relacionadas à formalidade do procedimento, em específico nas questões que carecem de conhecimento hierárquico normativo (REIS, 2008).

⁵ Remetemos o leitor ao tópico 2.4.

Vale ressaltar, que esse essa especificidade do árbitro no objeto da lide e a flexibilização do procedimento arbitral para resolução do conflito são justamente artifícios que fazem com que a arbitragem consiga cada vez mais alcançar o acesso à justiça, que estudamos no capítulo anterior, levando em consideração que esses recursos fazem o procedimento arbitral se “aproximar” das partes, as quais vão se sentir mais confortáveis durante o procedimento e confiarão mais na decisão arbitral, pois feita por um especialista no assunto.

Outro ponto desfavorável à utilização da arbitragem, conforme Reis (2008) consiste na faculdade das partes escolherem os árbitros que irão reger o procedimento, assim, se cada litigante pode apontar um terceiro para solucionar o conflito, certamente cada um escolherá aquele árbitro que seja favorável a seus interesses. Ocorre que segundo a Lei de Arbitragem, as partes devem obrigatoriamente escolher o árbitro de forma conjunta, não havendo o que se falar em escolha de árbitro que irá favorecer apenas uma das partes. Bem como, a referida Lei, em seu artigo 13, §2º, determina que se as partes não conciliarem quanto à escolha do árbitro, este será designado pelo Poder Judiciário.

Reis (2008) apresenta ainda um terceiro argumento, que seria a incompetência do árbitro em analisar as medidas cautelares – dentre elas podemos citar a penhora, o arresto, o sequestro, etc. – fator que poderia ocasionar um prejuízo às partes, porquanto ficariam limitadas à execução autônoma da sentença. Entretanto, a reforma ocorrida em 2015 na Lei de Arbitragem veio solucionar essa questão, prevendo que o requerimento de medidas cautelares e de urgência, no curso do procedimento arbitral, devem ser requeridas ao próprio árbitro, que irá apreciar a questão.

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) (grifo nosso).

Por fim, Reis (2008) aponta como crítica também o fato da necessidade de recorrer ao judiciário para executar o laudo arbitral “colocaria em cheque” um dos principais propósitos do

instituto da arbitragem, que seria resolver o litígio sem precisar ser acudido pelo Poder Judiciário, promovendo, assim, um desafogamento do mesmo.

No entanto, esse argumento não pode ser sustentado por dois fatores.

Primeiro que, na grande maioria dos casos, o laudo arbitral é efetivo, uma vez que foram os próprios litigantes que optaram pelo procedimento e pelas normas que seriam aplicadas pelo juízo arbitral, dessa forma, recorrerá ao judiciário apenas nos casos de não execução. Dessa forma, o número de casos que iriam ser executados no judiciário é um número bem menor, se comparado com os casos que foram solucionados desde o início na própria justiça comum, pois quando as partes levam o conflito para o tribunal arbitral elas têm o intuito de efetivamente resolver a lide. Assim, esse instituto auxilia no desafogamento do judiciário, motivo que gera uma enorme morosidade na resolução dos processos que tramitam na justiça, ocasionando, assim, um grande empecilho dos indivíduos de acessarem a justiça e verem suas demandas solucionadas.

O outro fator consiste no fato de que o principal intuito da arbitragem é evitar uma morosidade na fase de conhecimento, o que é de fato evitado quando as partes optam pela via arbitral. Quando a sentença arbitral não é executada e as partes recorrem ao judiciário para executá-la, elas já “economizaram” muito tempo até chegar à efetiva execução do seu direito, pois evitaram uma longa fase de conhecimento própria do judiciário brasileiro. A execução de título judicial, em regra, é feita de forma muito mais célere e eficaz.

Nesse mesmo seguimento de críticas doutrinárias ao instituto da arbitragem, merecem ser analisados os argumentos de Pinheiro Júnior (2003). O autor alega que existem violações principiológicas acarretadas pela utilização da via arbitral, todavia iremos comprovar que não há o que se falar em violação à Constituição Federal.

A primeira violação seria ao princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Tal princípio tem como finalidade a proteção e defesa contra a arbitrariedade estatal, pois todo indivíduo deve ser submetido a um julgamento que já foi previamente estabelecido, ou seja, esse princípio assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas legais, previstas em leis, dotado de todas as garantias constitucionais. Se não houver respeito a esse princípio, o processo será considerado nulo.

Em que pese a alegação no sentido de que existe uma suposta violação ao devido princípio, esse argumento não deve prosperar, uma vez que ao escolher solucionar o conflito pela via arbitral, se submetendo a esse procedimento, o indivíduo está gozando da sua autonomia da vontade e da sua liberdade, aceitando, assim, as condições estabelecidas por esse procedimento, tendo em vista que o mesmo contém regras próprias que deverão ser observadas

e executadas para se chegar à solução da lide, não podendo se falar em violação ao devido processo legal.

Nesse mesmo sentido, Pinheiro Júnior (2003) alega que o procedimento arbitral acarreta, também, uma violação ao princípio da ampla defesa. A função principal desse princípio seria garantir aos indivíduos a utilização de instrumentos para o exercício de sua defesa, por meio dos instrumentos e meios processuais cabíveis. Esse princípio abrange também o princípio do contraditório, o qual estabelece a efetiva participação da parte no processo, para a mesma poder se manifestar contraditando os argumentos alegados pela outra parte.

Todavia, não há violação da ampla defesa na via arbitral, pois a legislação que trata do instituto previu, em seus artigos 20 e 21⁶, a utilização de meios para as partes se manifestarem sobre os assuntos relativos ao procedimento, tais como a arguição de competência, impedimento ou suspeição, invalidade, nulidade ou ineficácia da convenção da arbitragem, garantindo, assim, a ampla defesa e o contraditório das partes.

Além do que, os princípios da ampla defesa e do contraditório não se aplicam apenas em juízo. Eles são aplicados também no processo administrativo, por exemplo, assim como em outros procedimentos não judiciais. Então não se pode falar que há violação aos princípios supracitados apenas porque o procedimento é realizado fora do âmbito do judiciário, até mesmo porque não é isso que a nossa Carta Magna prevê, ela prevê a ampla defesa e o contraditório como uma garantia inerente ao indivíduo.

Outro princípio violado seria o do duplo grau de jurisdição, o qual permite que a decisão proferida por um juiz de primeiro grau seja reanalisada por um juízo superior. Essa violação se daria pelo fato de que o instituto da arbitragem não prevê a aplicação de recursos – vale ressaltar

⁶ Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

que este é uma das principais vantagens desse instituto, pois garante uma resolução mais célere do conflito. No entanto, essa fundamentação pode ser contraposta por dois argumentos principais.

Primeiramente, não há vedação expressa da utilização de recursos no procedimento arbitral, ou seja, o fato de a legislação específica não prever recursos, não significa que as próprias partes não possam pactuar a utilização desse instrumento, se assim desejarem, levando em consideração que são elas mesmas que escolhem o procedimento que será aplicado para a resolução da demanda.

Outro argumento hábil a afastar a violação desse princípio está no fato de que o Novo Código de Processo Civil veio prever a possibilidade das partes realizarem negócios processuais. O artigo 190 do NCPC⁷ veio autorizar que, se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, e se as partes forem plenamente capazes, elas podem estipular mudanças no procedimento, para ajustá-lo às especialidades da demanda.

Nesse contexto, as partes podem convencionar sobre diversos temas, como a inversão do ônus da prova, poderes das partes, e, inclusive, sobre a proibição das partes em recorrerem naquele processo. Dessa forma, o próprio CPC veio autorizar que uma demanda seja solucionada sem a possibilidade de recursos para instâncias superiores, se as partes assim negociarem, não havendo o que se falar em violação ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição, pois essa renúncia foi feita pela própria autonomia e escolha das partes, bem como ocorre na faculdade das partes em convencionarem a via arbitral.

Finalmente, outro princípio supostamente violado, seria do da inafastabilidade do controle judicial, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CF, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de direito”, ou seja, ninguém poderá ser privado de acessar o judiciário para apreciar sua demanda. Não podemos falar em violação a esse princípio, uma vez que a utilização da via arbitral consiste em uma opção dos litigantes, os quais tem a faculdade de eleger a via arbitral para solucionar o seu conflito. Se as partes não concordarem quanto à utilização da arbitragem, estas podem recorrer ao judiciário.

⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, devemos ressaltar que, em 2001, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de recurso em processo de homologação de sentença estrangeira⁸, declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Por sete votos a quatro, os ministros do STF decidiram que os procedimentos da Lei de Arbitragem são constitucionais. Os ministros vencidos interpretaram que alguns dispositivos da Lei de Arbitragem dificultam o acesso ao Poder Judiciário, o qual é um direito fundamental previsto na Constituição federal.

