



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRICIA SERRAVALLE MATA PIRES FERNANDES

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS**

Salvador
2014

PATRICIA SERRAVALLE MATA PIRES FERNANDES

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA
RESOLUÇÃO DE CONFLITO TRABALHISTAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Juliane Dias Facó

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

PATRICIA SERRAVALLE MATA PIRES FERNANDES

ANÁLISE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação _____ e

instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

A memória do meu querido avô,
Alberto Serravalle, pelos
ensinamentos de toda uma vida.

A minha amada mãe pelo apoio
incondicional em toda minha
jornada.

A José, meu marido, pela paciência
e confiança depositados.

Aos meus filhos, Maria Eduarda e
Luís Felipe, razão de ser e de tudo
que faço na vida

AGRADECIMENTOS

A minha professora e orientadora Juliane Facó, que de maneira bastante acessível e companheira, incentivando-me e engrandecendo este trabalho com sua experiência profissional.

Meu muito obrigada.

O que adquire entendimento ama sua alma; o que conserva a inteligência acha
o bem.
Provérbios 19.8

RESUMO

O trabalho desenvolvido propõe-se a analisar o instituto da arbitragem como forma de resolução de conflitos trabalhistas. No âmbito dos dissídios trabalhistas coletivos a via arbitral já é utilizada e tem expressa autorização na Constituição Federal pátria. Será feita uma análise acerca das mudanças trazidas pela emenda 45/04 que ensejaram divergência acerca da diminuição do poder Normativo da Justiça do Trabalho na resolução de conflitos coletivos, sendo este equiparando a uma arbitragem institucional. Em relação aos dissídios trabalhistas individuais, por não haver previsão legal quanto a sua utilização, há divergências se este instituto poderia ou não ser aplicado à resolução de conflitos na seara individual. Em havendo a possibilidade da utilização da arbitragem nos conflitos trabalhistas individuais será estudado em quais princípios se basearia. Para tanto, apresentam-se e conceituam-se aspectos do instituto, sua natureza jurídica que serão imprescindíveis à compreensão da matéria, além de um breve histórico da arbitragem, e a constitucionalidade da Lei de 9.307/96. Oportunamente será feita a análise se os direitos trabalhistas são totalmente ou parcialmente indisponíveis e em sendo parcialmente indisponíveis em que momento tornam-se disponíveis. Dedicam-se, ainda, especial atenção aos aspectos trabalhistas essenciais para a compreensão do assunto, diferenciando direito indisponível de direito irrenunciável. Por fim, o presente trabalho apresenta ainda as vantagens e desvantagens da utilização da via arbitral na resolução de conflitos trabalhistas.

Palavras-chave: Dissídio trabalhista coletivo; dissídio trabalhista individual; resolução de conflitos; arbitragem.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CCP	Comissão de Conciliação Previa
CLT	Consolidação da Leis Trabalhistas
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia
TST	Tribunal superior do Trabalho

1 INTRODUÇÃO	11
2 MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	13
2.1 ESPÉCIES DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	14
2.1.1 Formas autocompositivas x Formas heterocompositivas	14
2.1.2 Outras Alternativas para solução privada de conflitos	17
2.2 EXAME DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM	19
2.2.1 Breve histórico da Arbitragem	19
2.3 CONCEITO DE ARBITRAGEM	20
2.4 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	22
2.5 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/1996	23
2.6 ARBITRABILIDADE	26
2.7 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM	29
2.7.1 Princípio da Autonomia da Vontade	29
2.7.2 Princípio da Competência	33
2.8 ESPÉCIES DE ARBITRAGEM	33
3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	37
3.1 CLÁUSULA ARBITRAL OU CLAÚSULA COMPROMISSÓRIA	37
3.1.1 Validade das Cláusulas Arbitrais	39
3.1.2 Cláusula Arbitral Cheia e Cláusula Arbitral Vazia	40
3.1.4 Autonomia da cláusula arbitral	42
3.2 COMPROMISSO ARBITRAL	43
3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO ARBITRAL ⁴⁵	
3.4 SENTENÇA ARBITRAL	48
3.5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	51
4 A ARBITRAGEM E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS TRABALHISTAS	56
4.1 FORMAS DE SOLUÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS DE TRABALHO	57
4.2 A ARBITRAGEM NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DISSÍDIO COLETIVO	59

4.3 DO CONFLITO COLETIVO TRABALHISTA	60
4.3.1 Classificação dos Dissídios Coletivos	62
4.4 PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO	63
4.5 O PODER NORMATIVO SE TRANSFORMOU EM ARBITRAGEM APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004?65	
5 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS	70
5.1 A LEGISLAÇÃO NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS	70
5.2 A RENUNCIA NO DIREITO DO TRABALHO	72
5.3 DO TEMPO QUE SE OPERA A RENÚNCIA	76
5.4 AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES E PESSOAS CAPAZES DE CONTRATAR	78
5.5 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	81
5.6 A ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS	83
5.7 A ARBITRAGEM E O EMPREGADO	83
6 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem tornou-se um mecanismo cada vez mais comum na solução de controvérsias no sistema jurídico brasileiro. Trata-se de um mecanismo privado de solução de litígios, sem a intervenção estatal, cuja decisão arbitral tem a mesma eficácia da sentença judicial.