Em contrapartida, os ministros vencedores consideraram que a Lei é na realidade um grande avanço e não viola nenhum princípio assegurado na Carta Magna. A Lei trata de direitos patrimoniais e disponíveis, sendo assim, as partes têm a faculdade de não recorrerem ao judiciário, tendo em vista que o direito garantido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, consiste em um direito e não um dever.

Assim, é evidente que a arbitragem apresenta diversos argumentos em seu favor e diversos argumentos desfavoráveis também, porém, vale destacar que o procedimento arbitral, por prover soluções em curto prazo, evitando, assim, custos monetários, é muito utilizado e efetivado em diversos outros países,

Dessa forma, não há alternativa senão a utilização da via arbitral como uma valiosa contribuição para desafogar o tão abarrotado judiciário brasileiro, tendo em vista que, em que pese as dificuldades existentes à utilização desse método extrajudicial, a sua implantação se faz necessária, pois as suas vantagens se sobrepõe aos seus argumentos em contrário, conforme Lídia Amaral (1994).

⁸ Vide: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>

3 A ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

3.1 A ARBITRAGEM NO ARTIGO 507-A DA NOVA CLT

A Reforma Trabalhista alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e veio, em seu artigo 507-A, permitir expressamente a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho.

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Essa autorização está em perfeita consonância com a essência da Reforma, a qual veio conceder maior importância aos acordos e negociações realizados entre as partes do que a própria legislação vigente, suavizando, assim, o peso da intervenção do Estado.

O espírito principal do negociado sobre o legislado encontra-se presente nos novos artigos 611-A e 611-B da CLT, que disciplinam quais matérias poderão ser objeto ou não de transações entre patrões e empregados, e a forma de realizar essas transações. Essa essência da reforma é positiva, tendo em vista que permitirá a empregados e empregadores uma adaptação a cada uma das situações positivadas. Nesse contexto, priorizar o negociado sobre o legislado retirará muitas incertezas das empresas, pois elas sempre tiveram temor dos empregados recorrerem à Justiça. Dessa forma, o custo da legislação trabalhista irá reduzir, o que gerará um grande impacto no aumento dos postos de emprego no Brasil.

A implementação da arbitragem no direito individual trabalhista já teve uma primeira tentativa, porém, restou frustrada. Em 2015, houve a Reforma da Lei da Arbitragem, Lei nº 13.129/15, e em sua redação original o artigo 2º, §4º, previa a utilização da arbitragem desde que o empregado ocupasse cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, estipulação que só teria eficácia se o empregado tomasse iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordasse expressamente com a sua instituição. Todavia, essa previsão foi vetada, pois supostamente ela supostamente iria discriminar os empregados.

Enquanto não havia previsão específica na Legislação Trabalhista acerca da arbitragem, para os que defendiam a utilização do instituto nos dissídios individuais trabalhistas, haveria

uma aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil, que autoriza expressamente como forma de jurisdição a utilização da arbitragem. Assim, essa aplicação subsidiária era sustentada com base no artigo 769 da CLT⁹, o qual prevê a utilização subsidiária do CPC no processo do trabalho, desde que respeitado os princípios que regem o direito do trabalho.

Todavia, para os que não defendiam a aplicação da arbitragem no direito do trabalho, defendia-se que o artigo 3º, §1º, do CPC¹⁰, que prevê a arbitragem, não poderia ser utilizado subsidiariamente nos dissídios individuais trabalhistas, por estar violando os princípios e a própria essência do direito do trabalho, que resguarda que os direitos dos empregados seriam absolutamente indisponíveis, impedidos, assim, de transação por meio de meios extrajudiciais de conflito.

Todavia, com o advento da Reforma, a questão não é mais de uma aplicação subsidiária do CPC, e sim sobre uma compatibilidade entre institutos e princípios do processo civil e do processo do trabalho.

A aplicação subsidiária pressupõe a falta de normas dentro de uma legislação, e não há mais a identificação de lacunas na CLT a respeito da arbitragem. A nova lógica da relação entre processo civil e processo do trabalho agora esta sob a perspectiva do “diálogo das fontes”, na medida em que é suficiente que as regras do novo CPC guardem coerência com a racionalidade própria do processo do trabalho para que sejam aplicadas de forma direta (e, quando necessário, aplicadas de modo adaptado).

Por conseguinte, na Lei de Arbitragem, há a previsão de duas espécies desse instituto, conforme vimos no tópico 2.1.2.2. A primeira ocorre por meio da cláusula compromissória, que é uma cláusula pactuada no contrato principal, onde as partes expressamente escolhem pela via arbitral caso venha a surgir algum conflito posteriormente. A segunda espécie representa o compromisso arbitral, que constitui uma modalidade de mediação anuída pelas partes após o acontecimento da lide, quando o conflito já estiver materializado.

No que diz respeito à seara trabalhista, com a modificação trazida pela Reforma acerca do instituto, o legislador previu apenas a espécie de arbitragem chamada cláusula compromissória para tratar dos dissídios individuais. Dessa forma, concluímos que só será possível a aplicação desse instituto se as partes acordarem isso no momento da elaboração do

⁹ Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

¹⁰ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

contrato de trabalho, ou ainda que depois, por termo aditivo, mas sempre antes de acontecer o conflito.

Assim, o consentimento, que por si só, já é um pressuposto contratual, na arbitragem trabalhista, exige-se ainda mais, pois este consentimento deve ser informado, ou seja, o empregado precisa analisar a existência da convenção arbitral e anuí-la expressamente.

Esse requisito deve ser sugerido pelo empregado ou ter sua concordância expressa. Se sugerido pelo empregado, é a forma mais adequada, tendo em vista que não resta dúvidas de que o empregado compreende a utilização desse método heterônomo de resolução de conflitos e que não está sendo coagido a aceitar algo que não tem conhecimento.

Já se o empregado anuir com a cláusula compromissória proposta pelo empregador haverá duas situações distintas. Se o contrato de trabalho for de adesão, aquele que já está pronto pelo empregador e é apresentado aos empregados apenas para assinarem e aderirem às condições já pré-estabelecidas, nesses casos, a concordância expressa do empregado se comprovará com a cláusula disposta de forma que chame atenção, em negrito, ou em documento separado, com assinatura específica. Conforme o artigo 4º da Lei de Arbitragem:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (grifo nosso)

Por outro lado, nos contratos de trabalho que não são de adesão, ou seja, que não são padronizados, e sim específicos para cada empregado e livremente pactuados entre as partes, a própria existência da cláusula arbitral gerará presunção relativa de concordância do empregado.

No entanto, por se tratar de contratos de trabalho, onde há a presunção de vulnerabilidade do empregado, ainda que o contrato não seja de adesão, o empregador deve tomar os devidos cuidados em deixar a cláusula arbitral bem visível e de fácil compreensão, para não gerar possíveis hipóteses de coação por parte do empregador.

Destarte, após o surgimento do litígio, não será necessário que o empregado concorde novamente com a cláusula arbitral, se já houver prova do seu consentimento com a cláusula compromissória estipulada na formação do contrato, ou em objeto apartado.

Dessa forma, o legislador estabeleceu três requisitos imprescindíveis para a validade da cláusula compromissória de arbitragem: a) o empregado deve receber remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (o que no ano de 2018 significa uma remuneração superior a R\$11.291,60); b) a cláusula de arbitragem deverá ser estipulada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa; e c) deverão ser observadas as exigências previstas na Lei de Arbitragem para a validade da cláusula, mais especificamente o exposto nos §§1º e 2º do artigo 4º, citados anteriormente.

Superadas essas exigências, a cláusula arbitral terá validade para designar a fórmula escolhida pelas partes, empregado e empregador, para solucionar possível desavença que venha a surgir.

3.2 VANTAGENS DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

A expressa autorização da arbitragem no direito do trabalho, introduzida com a Reforma Trabalhista, foi um avanço na seara laboral e trará diversos benefícios, desde que observados e respeitados os critérios estabelecidos pela nova CLT e pela Lei de Arbitragem.

Um maior uso da arbitragem no direito do trabalho tende a ser benéfico ao contencioso trabalhista, levando em consideração sua maior celeridade, se comparada à Justiça do Trabalho.

Ademais, o caráter consensual da arbitragem, que é pactuada pelos próprios litigantes, está em harmonia com a essência da Reforma Trabalhista, a qual veio priorizar o negociado sobre o legislado.

Dessa forma, conforme vimos no primeiro capítulo, um dos maiores empecilhos à Justiça, em nosso país, é a morosidade do andamento processual, ocasionada pelo abarrotamento de processos em nossos órgãos jurisdicionais, não escapando dessa realidade a Justiça do Trabalho. Em suma, o Estado, que é o detentor do monopólio da jurisdição, deveria organizar um sistema judicial vastamente acessível à sociedade e apto a prestação de uma tutela efetiva. Mas para ser considerada uma tutela efetiva, ela deve ser prestada em tempo hábil, útil e eficaz.

Conclui-se, portanto, que um processo moroso é um processo injusto e prejudicial à sociedade, porque torna o direito ineficaz, e restringe o acesso à justiça, sobretudo, considerando que vivemos em um país subdesenvolvido e cercado de desigualdades sociais.

Ademais, a burocracia e o formalismo exacerbado que são características marcantes do nosso sistema judiciário, interferem na garantia do direito pleiteado, ocasionando, muitas vezes, até a negação do acesso à justiça.

Diante desse cenário da justiça em nosso país, questiona-se: como a Justiça do Trabalho consegue resguardar os valores e princípios estipulados pelo direito do trabalho? Como ela consegue alcançar a finalidade principal desse direito, que é a justiça social?

Isto posto, a arbitragem surge na seara laboral e se revela como um meio de solução extrajudicial dos conflitos, permitindo que as partes fujam da morosidade de um processo judicial, marcado pelos diversos graus recursais existentes no nosso sistema judiciário. Assim, a criação de meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, por exemplo, constitui um, verdadeiro desafogamento na Justiça do Trabalho, proporcionando, assim, uma Justiça menos abarrotada e mais capacitada em decidir seus conflitos de forma justa e eficaz, alcançando assim a verdadeira justiça social, finalidade básica do direito do trabalho.

Com o objetivo de alcançar a tão esperada justiça social, o processo do trabalho é organizado inteiramente com base no princípio da celeridade processual, pois um processo mais simples resulta em soluções mais rápidas e satisfatórias. Em contrapartida, a demora em um processo implica muitas vezes em soluções que não são mais úteis para as partes, se convertendo assim, apenas em perdas e danos, e não alcançando a tutela efetiva cobijada pelas partes.

Todavia, com a lotação cada vez maior da Justiça do Trabalho, esse princípio da celeridade processual está cada vez mais longe de ser alcançado. O que gera grande preocupação, tendo em vista que a Justiça do Trabalho, na maioria dos casos, deve solucionar conflitos relacionados ao salário do trabalhador, que é fonte de subsistência sua e de sua família.

É nesse meio de preocupações com uma tutela efetiva e em tempo razoável da Justiça do Trabalho, que a aplicação da arbitragem no direito do trabalho se faz cada vez mais importante, tendo em vista que uma das principais vantagens no uso da arbitragem para conflitos individuais trabalhistas está justamente na sua celeridade.

Nesse sentido, observamos que em 2015, o tempo médio para uma sentença trabalhista de 1º grau era de aproximadamente sete meses, e em 2º grau o tempo médio era aproximadamente quatro meses¹¹. Em um primeiro momento, podemos pensar que esse tempo médio, em que pese ser longo, ainda assim seria um tempo muito menor para a resolução de

¹¹ Estudo “Justiça em Números” de 2016, p 70, do Conselho Nacional de Justiça [http://www.cnj.jus.br/files/conteúdo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf]. Acesso em: 20.04.2018.

conflitos se levarmos em consideração as outras justiças existentes em nosso país, todavia, o objeto litigioso na Justiça do Trabalho, na maior parte dos casos, é o salário do empregado, a sua forma de sobrevivência e de sua família, o seu sustento mensal.

Levando em consideração o objeto principal dessa justiça, e seu caráter alimentar, onze meses para ter o seu processo julgado definitivamente poderia ser considerado um tempo razoável para aquele trabalhador, que permaneceu durante todos esses meses sem receber as verbas necessárias para a sua sobrevivência e de seus dependentes?

Em contrapartida, uma sentença arbitral é concluída, em média, em no máximo seis meses¹². Nesse sentido, podemos dizer que para o empregado o tempo para a duração da solução do seu conflito tem caráter primordial, tendo em vista que a falta de recebimento das suas verbas, que tem caráter alimentar, pode afetar a sua subsistência. Por isso se faz necessário uma solução de conflitos trabalhistas em tempo hábil, algo que se torna cada vez mais difícil com a imensa quantidade de reclamações trabalhistas. Nesse contexto, a “ajuda” do foro arbitral para os litígios trabalhistas se mostra bem-vinda e de extrema importância.

Destarte, a arbitragem também concede às partes uma maior flexibilidade, pois elas não estão adstritas apenas às normas processuais, tendo em vista que, respeitando os princípios do contraditório, igualdade das partes, livre convencimento e imparcialidade dos árbitros, elas podem definir em comum acordo um procedimento mais diligente.

Nesse sentido, Barroso (2010, p. 17) alega que:

As soluções extrajudiciais de conflitos, de origem legal ou autônoma, na medida em que não estão submetidas a um excessivo regulamento, oferecem amplas possibilidades de adaptação, tanto de natureza e de circunstâncias de conflito, como a prevenção deste.

Em suma, as partes podem criar regras e instituições especiais para resolução dos conflitos trabalhistas, que sejam mais céleres do que a competente, porém, sobrecarregada, Justiça do Trabalho.

Assim, podemos falar que há uma informalidade no procedimento arbitral, o que não se entende por uma absoluta ausência de ritos, mas sim pela dispensabilidade de um rigor legal no curso do seu procedimento.

Conforme estudamos no primeiro capítulo, um dos grandes obstáculos para se alcançar o efetivo acesso à justiça consiste no fato da Justiça Comum possuir procedimentos longos,

¹² Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

complicados, extremamente formais, um ambiente intimidador aos cidadãos, fazendo com que as partes se sintam desconfortáveis e perdidas. Dessa forma, a arbitragem, caracterizada pela sua informalidade, pode ser um ambiente muito mais adequado e confortável para os litigantes.

Outra característica positiva consiste no caráter confidencial da arbitragem. As partes podem requerer que ela ocorra em sigilo. O sigilo desse procedimento, que se aplica não só ao motivo do conflito como também aos dados e valores, consiste em restringir essas informações às partes e aos árbitros julgadores do conflito, diferente do processo judicial, no qual essas informações ficam disponíveis ao público.

Essa particularidade pode ser de grande relevância aos trabalhadores, tendo em vista que muitas vezes estes, ao ingressarem na Justiça do Trabalho contra seus empregadores para reaverem seus direitos, ficam com uma imagem negativa por parte dos outros empregadores, os quais preferem não contratar esse empregado, que já tem uma visão de “encrenqueiro”, dando prioridade a outros.

Além do sigilo, podemos analisar outro aspecto positivo desse instituto, como a especialização do árbitro, o seu conhecimento técnico específico. Este julgador pode ser perito no objeto da lide e, em que pese ele esteja limitado aos princípios básicos do direito do trabalho, isto aumenta as chances de adaptação, tanto de circunstâncias como de natureza do conflito.

Nesse diapasão, podemos observar que a utilização da arbitragem no campo do direito trabalhista, inclusive nos conflitos individuais, irá não só ser um excelente método alternativo de solução de conflitos, mais célere, sigiloso, específico e flexível, como também irá contribuir para uma melhor distribuição da justiça e para uma melhor prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado.

3.3 MOTIVOS DE RESISTÊNCIA ÀS FORMULAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO NO DIREITO DO TRABALHO

Segundo o autor Teixeira (2018, *online*) há uma forte resistência às formulas extrajudiciais de solução de conflitos individuais de trabalho, por parte de vários doutrinadores e segmentos de profissionais da área.

Para este autor, há três fundamentos principais, ou melhor, três “mitos”, que geram essa resistência, pois são apresentados como obstáculos à aceitação das fórmulas extrajudiciais de solução de conflitos laborais e são eles: 1) todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis; 2) somente um juiz do trabalho tem isenção, imparcialidade e independência para

intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma solução justa; e 3) o uso intenso de vias alternativas implicará em um eventual esvaziamento da Justiça do Trabalho.

Analisaremos esses dogmas e avaliaremos se retratam ou não a realidade das relações de trabalho em nosso país.

O primeiro mito, que diz respeito à indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas, deve ser analisado cautelosamente.

Segundo as lições de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 146), um direito indisponível abrange tanto a “intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto à irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito)”.

Para considerar um direito indisponível, Teixeira (2018, *online*), afirma que

Deve ser imune a qualquer pretensão de alteração de sua titularidade. Mesmo a vontade do seu titular não pode ensejar a respectiva transferência subjetiva, levando à completa vedação à sua alienação a qualquer título. De igual forma, para ser caracterizado pela indisponibilidade, o direito não pode ser despojado pelo seu titular, que não poderá abdicar do mesmo. Exemplos de direito indisponíveis são os direitos da personalidade, previstos expressamente como intransmissíveis e irrenunciáveis no artigo 11 do Código Civil¹³.