A Constituição Federal autoriza a utilização da arbitragem nos dissídios coletivos, e por ser uma previsão expressa da Carta Magna, não enseja dúvidas quanto a sua aplicabilidade. Entretanto, quanto à possibilidade da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais são muitos os questionamentos, seja por inexistir norma constitucional a respeito, seja pelo fato de que, neste ramo do Direito, há um marcante indisponibilidade dos direitos envolvidos.

A arbitragem proporciona uma justiça célere, eficaz e de baixo custo, além de outras vantagens em relação ao tradicional processo judicial. Por outro lado, existem desvantagens como, a possibilidade de influência da parte economicamente mais forte, necessidade de execução judicial da sentença dentre outros.

Neste trabalho, será analisado quais as implicações da utilização da arbitragem nos dissídios coletivos do trabalho ressaltando a edição da Emenda 45/04 que alterou profundamente o artigo 114 da CF e seus parágrafos. As mudanças trazidas pela emenda 45/04 significaram para alguns a diminuição do poder Normativo da Justiça do Trabalho, equiparando-os a uma arbitragem institucional. Também se examinará o uso da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais. A possibilidade ou não de se utilizar a arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas baseia-se num eixo central: os direitos trabalhistas são totalmente ou parcialmente indisponíveis? Se parcialmente, em que momento elas se tornam disponíveis?

Para tanto, algumas premissas da arbitragem deverão ser trazidas à baila inicialmente. Desta forma, o primeiro capítulo foi reservado ao estudo das formas de resolução de conflitos, com uma detida análise sobre a arbitragem,

bem como um breve histórico do instituto, trazendo conceitos fundamentais, natureza jurídica e a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, além do conceito de arbitrabilidade, ou seja, a condição essencial para que um conflito seja submetido a arbitragem. Apenas com estas noções bem estabelecidas será possível a compreensão do presente trabalho.

O segundo capítulo examina a Convenção de Arbitragem, a conceituação da cláusula arbitral e do compromisso arbitral. Em um dos seus tópicos, procurar-se-á conhecer as vantagens e desvantagens da arbitragem como método de resolução de conflitos.

O último capítulo, por sua vez, volta-se ao instituto da arbitragem e a solução de conflitos coletivos e individuais trabalhistas. Destarte, será necessário averiguar como é regulamentada a arbitragem nas legislações esparsas, assim como se dá sua regulamentação perante a Constituição Federal. Na possibilidade da aplicação da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais será estudada a diferença entre indisponibilidade e irrenunciabilidade, conceito que possuem a função de fortalecer a manutenção dos direitos dos empregados não podendo a vontade do trabalhador ser contrária ao que está disciplinado em lei. Já o direito indisponível pressupõe a impossibilidade de transação dos direitos.

Enfim o objetivo deste trabalho será analisar o instituto da arbitragem como forma de resolução de conflitos. Averiguar como a arbitragem é utilizada nos dissídios coletivos e avaliar a possibilidade da aplicação do instituto nos dissídios trabalhistas individuais.

2 MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A convivência em sociedade tem em sua origem razões de ordem econômica e psicológica. A necessidade de alcançar objetivos em comum faz com que as pessoas se agrupem, e o trabalho em conjunto é, por vezes, mais eficiente e eficaz. Entretanto essa convivência pode ser conflituosa, pois a vida em grupo tem como traço característico a reunião de pessoas de diferentes heranças culturais e interesses diversos.

É notório que a sociedade moderna apresenta-se como uma cultura de conflitos, mas este não é um mal em si mesmo, pois é um aspecto inevitável e recorrente da vida em comunidade, entretanto o mais importante não é evitar o dissídio, mas encontrar soluções que favoreçam sua composição construtiva¹.

Com a evolução das sociedades, evoluíram-se, igualmente, as formas de resolução desses conflitos.

Primitivamente, conflitos eram solucionados por autotutela ou autodefesa, isso representava a resolução do litígio, através da vontade do mais forte. Esse método de solução de disputas foi superado quando o Estado passou a monopolizar a jurisdição, evitando que se fizesse justiça com as próprias mãos. No ordenamento brasileiro, inclusive, fazer o uso das próprias razões² é tipificado como crime.³

Além da autotutela, existem meios heterocompositivos e autocompositivos como formas de resolução de dissídios. As principais formas heterocompositivas de solução de conflitos são o processo judicial que é realizado através do Poder Judiciário e a arbitragem. As formas autocompositivas são a negociação, conciliação e a mediação.

A autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes sem a intervenção de um terceiro. A heterocomposição, por sua vez,

¹MASCARENHA, Ana Carolina Fernandes. **Autonomia privada e autocomposição extrajudicial de litígios**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10785/1/Ana.pdf>> Acesso em: 06 maio 2014, p. 73 e 74.

²Salvo a legítima defesa que está disciplinada no art. 25 do Código Penal Brasileiro.

³CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

caracteriza-se pela intervenção de um terceiro na relação conflituosa original.⁴ As diferenças dessas formas de resolução de conflitos residem nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo adotado. Os interessados no caso concreto, através da orientação de seus advogados, deverão encontrar o meio mais adequado para a solução de sua lide.

Resta claro que as alternativas para a resolução de conflitos têm como meta garantir o acesso à justiça, o que não é exclusividade do Poder Judiciário, pois o maior objetivo do Estado é que as contendas sejam resolvidas no âmbito estatal ou fora dele, como de fato ocorre nas formas autocompositivas e heterocompositivas de resolução do conflito.⁵

Enfim, o conflito sempre existirá, pois é inerente ao ser humano. Cabe, então, a análise de como superar as divergências da maneira mais apropriada. Neste contexto, além da tutela jurisdicional, há muitas outras possibilidades que são oferecidas, devendo-se, assim, ser buscado o meio mais adequado para a solução do conflito no caso concreto, que terá como objetivo maior a pacificação social.

2.1 ESPÉCIES DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1.1 Formas autocompositivas x Formas heterocompositivas

A negociação, a conciliação e a mediação são formas autocompositivas de resolução de conflitos. Nessas espécies, a solução da controvérsia é encontrada pelos próprios envolvidos, de comum acordo. Não é uma decisão imposta por um terceiro, seja ele um juiz ou árbitro. Existe ampla autonomia, não havendo espaço para imposições. A figura do terceiro, quando necessária, tem a função de agir como intermediário ou facilitador da aproximação e comunicação entre as partes.

A **mediação** pode ser definida como uma técnica privada de resolução de divergências de baixo custo, ágil e eficiente. Ela é comumente empregada em

⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 1324.

⁵CAHALI, 2013, p. 38.

conflitos interpessoais, possibilitando que as próprias partes estabeleçam a solução para o litígio enfrentado, com ajuda de um terceiro neutro. Este terceiro aplica técnicas e critérios de comunicação e psicologia para aproximar pontos de vistas divergentes e obter o entendimento, com imparcialidade, sem interferir no mérito da disputa ou impor soluções.⁶A mediação não constitui um fenômeno novo, na verdade, ela sempre existiu, entretanto, com a crise atual do sistema Judiciário ela passa a ser redescoberta.

Sendo assim, o mediador não julga, não intervêm nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções, pois estas deverão vir dos próprios mediados, com o amadurecimento da relação conflituosa.

Já na **conciliação**, o conciliador, embora sugira a solução a ser dada à lide, não pode impor coercitivamente sua sugestão, diferentemente do que acontece com o árbitro e com o juiz togado. Aqui, pressupõe-se a intervenção de um terceiro imparcial, para facilitar a composição de interesses. O conciliador fica na superfície do conflito, focando mais as vantagens de um acordo, em que cada parte cede um pouco, para sair do problema.⁷

Outra modalidade de solucionar controvérsias é a **negociação**, que pode ser utilizada para a contratação, quando se inicia uma relação jurídica, como também pode ser utilizada para a solução de divergências. E por meio desta, as partes tentam resolver os conflitos diretamente, negociando troca de vantagens, diminuição de perdas, aproveitamento de oportunidades, exercitando a dialética, mas tem como objetivo final uma composição. Embora se refira à negociação como método exercido pelas próprias partes, nada obsta que seja exercida por terceiros, nesse caso, atuando como negociadores em nome das partes. Ou seja, o terceiro comparece para negociar a melhor solução em favor daquele por quem atua.⁸

As formas heterocompositivas de resolução de conflitos, como já foi dito, são a jurisdição estatal e a arbitragem, sendo que a solução através do Poder Judiciário decorre da atribuição sistemática do Estado, que impõe a solução da

⁶ CALHEIROS, Renan. Arbitragem e mediação: meios alternativos de solução de controvérsias. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 10, v. 38, jul./set. 2013.

⁷ SCAVONE JR., Luís Antônio. **Manual de arbitragem**. 4. ed. rev. e atual. eampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 18.

⁸ CAHALI, 2013, p. 390.

lide. O Estado tem o monopólio para decidir sobre determinado conflito, não dependendo de ninguém em particular, é um serviço de todos e todos se submetem às suas decisões.