Nesse sentido, se analisarmos o nosso ordenamento jurídico e a nossa Justiça do Trabalho, percebemos que nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis. Delgado (2017, p. 232) alega que “pode-se, tecnicamente, distinguir entre direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por uma indisponibilidade relativa”.

Assim, um direito na seara laboral será absolutamente indisponível quando for objeto de uma proteção de ordem pública, por “produzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em dado momento histórico”; todavia, será caracterizado por uma indisponibilidade relativa, quando o direito laboral representar “um interesse individual ou bilateral simples”, sem traduzir o mencionado “patamar civilizatório mínimo” (DELGADO, 2017, p. 232).

É evidente que há direitos absolutamente indisponíveis na seara laboral, como os direitos de personalidade, como a integridade física, psíquica e moral, assim como a garantia

¹³ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

de um meio ambiente de trabalho seguro e saudável, bem como a anotação do contrato de emprego na carteira de trabalho, entre outros.

Em contrapartida, como se enquadrariam os direitos patrimoniais do empregado, proveniente do seu contrato de trabalho?

É inerente à relação empregatícia a contraprestação salarial ao empregado, conforme se depreende do artigo 3º da CLT. Mais que isso, o direito à percepção do salário está inserido no rol dos direitos indisponíveis de todo trabalhador, não podendo ser objeto de livre negociação. Contudo, não se pode confundir a indisponibilidade salarial com a possibilidade de transmitir determinada quantia oriunda de um crédito salarial, esta última é totalmente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Exemplifica-se com o contrato de empréstimo consignado. Trata-se de modalidade contratual expressamente admitida pela legislação, na qual o trabalhador tem um determinado valor descontado diretamente de seu contracheque para o pagamento do empréstimo realizado perante uma instituição financeira. Não há uma disponibilidade quanto ao direito de receber salário, mas tão somente quanto ao seu destino, o que não acarreta em prejuízo ao empregado, observados os limites impostos pela lei.

É de extrema importância, também, diferenciarmos em cada caso, quais são os direitos patrimoniais que são incontestavelmente de titularidade do empregado, com aqueles direitos que são reivindicados pelo trabalhador, mas impugnados pelo empregador. Ou seja, devemos distinguir quando há a “*res dubia*” (aquilo que é duvidoso).

Nesse último caso, há uma incerteza subjetiva quanto à existência do direito patrimonial ou não. Quando há dúvida a respeito desse direito, num conflito ainda não solucionado, envolvendo sujeitos de boa fé e capazes, devemos falar que há nesse caso disponibilidade dos direitos patrimoniais objeto da lide, tendo em vista que a incerteza subjetiva proporciona a mitigação de possíveis restrições oponíveis somente perante a certeza de que existe mesmo um direito.

Existem, ainda, outros fundamentos aptos a comprovar que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, na prática, é mitigada em diversas dimensões.

Dessa forma, quando falamos de direito indisponível, estamos falando de um direito irrenunciável, do qual o seu titular não poderá abrir mão. Assim, podemos perceber que os direitos trabalhistas não são absolutamente indisponíveis, tendo em vista, que todos eles estão sujeitos à prescrição, conforme o art. 7º, XXIX da Constituição Federal, tanto à prescrição parcial, que é de cinco anos para reclamar direitos trabalhistas, contados da data do ajuizamento da ação, como a total, que é de dois anos para entrar com a ação, contados do término do

contrato laboral. Ou seja, a inércia do empregado, revelada pela não utilização do maquinário processual dentro do lapso temporal adequado, leva o empregado a não poder pleitear mais os seus direitos.

Outra questão a ser considerada é que durante todos esses anos de existência da Justiça Trabalhista, até o advento da Reforma, não havia condenação da parte vencida ao pagamento de honorários de sucumbências. Só havia admissibilidade de honorários contratuais, firmados entre as partes e seus advogados. Nesse sentido, na prática, esse contrato está condicionado a um resultado favorável do processo para a sua efetivação, onde o empregado transmite uma parcela do seu crédito ao seu patrono. O que ocorre é que os advogados que representam os trabalhadores precisam receber uma remuneração pelos seus serviços, já os empregados, que na maioria das vezes não têm condições de adiantar valores a título de honorários, celebram contratos onde transferem a seu patrono a titularidade de parte de seus direitos patrimoniais trabalhistas pleiteados.

Ademais, podemos analisar que essa indisponibilidade não é absoluta também, quando analisamos que diariamente, na Justiça do Trabalho, são realizados milhares de acordos entre empregados e empregadores, nos quais na maioria das vezes há a transação de direitos trabalhistas patrimoniais por parte do empregado. Esses acordos podem acontecer tanto na fase de execução como na fase cognitiva. Vale ressaltar, inclusive, que a própria Reforma Trabalhista também veio fortalecer essa possibilidade de acordos, prevendo, em seu artigo 855-B, a homologação de acordo extrajudicial realizado entre as partes.

Ou seja, muitas vezes, para alcançar um valor em que o empregador tenha condições de arcar, levando em consideração as dificuldades financeiras dessa empresa, o juiz do trabalho acaba homologando acordos onde os valores que serão recebidos pelo empregado serão bem menores do que ele realmente tem direito. Muitas vezes esse acordo é realizado na melhor das intenções, objetivando que o empregado não se prejudique e acabe ficando sem receber nada, todavia, isso não modifica o fato de que o empregado teve que abrir mão de alguns direitos patrimoniais ou parte desses, realizando transações, para obter a concordância do empregador em realizar o acordo judicial ou extrajudicial, que posteriormente poderá ser homologado pelo juiz.

Dessa forma, é perfeitamente possível sustentarmos que existem sim direitos trabalhistas que são absolutamente indisponíveis, como os inerentes aos direitos da personalidade do trabalhador. Todavia, não são todos os direitos trabalhistas que seguem esse caminho. Existem direitos trabalhistas disponíveis relativamente, seja em virtude da renúncia de muitos desses direitos, ocasionadas pela prescrição; seja pela incerteza subjetiva em relação

a direitos que integram o patrimônio do empregado (*res dubia*); seja pelo reconhecimento de que o empregado pode abrir mão, transacionar ou até mesmo transferir sua titularidade quando lhe for conveniente, conforme prática consolidada em nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, é inegável reconhecer uma mitigação da tese da indisponibilidade absoluta dos créditos laborais, tendo em vista que na própria prática forense e na jurisprudência consolidada nos nossos tribunais trabalhistas, é permitido ao empregado, muitas vezes, abdicar de seus direitos ou mesmo transferir sua titularidade quando for apropriado.

Por todos os motivos acima, a tese de que todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, e não é argumento hábil a impedir a admissibilidade de soluções extrajudiciais dos conflitos individuais laborais.

Por conseguinte, o segundo mito que diz que “somente um juiz do trabalho tem a isenção, a imparcialidade e a independência para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma solução justa”, não merece prosperar, tendo em vista que a suposta exclusividade dessa aptidão é plenamente inapropriada à nossa realidade atual, principalmente levando em consideração o espírito do nosso Novo Código de Processo Civil.

O novo CPC, em seu artigo 3º, além de impor que o Estado promova soluções consensuais dos conflitos litigiosos, previu também que os próprios magistrados, defensores públicos, advogados, membros do Ministério Público, devem igualmente incentivar formas alternativas de soluções consensuais, fora e dentro do processo.

Art. 3o [...]

§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Então, afirmar que o monopólio da capacidade e da legitimidade para solucionar conflitos individuais trabalhistas pertence ao magistrado significa ignorar os diversos profissionais de arbitragem e mediação e as instituições que promovem tais formas de composição de litígios.

Assim, não podemos afirmar que não existem profissionais probos, sérios e competentes, capazes para atuar em soluções consensuais nos conflitos trabalhistas, fora da carreira da magistratura. Essa ideia é completamente desprovida de argumentos de sustentação.

Saindo um pouco da esfera do serviço público e adentrando no campo dos profissionais privados, não podemos rejeitar ou menosprezar o fato de que existem milhares de profissionais corretos, justos, probos e capacitados para atuar na composição de conflitos trabalhistas individuais, como os próprios árbitros e mediadores particulares. Muitos desses profissionais, inclusive, estudaram em escolas judiciais e da magistratura associativa, alguns tendo, inclusive, o reconhecimento formal outorgado por Tribunais pertencentes ao Poder Judiciário.

Nesse momento, pode surgir o questionamento de que nem todos os profissionais que atuam nas fórmulas alternativas de soluções de conflitos judiciais possuem as qualidades necessárias para uma atuação justa e ética. Nesse viés, reconhecemos que existem sujeitos desleais e que atuam de má-fé, promovendo arbitragens e mediações fraudulentas. Todavia, antes de defendermos que por esse motivo, não devemos permitir as formas alternativas de soluções de conflitos individuais trabalhistas, devemos nos questionar se esse é um problema apenas fora do âmbito judicial, ou se isso também é uma triste realidade que existe dentro do Poder Judiciário.

O nosso legislador previu no CPC/15, em seu artigo 5º, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comporta-se de acordo com a boa-fé”. Essa instrução normativa nos leva a uma triste reflexão, pois a boa-fé no nosso judiciário deveria ser algo implícito, desnecessário a sua previsão legal. Entretanto, por ser de notória evidência que existem sim, infelizmente, muitos profissionais na nossa justiça brasileira desprovidos de honestidade, é que o legislador veio prever essa diretriz em nossa legislação processual.

Dessa forma, não podemos negar que, lamentavelmente, tanto no âmbito do judiciário como na seara das formas alternativas de conflitos, como na arbitragem e mediação, existem profissionais probos, sérios e competentes, assim como também existem profissionais desprovidos dessas qualidades, desonestos e desleais com seu compromisso de justiça.

Nesse sentido, constatar que existem profissionais para solucionar os conflitos de forma extrajudicial, desprovidos de honestidade e lealdade, não significa impedir toda essa classe de profissionais de exercer sua atividade nobre. Para esses profissionais, assim como para os magistrados que agem de forma incorreta, eles também deverão ser submetidos à fiscalização, para evitar possíveis arbitrariedades, abusos e injustiças.

Assim, ao analisarmos a Lei de Arbitragem, percebemos que quando ocorrer uma fraude na solução extrajudicial realizada por um árbitro, as partes que entenderem que houve fraude na decisão arbitral poderão recorrer à via judicial para contestar a validade da decisão; para tentar afastar um árbitro impedido ou suspeito ou para invalidar ato praticado por um árbitro que contrarie o processo legal. Se não vejamos:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

~~V - não decidir todo o litúgio submetido à arbitragem;~~ (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

Assim, concluímos que profissionais desleais e antiéticos podem existir em todas as profissões e em todas as áreas do direito, os quais devem ser combatidos com seriedade. Todavia, não podemos privar a atividade dos árbitros e mediadores por esse motivo, há os instrumentos próprios para corrigir eventual conduta inadequada desses profissionais.

O terceiro e último mito, que diz respeito ao “uso intenso de vias alternativas implicarem em um eventual esvaziamento da Justiça do Trabalho”, consiste em uma alegação totalmente equivocada, pois o termo correto não seria esvaziar e sim desinchar.

A ampliação do uso das soluções extrajudiciais de conflitos individuais trabalhistas certamente não irá esvaziar a Justiça do Trabalho, e sim ajudar a desinchar, desafogar este órgão jurisdicional.

O número de reclamações trabalhistas ajuizadas anualmente na Justiça do Trabalho é impressionante e só faz crescer com o passar dos anos.

Segundo dados disponibilizados pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho – CEPTST¹⁴ foram ajuizadas 2.746.214 ações trabalhistas e julgadas 2.687.198 durante o mesmo ano, o que significa uma média de 854,7 julgamentos por magistrado no ano de 2016. Considerando os recursos direcionados aos Tribunais Regionais, a pesquisa constatou que estes tribunais receberam nesse mesmo período um total de 957.518 processos e julgaram 830.844. Já o Tribunal Superior do Trabalho recebeu no ano de 2016 um total de 243.447 processos e julgou 270.130, criando uma média de 10.004,81 processos relatados pelos seus 27 ministros. Percebemos, assim, se tratar de um quantitativo estarrecedor e que aumenta a cada dia, abarrotando cada vez mais o judiciário trabalhista.

¹⁴ Disponível em: www.tst.jus.br/estatistica-tst

Em virtude dos fatos mencionados, a ameaça que realmente existe à Justiça do Trabalho não é o esvaziamento dela por conta das soluções alternativas de conflitos, e sim a perda da sua legitimidade pela sociedade, em face a uma morosidade excessiva para solucionar os conflitos judiciais, tanto em fase cognitiva, recursal, como também na fase executiva. Por conta de tanta demora na prestação da tutela jurisdicional e por ela ser prestada, muitas vezes, de forma insatisfatória, a sociedade está cada vez mais frustrada e insatisfeita e se sentindo abandonada pelo nosso judiciário brasileiro.

Dessa forma, o estímulo às soluções extrajudiciais de conflitos não significa uma ameaça à Justiça do Trabalho, muito pelo contrário, essas vias alternativas devem ser vistas como verdadeiras parceiras do poder judiciário.

Com o estímulo da arbitragem, por exemplo, haverá uma significativa diminuição do quantitativo de ações judiciais propostas e uma ampliação no tempo disponível para os juízes se dedicarem a cada causa. Dessa forma, a tutela jurisdicional será prestada de forma mais adequada e mais rápida, fazendo com que a sociedade volte a confiar e a acreditar na efetividade da prestação jurisdicional do Estado.

Ademais, há causas em que a atuação da Justiça do Trabalho será sempre imprescindível, como em casos de trabalhos análogos à escravidão; a violação das regras de saúde do meio ambiente de trabalho; a exploração do trabalho infantil; direitos individuais absolutamente indisponíveis, como direito à vida e a integridade psíquica e física; entre outras.

Por exemplo, em casos relacionados a acidentes de trabalho é recomendável que não seja aplicado o instituto da arbitragem, levando em consideração que na grande maioria dos casos os acidentes atingem a saúde, a incolumidade, a honra ou até mesmo a vida o trabalhador, se tratando, então, de direito absolutamente indisponível.

Ainda levantando a tese de que esse tipo de demanda deve ser solucionada apenas pela Jurisdição Estatal, ressalta-se que para solucionar conflitos que envolvam acidentes de trabalho, há uma grande complexidade em provar o nexo causal entre o acidente e a relação de emprego, e há também, eventualmente uma necessidade de realizar perícia, que deve ser feita por perito imparcial e nomeado ou integrante do Poder Judiciário.

Esses casos, podem também envolver terceiros, como os familiares da vítima, repercutindo até mesmo na esfera patrimonial destes. Assim, se fosse permitida a utilização da arbitragem para esses casos, como ficariam os direitos desses terceiros envolvidos? Quem iria decidi-los? Tendo em vista que apenas o empregado iria ter assinado uma cláusula compromissória de arbitragem, enquanto seus familiares não convencionaram pela utilização desse instituto. Por essas razões que provamos e defendemos que não há como “esvaziar” a

Justiça do trabalho, pois para julgar determinados casos, esta sempre vai ser a jurisdição adequada.

Nesse mesmo sentido, Jacob (1974, *apud* CAPPELLETTI, 1988, p. 76) afirma:

A engrenagem judiciária formal de cortes de Justiça, naturalmente, continuará a ser necessária e vital não só para lidar com importantes questões de direito, incluindo temas de significação constitucional, como também para julgar questões vultosas e substanciais que afetem interesses vultosos e substanciais.

Por todos esses aspectos, percebemos que a Justiça Trabalhista deve ser medida pela efetividade da prestação de sua tutela jurisdicional, e não pela quantidade do número de ações e de causas julgadas e que, dessa forma, a aplicação da arbitragem como forma de solução de conflitos extrajudiciais auxiliaria a desinchar essa Justiça e a prestar uma tutela mais efetiva aos seus jurisdicionados.

3.4 OS RISCOS DA ARBITRAGEM NO DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Em que pese a Reforma Trabalhista tenha autorizado expressamente a utilização da arbitragem no âmbito das relações individuais de trabalho, ainda há uma forte resistência de grande parte da doutrina em aceitar esse instituto. Uma parcela dos doutrinadores defende a incompatibilidade da arbitragem no âmbito da relação individual de emprego.

Nesse sentido, Godinho (2011, p. 165) afirma que neste ramo do direito prevalece a noção de indisponibilidade dos direitos trabalhistas, não podendo compreender como poderia ter validade decisão de um árbitro particular que suprimisse direitos indisponíveis do trabalhador. Compartilham desse mesmo pensamento outros autores, como Bezerra Leite (2011) e Alice Monteiro de Barros (2009).

Em sentido contrário, a Reforma veio autorizar a utilização desse método de solução extrajudicial de conflito, todavia, trouxe alguns requisitos para a sua utilização, justamente para não ocasionar prejuízos ao trabalhador, que na maioria dos casos é a parte mais vulnerável da relação contratual.