Quando o Estado toma para si a tarefa de dirimir conflitos, termina por institucionalizar a “violência”, através de um sistema diverso da autotutela. Desse modo, o Poder Judiciário racionaliza a vingança, buscando uma técnica eficaz de prevenção. A sociedade ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a violência e a vingança privada, mas perde, por outro lado, a autonomia na resolução de dissídios, através de outras estratégias, ficando submetida muitas vezes a discricionariedades.⁹

A segunda forma de resolução de conflitos heterônoma é a **arbitragem**, que é um meio privado e alternativo à solução dos conflitos, desde que esses conflitos sejam decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, através de sentença arbitral. Ainda assim, diante do descumprimento da sentença arbitral, é o Poder Judiciário que tem os meios coercitivos para poder executá-la.¹⁰

Neste sentido é a lição de Renan Calheiros¹¹:

A arbitragem consiste numa modalidade técnica, rápida e eficiente de solucionar litígios, própria da área privada, sem qualquer interferência estatal, não se aplicando aos direitos indisponíveis. Funda-se na autonomia a vontade das partes, as quais escolhem uma ou mais pessoas estranhas ao conflito, versadas no objeto do litígio, designadas árbitros ou juízes arbitrais, para soberanamente resolver a divergência em caráter definitivo.

Na arbitragem, aparece a figura de um terceiro (árbitro), com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes, para solucionar a questão. A decisão desse árbitro se impõe às das partes, da mesma forma que uma sentença judicial. A diferença é que essa decisão não será proferida por integrante do Poder Judiciário, apenas no caso de não cumprimento dessa decisão é que o Judiciário se fará presente para executá-la.

⁹MORAIS, José Luís Bolzan; SPENGLER Fabiana Marion. **A mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p.69.

¹⁰SCAVONE JR., 2010, p.18.

¹¹CALHEIROS, 2013, p. 236.

A mediação, a conciliação e a arbitragem se apresentam como formas de solução de divergências em que há a interferência de um terceiro estranho a lide. São formas autocompositivas de resolução de conflito, a mediação e a conciliação, pois nestas espécies a resolução do dissídio é elaborada pelas partes com o auxílio de um terceiro. Já a arbitragem, forma heterônoma, a solução do conflito é determinada pelo juiz arbitral. Estas espécies de resolução de conflitos configuram-se como uma opção de acesso à justiça diferente do tradicional processo judicial. Estes métodos alternativos de resolução da lide se mostram, por vezes, mais adequados e céleres que o Poder Judiciário no caso em concreto.

2.1.2 Outras Alternativas para solução privada de conflitos

Existem meios menos usuais para a resolução de divergências, mas que podem ser adequadas para determinadas circunstâncias. São eles o *mini-trail*, *dispute board*, *design de sistema de disputas* e o *Sistema Administrativo de Conflitos de Internet – SACI*.

O *mini-trail* ou mini julgamento é um sistema pelo os litigantes elegerão, cada qual, o seu representante, estes defenderão os interesses das partes. Uma das atribuições dos representantes é indicar, em consenso, terceiro para analisar a questão. Este terceiro deverá ter conhecimento aprofundado sobre a matéria objeto da controvérsia, para que promova um prognóstico da situação, a respeito das chances de êxito de cada um. O referido diagnóstico não é vinculante, serve, apenas, para que se indique o resultado mais adequado, sem, contudo, apresentar uma decisão definitiva para o caso.¹² Fazer uso do *mini-trail* é proveitoso, pois as partes mantêm suas relações comerciais de modo passivo, sem que haja quebra destas parcerias. Enfim o *mini-trail* tem força incisiva em negócios de grande monta, quando há desentendimento, atuando como autocomposição e não como heterocomposição.

As *dispute board*, seriam instâncias autônomas concebidas no bojo do próprio contrato com a finalidade precípua de mediação de conflitos eventualmente

¹² CAHALI, 2013, p. 44-47.

surgidos, antes de serem levados à apreciação da instância arbitral ou judicial. *dispute board* forma-se um comitê de especialistas independentes, para acompanhar a execução de um contrato de longa duração ou de execução diferida. As decisões desse comitê não têm efeito vinculante, serão apenas recomendações às partes. A aplicação do *dispute board* vem se destacando como alternativa viável de solução de controvérsia especialmente no setor de infraestrutura, haja vista a natureza, o vulto e a importância desses contratos. A vantagem da escolha do método é a autocomposição do conflito pelas partes, evitando prejuízos que possam advir de um dissídio resolvido em instância externas ao contrato, por pessoas que, por vezes, não podem dimensionar as consequências de um descumprimento ou atrasos em um contrato ligado a área de infraestrutura. Pode-se permitir a solução do conflito durante a execução do contrato de maneira mais célere e adequada as necessidades do projeto.¹³

O *Design de Sistema de Disputas* compreende a arquitetura de sistemas de disputas, que envolvem um conjunto de procedimentos sob medida para lidar com um determinado dissídio. A customização de um sistema permite a implementação de uma via opcional ao Poder Judiciário capazes de atender as necessidades únicas de cada caso em concreto, evitando custos, maior participação das partes e por consequente sua satisfação preservando, assim, relacionamentos. Desenvolve-se uma estrutura específica a um caso concreto de questões completas envolvendo múltiplas partes ou grupos de pessoas de diversas posições.¹⁴