Conforme vimos no início do capítulo, para que possa ser pactuada a cláusula compromissória nos contratos individuais de trabalho, a remuneração do empregado deve ser superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (o que atualmente representa o valor de R\$11.291,60), e desde que a

instituição dessa cláusula ocorra por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa (art. 507-A CLT).

Não obstante os requisitos criados pelo legislador, diversos continuam relutantes quanto à sua utilização. Muniz (2017, *online*) elenca alguns riscos que este instrumento poderia ocasionar se aplicados aos dissídios individuais trabalhistas. Iremos analisar estes riscos e se merecem acolhimento em nosso ordenamento jurídico.

O primeiro risco que o autor considera se refere à capacidade econômica do empregado arcar com os custos da arbitragem, os quais são superiores aos da Justiça Trabalhista, especialmente quando se considera a hipossuficiência da maior parte dos trabalhadores.

Todavia, a Reforma trata essa questão quando vem permitir a arbitragem apenas para os empregados que possuem maior remuneração. Ademais, as partes podem consensualmente pactuar acerca dos custos do procedimento, é perfeitamente possível que elas pactuem que o empregador irá antecipar o pagamento de despesas, as quais serão abatidas no final do litígio.

Por conseguinte, um segundo risco seria a possibilidade de muitos empregados aceitarem a cláusula arbitral sem entender do que se trata. Contudo, esse risco está mitigado pela necessidade do consentimento expresso do empregado. Ademais, a admissão da arbitragem apenas para empregados com maior remuneração induz que sejam pessoas que possuem um nível maior de entendimento e que procurariam saber o que a cláusula significa antes de aceitarem.

Essa relação empregatícia com um empregado de maior empoderamento econômico não pode ser equiparada com a grande maioria das relações empregatícias do país, marcadas pela vulnerabilidade do empregado. Assim, não se justifica, portanto, uma grande extensão das medidas de natureza protetiva por parte da Justiça Trabalhista, que habitualmente vê o trabalhador como a parte mais fraca da relação.

Um terceiro risco consistiria na realização de arbitragens simuladas, que constituiriam, na verdade, em termos de rescisão de contrato de trabalho com renúncia de direitos por parte do empregado, favorecendo, assim, o empregador.

Todavia, a própria Lei de Arbitragem soluciona essa questão, prevendo, em seu artigo 33º, que a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos em lei, que seriam os casos de sentenças arbitrais que violasse os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Dessa forma, cabe à justiça do Trabalho anular a sentença arbitral realizada mediante fraude, coação e erro entre as partes, ou corrupção e imparcialidade dos árbitros.

Um outro risco seria o fato da eleição da via arbitral configurar renúncia do direito de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Esse dispositivo dedica-se a garantir a universalidade da jurisdição, ao prever que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

No entanto, esse dispositivo não pode ser considerado como incompatível com o instituto da arbitragem, tendo em vista que a arbitragem é um método extrajudicial de solução de conflitos, aplicado de forma facultativa em nossa legislação brasileira, pois as partes devem optar pela sua utilização, de acordo com a sua autonomia da vontade. Além do que, conforme vimos em tópico anterior, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §1º, estabelece que a arbitragem também é jurisdição. Sendo assim, ao utilizarem a arbitragem, as partes estão sendo amparadas pela jurisdição.

Ademais, não há o que falar em renúncia do direito de levar o conflito ao magistrado, considerando que as partes recorrerão a um árbitro por uma escolha pessoal, exercendo sua autonomia e liberdade.

Nesse sentido, compartilha do mesmo posicionamento o autor Pretti (2018, p. 18), “Em outras palavras, significa dizer que a arbitragem é hoje unicamente voluntária, ou seja, ela só será adotada se ambas as partes pactuarem nesse sentido. Não há, dessa forma, modalidade de sujeição compulsória ao juízo arbitral no Brasil”.

Desse modo, a utilização da via arbitral para solucionar um conflito individual trabalhista não quer dizer que as partes estão renunciando ao seu direito de ação, e sim que efetuaram a faculdade de escolher por outro procedimento extraprocessual para solucioná-lo. Outrossim, o próprio empregado e empregador convencionaram para eleger esse instrumento como meio de solução da lide, não havendo, assim, privação do acesso ao judiciário.

Ademais, um outro risco que merece ser analisado consiste no questionamento de quem seriam os árbitros que iriam julgar esses conflitos individuais trabalhistas, tendo em vista que essa incerteza representa uma ameaça à implementação do instituto da arbitragem nesses dissídios.

A Lei de Arbitragem prevê que os árbitros serão escolhidos pela vontade de ambas as partes, e se estas não chegaram a um consenso, essa questão poderá ser exercida pelo judiciário, o qual irá realizar a nomeação dos árbitros. Todavia, como seria realizada a escolha desses árbitros? Quem serão os julgadores desses conflitos? Seriam árbitros que prestam serviços para as empresas? Seriam árbitros “tendenciosos” aos empregadores? Em que pese haver previsão legal de que a escolha dos árbitros seja realizada de forma conjunta, na realidade prática, o

empregado poderia não possuir tanta liberdade assim e nem conhecer de forma adequada os árbitros, e estes poderiam apenas ser imposto pelo empregador.

Assim, para enfrentar esse problema, uma solução adequada seria a Legislação Trabalhista prever que a escolha do árbitro deva ser feita entre os empregadores e os sindicatos representante dos trabalhadores, por meio de norma e convenção coletiva, a qual deverá estipular como essa escolha será feita entre as partes ou, até mesmo, estipular uma lista prévia de árbitros que estariam habilitados para julgar os conflitos.

Sendo assim, a amplificação do instituto da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas, nos casos previstos em lei, se manifesta como uma forma eficaz para solucionar dissídios de forma rápida e satisfatória para as partes, colaborando para desafogar a Justiça, reduzir a quantidade de ações trabalhista contra as empresas e consolidar a segurança jurídica em nosso país. Tais fatores seduzem o interesse do setor produtivo, que enxerga um menor risco e um menor custo na contratação de mão de obra, podendo resultar, assim, em novos postos de trabalho, algo tão necessário em nosso país.

Todavia, a aplicação desse instituto deve ser aplicada de forma cautelosa, de modo que os conflitos não sejam julgados por árbitros “tendenciosos” que apenas favoreceram as empresas, em detrimento do reconhecimento dos direitos dos empregados.

3.5 A ARBITRAGEM NOS DIREITOS COLETIVO E INDIVIDUAL DE TRABALHO

Quando estudamos sobre a incidência da arbitragem no direito do trabalho vimos que a principal menção a esse instituto está no artigo 114, §1º da Constituição Federal.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

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

Esse dispositivo faz referência expressa a possibilidade da incidência na arbitragem no direito trabalhista coletivo.

Dessa forma, no que tange à incidência da arbitragem no direito coletivo do trabalho, levando em consideração a expressa previsão constitucional, não há qualquer óbice ou discussão doutrinária acerca da sua aplicabilidade. Essa permissão pode ser compreendida por alguns fatores.

Primeiramente, quando falarmos dos dissídios no direito coletivo, não há de forma nenhum pouco arraigada a ideia do desequilíbrio fático, da hipossuficiência de uma das partes

da relação, tendo em vista que nesse tipo de dissídio as partes estão amparadas pelos seus sindicatos, e há um equilíbrio maior entre os empregadores e os empregados, quando estes estão sendo representadas. Sendo assim, não há o que se falar em desequilíbrio na relação processual.

De outro lado, devemos levar em consideração que o prejuízo causado pela mora estatal no exercício da sua função jurisdicional, não atinge apenas um pessoa, como ocorre nos dissídios individuais, o que ocorre é um prejuízo a uma massa de trabalhadores, integrantes da categoria sindical envolvida no dissídio.

Assim, a utilização da arbitragem pode ser amplamente aplicada nos dissídios coletivos, tanto nos de natureza jurídica como nos de natureza econômica, como por exemplo, nos conflitos que envolvam reajustes salariais ou aumento do piso da categoria profissional.

Levando em consideração esses fatores, a utilização da arbitragem nos dissídios coletivos sempre foi amparada pela doutrina, e nesse sentido, podemos observar que após o a previsão na Constituição Federal, surgiram outras leis que trouxeram a faculdade da utilização deste instituto no direito coletivo do trabalho.

Como primeiro exemplo podemos falar da Lei de Greve (Lei nº 7.783 de 1899), que veio determinar, em seu artigo 3º, a utilização da via arbitral caso a negociação coletiva restasse frustrada. Ademais, em seu artigo 7º, preceitua 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 segunda menção está na Lei que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, a Lei nº 10.101/2000, dispõe em seu artigo 4º, inciso II, sobre a utilização da via arbitral, determinando que se houver impasse nas negociações visando à participação nos lucros da empresa, as partes poderão eleger a arbitragem ou a mediação para solucionar o litígio.