Por fim, o Sistema Administrativo de Conflitos de Internet diz respeito às questões conflitivas de domínio. Aquele que se diz titular do nome de domínio, ou pessoa que se sinta prejudicada com a utilização indevida do nome por outro, tem legitimidade para instaurar o procedimento, que consiste em

¹³SION, Alexandre; PAIVA Giovani; GALAN, Mariana de Souza. **Dispute Boards: a redução do risco de judicialização de conflitos e subcontratos**. Sionadvogados, p. 1 e2. Disponível em: <SIONadvogados.com.br> Acesso em: 22. nov. 2014

¹⁴FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, ano V, nº 23, Jul-Ago e Set, 2009, p.7.

instaurar o procedimento administrativamente ao NIC.br. Faz-se o contraditório, haverá a análise do conflito e posterior decisão.¹⁵

Resta claro, que são muitos os métodos de solução de litígios. Todos, porém, com um ponto de intercessão em comum: propõem uma via alternativa ao Poder Judiciário. Isto se deve ao fato do sistema judicial brasileiro ser moroso, sendo que as relações comerciais são dinâmicas não podendo ser passíveis de longas esperas por uma decisão judicial. Ademais, a demora nas decisões judiciais podem ter elevado custo para empresas o que seria, de pronto, evitado pelas formas alternativas de resolução de conflitos.

2.2 EXAME DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

2.2.1 Breve histórico da Arbitragem

A indicação de um terceiro para resolver o conflito é uma técnica utilizada desde as mais remotas civilizações. Essa forma de resolução de conflito precedeu a jurisdição estatal. Optava-se pela solução do conflito, através da intermediação de uma pessoa de confiança, como, por exemplo, uma entidade religiosa, uma pessoa de reputação ilibada, ou mesmo um ancião, deixando a autotutela, resolução de dissídio por imposição da força, para segundo plano.

Os babilônicos, por exemplo, resolviam seus conflitos de forma amigável, através da via arbitral pública. Já os hebreus tentavam solucionar os problemas com a formação de um tribunal de arbitragem. Na Roma antiga, por sua vez, a arbitragem precedeu a justiça estadual, sendo oferecido aos seus cidadãos esse benefício como forma de resolução de conflitos. Listas de cidadãos idôneos compunham o *judicium privatum*, e as partes faziam a indicação do árbitro a ser escolhido.

Na sociedade feudal, a arbitragem encontrou um ambiente propício para seu desenvolvimento, pois a estrutura jurisdicional oferecida pelo Estado estava em descrédito e existia um precário e inadequado sistema normativo.¹⁶

¹⁵ CAHALI, 2013, p. 44-47.

As raízes da arbitragem são encontradas nas Ordenações do reino de Portugal, no séc. XVII, em que se diferenciavam os juízes árbitros e os arbitradores. Os juízes árbitros deveriam conhecer não somente as razões, mas também o direito. No entanto, os arbitradores somente conheciam os fatos.¹⁷

Considerando a influência lusitana, o Código Comercial Brasileiro de 1850 fez referência ao instituto da arbitragem, mas existia um desestímulo ao instituto, pois exigia-se a homologação judicial dos laudos arbitrais, afastando a cultura jurídica da arbitragem. Aos poucos, esta mentalidade foi alterada. A referida lei foi substituída pela Lei nº 9.099/1995. Embora prevista em legislações civis e comerciais, somente com o advento da lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 é que a arbitragem adquiriu força no ordenamento jurídico, conferindo ao instituto nova formatação, atual, dinâmica, segura e eficiente. O Código Civil de 2002 disciplinou no art. 853 “que é admitida nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergência mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.¹⁸

Em 22 de dezembro de 2005, a Lei 11.232 alterou o Código de Processo Civil para incluir, no art. 585 a sentença arbitral como título executivo judicial.

A nova legislação arbitral deu maior efetividade ao meio alternativo de solução de conflitos, proporcionando uma maior aceitação das partes envolvidas no processo, principalmente, pela celeridade nas decisões das demandas e pela especificidade do juiz arbitral, ocasionando um resultado de maior eficácia.

2.3 CONCEITO DE ARBITRAGEM

A arbitragem pode ser definida como um meio alternativo de solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da

¹⁶ Ibid. p. 28-31.

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 774.

¹⁸ CAHALI, 2013, p. 33.

sentença judicial. A arbitragem é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais. A cerca dos quais os litigantes possam dispor.¹⁹

Essa modalidade de solução de conflitos não tem a intervenção estatal e, por isso, é considerada um meio extrajudicial de pacificação social. A arbitragem e a jurisdição, como visto, são formas heterocompositivas de resolução de dissídios, pois a causa é decidida por um terceiro, estranho à lide. No caso da arbitragem, esse terceiro é o árbitro e sua decisão é denominada de sentença arbitral.

Segundo José Maria Rossani Garcez²⁰ a arbitragem é uma técnica de solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, pela qual terceiros, os árbitros, podem decidir, definitivamente, pelas partes, por delegação expressa resultante de convenção privada acerca de litígios submetidos à sua apreciação.

Define Luís Antônio Scavone Junior²¹:

A arbitragem é meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral.

Para Fredie Didier Jr.,²² a arbitragem é técnica de solução de conflitos, na qual os conflitantes buscam uma terceira pessoa de confiança e idônea para chegarem a uma solução “imparcial e amigável” do litígio. É, portanto, heterocomposição.

Sendo assim, o instituto da arbitragem é utilizado quando as partes, de comum acordo, diante do litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, tenham poderes para solucionar suas controvérsias, sem a intervenção do Estado. Esta decisão terá a mesma

¹⁹CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n° 9.307/96.3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

²⁰GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, adrs., mediação, conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 71.

²¹SCAVONE JR., 2010, p. 15.

²²DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito processual civil**: introdução ao Direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 124.

eficácia que uma sentença judicial, pois é cogente e será imposta as partes, podendo ser exigido o seu cumprimento. A arbitragem é considerada um título executivo judicial.

2.4 NATUREZA JURIDICA DA ARBITRAGEM

A natureza jurídica da arbitragem é um tema controverso possuindo algumas correntes que debatem a questão.

A teoria privatista ou **contratualista** entende a arbitragem como um negócio, pelo fato desta nascer de uma convenção firmada pelas partes. Seria uma extensão do acordo firmado, a atribuição do árbitro estaria restringida à escolha da forma como o referido contrato seria adimplido.

No passado quando a sentença arbitral só se aperfeiçoava com a chancela do Estado, através de homologação do laudo arbitral, havia uma maior sustentação desta teoria, no entanto, com a Lei. nº 9.307/1996 que dispensou a prévia homologação, ela perdeu força.

Os que defendem a natureza **jurisdicional** da arbitragem, afirmam que o Estado por meio de disposições legais, outorga poderes ao árbitro para decidir o conflito. Esta transferência de poderes torna o árbitro verdadeiros juízes, pois lhes é atribuída a autoridade para resolver o litígio.

Os que defendem a **natureza híbrida** da arbitragem fazem um mix das duas teorias anteriores. Para estes, a arbitragem mesmo pautada num negócio jurídico realizado entre as partes, submete-se a uma ordem legal existente, embora não controlada inteiramente por este sistema.

Para a teoria **autônoma**, a arbitragem seria uma forma de solução de conflitos totalmente desvinculados de qualquer sistema jurídico existente. E pelas suas características, esta teoria tem importância nos procedimentos de arbitragem internacional, nos quais há certa independência da ordem local de uma ou outra parte. Cria-se por esta teoria uma jurisdição própria, independente e diversa da jurisdição que integra um sistema jurídico.

Para Pedro A. Batista Martins²³ não resta dúvida que a natureza jurídica da arbitragem é jurisdicional, pois se pode extrair passagens da Lei nº 9.307/96 que comprovem tal fato.

Segundo o autor, a sentença arbitral produz, entre as partes e os seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (art. 30). De forma didática, a lei brasileira de arbitragem adotou a terminologia “sentença” em substituição à terminologia “laudo” conferindo à decisão proferida em sede arbitral, natureza judicial. Estas decisões podem ter natureza declaratórias, constitutiva e condenatória. Em se tratando de uma decisão arbitral não cumprida, esta poderá ser executada pelo Poder judiciário, tornando-se, assim, título executivo judicial, tal fato corrobora com os argumentos do autor sobre a natureza jurídica da arbitragem que seria, portanto, judicial.

Resta claro, que essa equiparação dos efeitos da decisão arbitral àqueles produzidos pela sentença estatal conduz à sua qualidade de *res judicata*. O fato de ser suprimida a necessidade de homologação da decisão arbitral e o fato de que a decisão não cumprida perante a via arbitral poderá ser transmutada em título executivo judicial fortalece o entendimento de que a natureza jurídica da arbitragem seria, sim, judicial.

2.5 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.307/1996

A Lei nº 9.307/96 disciplina a arbitragem no Brasil. A partir da implementação dessa lei, altera-se significativamente a história do instituto da arbitragem no sistema jurídico brasileiro.

A referida lei cuidou de substituir o ineficiente modelo de “juízo arbitral”, até então previsto em nossa legislação, por uma nova regência, dentro de padrões mais modernos e eficientes, em que se prestigiou manifestação da vontade.²⁴

Um dos avanços da Lei nº 9.307/96 foi sistematizar a arbitragem no que diz respeito ao direito processual e material relativos ao instituto. A referida lei foi

²³MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem no Brasil. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v.11, n. 68, nov./dez. 2010, p. 25.