Já quando analisamos a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, observamos que a doutrina sempre foi resistente quanto a sua aplicabilidade. A maior oposição da doutrina consiste em afirmar que conforme a Lei de Arbitragem, esse instituto só pode ser utilizado quando o objeto litigioso se tratar de um direito disponível, o que seria incompatível com o direito individual do trabalho, tendo em vista que os direitos trabalhistas seriam considerados irrenunciáveis e indisponíveis.

Todavia, podemos verificar que há três menções no nosso ordenamento jurídico quanto à utilização da via arbitral no direito individual trabalhista. A primeira menção foi inserida na

Lei dos Portuários¹⁵, a qual trata sobre o regime jurídico da exploração dos portos e das instalações portuárias, e veio prever a utilização da arbitragem em caso de impasses; a segunda menção esta no Estatuto do Ministério Público, o qual forneceu legitimidade aos membros do Ministério Público do Trabalho para atuarem como árbitros em conflitos trabalhistas individuais e, a última menção se deu na “Lei Pelé” (Lei nº 12.395 de 2011)¹⁶, que permitiu a aplicabilidade da arbitragem nas lides individuais trabalhistas, desde que ajustadas anteriormente pelas partes.

Nesse contexto, em que pese à resistência da doutrina quanto à utilização da via arbitral nos conflitos individuais trabalhistas, a Reforma Trabalhista veio pôr fim a essa controvérsia, pois veio autorizar expressamente a sua utilização, prevendo apenas alguns requisitos para que a arbitragem possa ser realizada no âmbito individual, conforme já visto anteriormente.

3.6 DESAFIOS QUE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM APRESENTA NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Ao longo do presente trabalho analisamos as diversas vantagens que o instituto da arbitragem apresenta. Vimos também à modificação legislativa trazida pela Reforma Trabalhista acerca do tema, a qual veio autorizar a utilização da via arbitral nos dissídios individuais trabalhistas.

Em que pese concordarmos com a utilização do instituto nos conflitos individuais de trabalho, sabemos que existem desafios que devem ser analisados e enfrentados para que esse instituto possa ser efetivamente aplicado. Dessa forma, neste tópico iremos enfrentar alguns desses desafios.

Uma primeira crítica a ser enfrentada, seria no sentido do momento da pactuação da cláusula. É possível vislumbrar um vício de consentimento, por parte do empregador ao coagir

¹⁵ Art. 37. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35.

§ 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

16 Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva. Parágrafo único. A arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

seu empregado a assinar a cláusula contratual? O empregado poderia assinar por se sentir pressionado, haja vista a necessidade de obter um emprego?

Todavia, ao prever esse instituto para os conflitos individuais, a Reforma veio prever que ele só poderá ser utilizado para os empregados que recebam remuneração superior a duas vezes o limite máximo de Previdência Social, o que representa R\$11.291,60. Isso significa um universo de aproximadamente 2% dos empregados do país¹⁷. Ou seja, estamos falando de funcionários mais esclarecidos, funcionários que não são os considerados “chão de fábrica”, pois não são aqueles que não possuem nenhum poder decisório na pactuação do seu contrato de trabalho.

Em geral, os empregados dentro desse universo tão pequeno, que possuem remuneração elevada, são aqueles que prestam serviços de direção, gerência, serviços intelectuais, específicos, ou seja, estamos falando de empregados que também são valiosos para o empregador, eles também tem “poder de barganha”, eles estão em um maior pé de igualdade.

Nesse sentido, acreditamos que esse tipo de empregado não aceitaria a cláusula compromissória apenas por coação, uma vez que necessitaria do emprego. Esse empregado, por se encontrar numa posição economicamente mais favorável, na maior parte das vezes, consegue decidir conjuntamente com o empregador sobre as cláusulas contratuais, sobre a remuneração que será devida pelos serviços prestados, e também sobre a previsão da arbitragem para a resolução de possíveis conflitos.

Ademais, não podemos já visualizar o instituto como algo que vai ser violado e utilizado como mecanismo de fraude pelo empregador. Há muitos outros institutos no direito do trabalho que podem ser utilizados, sem que pressuponham um vício de consentimento. Nesses casos, para ser configurado um vício de vontade, este deve ser efetivamente comprovado. Nesse sentido, há a sumula 342 do TST e a OJ 160 da SDI-1 do TST.¹⁸

¹⁷ Segundo Relatório do Deputado Rogério Marinho elaborado durante a aprovação do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista, disponível no site da Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=TramitacaoPL+6787/2016.

¹⁸ Súmula nº 342 do TST: DESCONTOS SALARIAIS. ART. 462 DA CLT (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

OJ-SDI1-160 DESCONTOS SALARIAIS. AUTORIZAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO. VALIDADE (inserida em 26.03.1999)

É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade.

Outro entendimento consolidado pela jurisprudência pátria consiste em afirmar que o pedido de demissão feito pelo empregado não induz, por si só, vício de consentimento. Se o vício ocorreu, ele deve ser provado pelo empregado para que ele tenha seu pedido de demissão anulado.

Assim, o vício de consentimento nessas situações não é presumido, ele deve ser provado. Da mesma forma, deverá ocorrer com o instituto da arbitragem. A priori, devemos considerar que ele foi pactuado livremente pelas partes, no entanto, caso o empregado tenha sido coagido pelo empregador, este deve comprovar a coação. Do contrário, deveríamos impedir a utilização desse mecanismo extrajudicial de conflitos, bem como outros institutos que podem ser muito benéficos para as relações de trabalho, por acreditarmos que sempre haverá má-fé por parte do empregador.

Outro aspecto considerado como um desafio para o emprego da arbitragem nos conflitos individuais de trabalho seria o questionamento de quem seriam os árbitros responsáveis por julgar estes conflitos. Seriam árbitros que trabalhassem para as empresas? Que fossem atrelados aos empregadores? Como garantir que o árbitro que iria julgar o conflito seria totalmente imparcial?

Conforme prevê a Lei de Arbitragem, o árbitro será escolhido de forma conjunta, por ambas as partes e, se estas não entrarem em consenso, as partes levarão a questão ao poder judiciário para que o juiz defina quem será o árbitro. Todavia, quando as partes estiverem escolhendo de forma conjunta quem será o julgador, surge o questionamento de que o empregador poderia tentar induzir o empregado a optar por um árbitro que seja de sua simpatia, e o empregado, que na maior parte dos casos não conhece tão profundamente acerca do instituto e seus julgadores, acaba aceitando a escolha tendenciosa do empregador.

Acreditamos que uma forma de se evitar essa escolha tendenciosa, consistiria nas empresas e nos sindicatos estipularem o procedimento devido para realização da escolha dos árbitros, por meio de acordo ou convenção coletiva. Ou então, os sindicatos, da classe operária e o patronal, poderiam realizar uma lista de árbitros considerados como habilitados e que poderiam ser as escolhas dos empregados e empregadores, para julgarem seus conflitos.

Outro desafio seria quanto à delimitação de matérias que poderiam ser solucionadas pela via arbitral, conforme já foi debatido de forma mais aprofundada no tópico 3.3.

Assim, em que pese tenhamos demonstrado ao longo do trabalho que os direitos trabalhistas não são absolutamente indisponíveis e que, por isso, poderiam ser objetos a serem solucionados pela via arbitral, há causas em que a atuação da Justiça do Trabalho será sempre imprescindível, como em casos de trabalhos análogos à escravidão; a violação das regras de

saúde do meio ambiente de trabalho; a exploração do trabalho infantil; direitos individuais absolutamente indisponíveis, como direito à vida e a integridade psíquica e física; entre outros.

Ou seja, não é porque a arbitragem foi autorizada no âmbito individual do trabalho, que ela deve afastar da Justiça Trabalhista matérias que são de sua inteira competência. Direitos que são absolutamente indisponíveis, como os citados acima, devem ser solucionados pelos juízes competentes, e não por meio da arbitragem. Por isso, a utilização desse instituto deve ser realizada de forma cautelosa, e sempre considerando qual é o objeto da lide.

Por fim, recomendamos que as empresas e os empregadores que escolherem por instituir a via arbitral para sanar seus eventuais conflitos trabalhistas deverão buscar orientações jurídicas e especializadas, objetivando a diminuição de riscos trazidos pela arbitragem e a otimização dos resultados.