²⁴TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 8, v. 31, out./dez. 2011.

dividida em sete capítulos e 44 artigos, normatizando as relações jurídicas possíveis de serem submetidas ao processo arbitral, especificando normas gerais do procedimento, tratando, dentre outros requisitos, do conteúdo e efeitos da convenção, da sentença, da forma, das atribuições e atuações dos árbitros, das causas de invalidação da sentença, e de homologação da sentença estrangeira.²⁵

A lei de Arbitragem no início de sua vigência teve sua constitucionalidade questionada. Isso aconteceu em um incidente no processo de homologação de uma sentença arbitral estrangeira. O STF foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da norma, em razão da garantia de acesso à Justiça prevista no artigo 5º,XXXV, da CF/88.

No acórdão, com julgamento proferido em 13/12/2001, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no recurso interposto em processo de homologação de Sentença Arbitral Estrangeira (Agr. Regimental de nº 5206-8/246), foi decidido pela maioria, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira. Segundo decisão do STF, a opção voluntária das partes pelo procedimento arbitral não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Isso porque a lei não impõe a utilização da arbitragem, mantendo íntegro o acesso à jurisdição estatal. Porém, como a expressão da vontade de contratar, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite-se que seja eleita a via arbitral para a resolução de impasses.

Sobre o tema, leciona Guilherme Soncini da Costa o seguinte:²⁶

Não se pode pretender a inconstitucionalidade da arbitragem a pretexto de implicar total exclusão da tutela jurisdicional estatal. É que a atividade desenvolvida no Juízo Arbitral não escapa do controle de legalidade a cargo do Judiciário. O art. 33 da Lei nº 9.307/96 garante à parte prejudicada por vícios de procedimento da arbitragem o direito de promover ação de anulação da sentença arbitral. E igual pretensão poderá ser manifestada, em embargos à execução (art. 33 da referida lei), sendo de notar que a execução forçada jamais será promovida pelo Juízo arbitral e terá sempre curso na justiça estatal (art. 31 da Lei nº 9.307/96, c/c art. 584, III, do CPC).

²⁵CAHALI, 2013, p. 88.

²⁶COSTA, Guilherme Soncini da. Arbitragem. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, ano 11, n. 68, nov./dez. 2010, p. 16.

O próprio art. 7º estabelece que, havendo controvérsia sobre a imposição do cumprimento da cláusula arbitral e da definição do termo de compromisso, em não havendo consenso entre as partes, essa divergência será esclarecida pelo Poder Judiciário. Aqueles que entendiam que a Lei de arbitragem era, de fato, inconstitucional, interpretavam que haveria uma renúncia pelas partes ao Poder Judiciário.

O entendimento que prevaleceu foi o da constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Em dezembro de 2001, por 7 votos favoráveis contra 4, validou-se *in totum* a Lei nº 9.307/96.

Segundo o TJ- DF:

A arbitragem é um mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, disciplinado pela lei 9.307/96, segundo o qual as partes litigantes investem, por meio de uma convenção arbitral, uma ou mais pessoas de poderes decisórios para resolver seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A autonomia da vontade das partes é princípio fundamental da arbitragem, sendo retratada na chamada convenção de arbitragem. Por constituir um negócio jurídico, devem ser observados os pressupostos gerais de validade do negócio jurídico, a saber: agente capaz; objeto lícito, possível e determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei; e manifestação de vontade livre e de boa-fé. É admissível a utilização da arbitragem pelas sociedades anônimas, conforme previsto no artigo 109, § 3º, da lei 6.404/76, a qual, todavia, apenas pode ser aplicada aos associados que tomarem parte e concordarem expressamente com a sua instituição. A renúncia à jurisdição estatal é personalíssima e deflui do regular exercício da autonomia da vontade, não podendo, por isso, ser presumida pela simples inserção de cláusula compromissória em estatuto social, sob pena de ser esvaziado o núcleo essencial do direito fundamental à proteção judicial efetiva (art. 5º, xxxv, da constituição federal). Apelo conhecido e provido. Sentença cassada. (TJ-DF - Apelação Cível: APC 20110111045065 DF 0029102-15.2011.8.07.0001).

A inafastabilidade da tutela significa que a lei não pode excluir do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, ou seja, a jurisdição estatal é um direito e não um dever. Ao contratar, as partes dispõem do Poder Judiciário para dirimir controvérsias decorrentes do ajuste celebrado entre as partes, este não foi afastado pela Lei de Arbitragem. Ocorre que, ao escolher a via arbitral, manifestam livremente as suas escolhas, pois ninguém é obrigado a firmar cláusula compromissória ou compromisso arbitral.²⁷

²⁷ SCAVONE JR., 2010, p. 70, 102/104.

Assim, em consonância com o princípio contratual da autonomia da vontade, se as partes, que já contam com o Estado para dirimir conflitos, resolvem submetê-los à arbitragem, gerando uma obrigação intra partes, não significaria, esta opção, uma violação constitucional do princípio da inafastabilidade da via jurisdicional. O que ratifica esse entendimento são as premissas de que a ninguém é imposto firmar compromisso ou cláusula arbitral e que, se a decisão arbitral não for cumprida, é possível a utilização de medidas coercitivas vinculadas ao Poder Judiciário.