Concluimos que a autorização da via arbitral nos dissídios individuais trabalhistas foi uma grande inovação trazida pela Reforma, e que o instituto traz diversas vantagens, como a celeridade, informalidade, a especificidade do julgador, a flexibilidade, a confidencialidade, entre outras. Esse método alternativo de conflito auxilia a sociedade a alcançar um efetivo acesso à justiça, de modo que os cidadãos consigam resolver seus conflitos de forma rápida e justa. Pois como vimos, justiça tardia não é justiça. No entanto, por se tratar de uma inovação legislativa, a implementação desse instituto apresenta desafios, que devem ser estudados para poder permitir sua aplicação de forma qualificada e sem violar direitos dos empregados e os princípios trabalhistas.

CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento da monografia, pôde-se analisar a problemática da dificuldade de se alcançar um efetivo acesso à justiça, dentre elas o principal fator seria o excesso de demandas que assola o judiciário brasileiro, o que ocasiona o prejuízo efetivo na celeridade processual. Deste modo, foram apontados meios alternativos extrajudiciais apresentados pelo ordenamento jurídico, que foram consolidados pelo Novo Código de Processo Civil, para amenizar o problema – tais como: mediação, conciliação e arbitragem, cada um com sua peculiaridade de objeto de conflito específico – já que restou demonstrado que surgiram como alternativa e não substituição à jurisdição estatal.

Dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, fora objeto do presente trabalho o estudo específico da arbitragem. Para isso, analisamos quais são os principais conceitos e procedimentos desse método, o histórico do instituto dentro do direito brasileiro e a sua experiência e utilização em outros países.

Destarte, como uma modalidade de mecanismo extrajudicial e apesar de estar prevista na legislação vigente, evidenciou-se certa resistência na utilização da arbitragem, uma vez que foram demonstradas críticas e violações principiológicas no uso do procedimento, fatos estes que não restaram consolidados.

Fora constatado que o procedimento arbitral tem como intuito ser utilizado em conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis e que a faculdade de escolha do procedimento não fere o direito à ação, haja vista que as partes são dotadas de capacidade e podem optar por qual procedimento querem resolver seu conflito.

No que tange ao direito do trabalho, a utilização da arbitragem sempre foi autorizada no âmbito coletivo utilizando como base previsões constitucionais. Já no âmbito individual a utilização desse instituto sempre foi alvo de muitas críticas e divergências doutrinárias. Uma parte da doutrina sustentava que não caberia a sua utilização, uma vez que a arbitragem só pode ser utilizada quando o objeto da lide versar sobre direitos disponíveis, e os direitos individuais trabalhistas jamais seriam disponíveis.

Em sentido contrário, outra parte da doutrina acredita que os direitos individuais trabalhistas não são absolutamente indisponíveis e, por isso, poderia ser utilizada a arbitragem para a resolução desses conflitos. Para quem defendia essa possibilidade, deveria ser utilizado esse instituto com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

Todavia, com o advento da Reforma Trabalhista, a utilização da arbitragem para a resolução de dissídios individuais trabalhistas veio a ser expressamente autorizada, por meio do artigo 507-A da CLT, mediante a observância de determinados requisitos.

Em que pese a inovação legislativa da previsão da via arbitral, ainda permanece uma grande discussão acerca da sua utilização no âmbito individual trabalhista, tendo em vista que a via arbitral supostamente violaria a essência do direito do trabalho e seus princípios, todavia, ficou comprovado no decorrer do trabalho que o Direito Trabalhista e seus princípios basilares não foram transgredidos.

Ademais, no decorrer do texto apresentamos as principais objeções e críticas a esse instituto e a sua utilização na seara individual trabalhista e restou demonstrado que, apesar do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas estar presente, o mesmo não pode ser considerado absoluto, uma vez que os direitos patrimoniais trabalhistas não são absolutamente indisponíveis, à medida que eles podem ser objeto de renúncia, transação e de transferência de titularidade, razão pela qual vimos um cenário onde se aplica perfeitamente a via arbitral.

Evidenciou-se ao longo do trabalho que a utilização da arbitragem acarreta diversas vantagens para o direito brasileiro, bem como para a Justiça do Trabalho, uma vez que o instituto proporciona um “desafogamento” da tão assoberbada Justiça Trabalhista, o que fará com que essa Justiça possa analisar suas demandas de forma mais qualificada e prestar uma tutela jurisdicional satisfatórias aos seus tutelados.

O instituto apresenta vantagens na resolução de conflitos como a celeridade, a especificidade do julgador, a informalidade, a flexibilidade, a confidencialidade, entre outras, de forma que os indivíduos se sintam mais confortáveis, seguros e confiantes quando solucionam suas demandas por meio desse procedimento.

Por fim, sustenta-se que, em que pese a utilização da arbitragem traga diversas vantagens à nossa jurisdição estatal e à Justiça Trabalhista, a sua autorização nos dissídios individuais trabalhistas ainda é um tema novo, que não teve muitas experiências práticas. Desse modo, o instituto apresenta diversos desafios que devem ser observados, estudados e solucionados, para que a implementação desse dispositivo trazido pela Reforma, não traga prejuízos aos empregados e não viole os princípios basilares do Direito do Trabalho.

A arbitragem configura-se como um instituto muito novo para o direito do trabalho do ponto de vista dos dissídios individuais e, mesmo para os dissídios coletivos, esse instituto não era tão utilizado da forma que deveria ser. Assim, não podemos, por medo ou pela presunção da má-fé por parte dos empregadores, no que tange às relações de trabalho, desvalorizar um

instituto que irá trazer muitos benefícios para a Justiça Trabalhista, e para o próprio direito do trabalho.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Lídia Miranda de Lima. **Mediação e Arbitragem** – Uma proposta para os conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTr, 1994.
- BARROSO, Fábio Túlio. **Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- BERNARDES, Felipe. **Arbitragem no processo do trabalho após a reforma trabalhista**. JOTA, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/arbitragem-no-processo-do-trabalho-apos-reforma-trabalhista-08022018>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa de Azevedo. **A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: Meios integrados de resolução**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do Trabalho**. 10. Ed. São Paulo: LTr, 2011.
- _____. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 21, 38.
- FRANCO FILHO, Gerorgenor de Souza. **A Arbitragem e os Conflitos Coletivos de Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral no Brasil**. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3090/distincao-entre-clausula-compromissoria-ecompromisso-arbitral/>>. Acesso em: 29 abr. 2018.
- GRAVATÁ, Isabelli; ANTUNES, Leandro; ADAIR, Simone. **CLT Organizada**. 7ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.
- JUNIOR, José Cairo. **Arbitragem – Reforma Trabalhista**. 2018. Disponível em: <<http://www.regrastrabalhistas.com.br/lei/novidades-legislativas/4020-arbitragem-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas:** comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

MELO, Luís Antônio Camargo de. **Meios alternativos de resolução de conflitos trabalhistas:** o Termo de Ajustamento de Conduta Firmado perante o Ministério Público do Trabalho. Conciliação Judicial Individual e Coletiva e Formas Extrajudiciais de Solução dos Conflitos Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação:** estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MUNIZ, Joaquim. **Arbitragem na Reforma Trabalhista**, 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258392,61044Arbitragem+na+Reforma+Trabalhista>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho:** relações individuais e coletivas do trabalho. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, n. 700, 5 jun 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6831>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

PINHEIRO JUNIOR, Alcy de Jesus Nery. **A relação do Instituto da Arbitragem com a sua aplicação no direito brasileiro.** Belém, 2003, p. 59.

PRETTI, Gleibe. **Arbitragem no contrato de trabalho em face da reforma trabalhista.** São Paulo: LTr., 2018.

REIS, Frederico Maia Guerreiro dos. **A aplicação da revelia nos contratos com cláusula de arbitragem.** Belém, 2008. p.75. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário do Pará, 2008.

RODOVALHO, Thiago. **Os Impactos do NCPC na Arbitragem em Consonância com a Lei n. 13.129 de 2015.** In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2014.

SILVA, Bruno. **O novo CPC e o processo do trabalho I:** parte geral / Bruno Freire e Silva. — São Paulo : LTr, 2015.

SILVA, Luiz. **Arbitragem Trabalhista e o Problema da liberdade:** reflexões à luz do ideal de não dominação, efetividade e a reforma da lei de arbitragem (Lei 13.129/2015). 2018. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-arbitragem-e-mediacao-2013-rarb/2018-v-15-n-56-jan-mar>> Acesso em: 29 abr. 2018.

TEIXEIRA, Sergio Torres. **Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho:** superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei 13.467 de. Revista de direito do trabalho: São Paulo, v. 44, n. 187, p. 51-89, mar. 2018.

TUPINAMBÁ NETO, Hemes Afonso. **A solução Jurisdicional dos Conflitos Coletivos no Direito Comparado.** São Paulo: LTr, 1993.