2.6 ARBITRABILIDADE

Nem todas as questões são passíveis de serem submetidas à arbitragem. Nesse sentido, a Lei nº 9.307/96 dispõe em seu artigo 1º caput, “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A arbitrabilidade é a condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem. Ela funciona como um filtro dos litígios que poderão ser encaminhados para o juízo arbitral. Dessa forma, o artigo primeiro da Lei de Arbitragem disciplina dois requisitos, são eles: a capacidade das partes para firmarem a convenção arbitral e que o objeto do litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível.²⁸

A capacidade é a aptidão para ser titular de um direito (art. 1º do CC/2002). Nas hipóteses de incapacidade relativa ou absoluta, o exercício do direito estará condicionado à assistência ou representação. Os entes despersonalizados, massa falida, espólio e condomínios podem valer-se da convenção arbitral, pois têm capacidade de contratar, ser parte e estar em juízo. Nos casos em que envolvam um menor, contudo, mesmo estando assistido ou representado pelos pais, existe restrição, pois os direitos de menores são indisponíveis, exigindo a obrigatória participação do Ministério Público no processo.

²⁸ CAHALI, 2013.

O objeto da arbitragem deverá ser obrigatoriamente um direito disponível, direitos não patrimoniais são excluídos da via arbitral. Sendo assim, os direitos da personalidade, direito à vida, à honra, à imagem, ao nome, ao estado da pessoa, por exemplo, não podem ser submetidos à arbitragem. Mas são arbitráveis os possíveis impactos patrimoniais desses direitos como, por exemplo, partilha de bens na separação ou no divórcio. Quanto aos direitos patrimoniais, é imprescindível que sejam disponíveis, o que é entendido pela possibilidade do titular ceder, de forma onerosa ou gratuita, esses direitos sem qualquer restrição.²⁹

Em resumo, são disponíveis os direitos e bens que as partes podem livremente alienar, ceder, onerar, transacionar, renunciar e que tenham valor econômico ou possam ser avaliados economicamente.³⁰

Também são arbitráveis as causas que tratem de matérias, às quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e, desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que convertem.³¹

Existem campos do Direito em que há discussão quanto à possibilidade do uso da arbitragem. Em geral, são áreas em que há prevalência do interesse público, como nos contratos administrativos, em que o Estado dispõe de direitos discricionários para rescisão ou modificação de cláusulas, em virtude do interesse público.

As causas trabalhistas são, em princípio, arbitráveis. No que se refere ao dissídio coletivo, então, não há dúvidas, pois a Constituição expressamente o prevê. Entretanto, parte da doutrina, como Maurício Godinho Delgado defende que a arbitragem é incompatível com o processo trabalhista individual, pois a vinculação do trabalhador a uma decisão arbitral significaria deixar este numa posição mais frágil em relação do empregador, com ampla possibilidade a fraude, tornando ineficiente o caráter protetivo do direito do trabalho.

Para o doutrinador existiria uma incompatibilidade do instituto da arbitragem com o Direito do trabalho individual, ainda que se superasse a dificuldade de

²⁹ CAHALI, 2013, p. 102.

³⁰ GARCEZ, 2004, p. 79.

³¹ CARMONA, 2009, p. 39.

compatibilização da regra disposta no art. 18 e 31 da Lei de Arbitragem³² com o preceito clássico de acesso à justiça, no âmbito do Direito Civil, Direito Comercial e outros segmentos, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, ela não parece viável no campo trabalhista.³³

Domina entre os juslaboralistas o entendimento de que os direitos trabalhistas não comportariam renúncia nem transação, pois seria uma afronta direta ao art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, que sustenta o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. É o que se infere do excerto abaixo:³⁴

[...] é indisfarçável certa antipatia (política, sobretudo!) dos doutrinadores juslaboralistas em relação à solução arbitral de conflitos especializados, e isto apesar da larga utilização do instituto em paragens estrangeiras. Nos Estados Unidos da América o instituto é de larguíssima utilização, sendo por todos, reconhecida sua vantagem, em relação à solução judicial dos conflitos. Chega-se mesmo a constatar que a arbitragem é o meio de solução de conflitos individuais de trabalho mais utilizado entre empregados sindicalizados e empregadores, tudo graças a tradição norte-americana que estimulou a intervenção apenas subsidiária do governo nas relações trabalhistas.

O TST não tem uma jurisprudência pacificada sobre o assunto. Há decisões divergentes quanto à aplicabilidade da via arbitral, no dissídio trabalhista individual. Há decisões nos dois sentidos, nas turmas do TST.³⁵ O TST se pronunciou nos processos RR-1650/1999-003-15-00 (4ª turma, Set/05), AIRR-1475/2000-1993-05-00.7 (7ª Turma out/08) e RR-259/2008-075-03-00.2 (4ª Turma dez/09) de forma favorável, enquanto que nos processos RR 795/2006-028-05-008.8 (3ª Turma abril/09), RR 2253/2003-009-05-00 (6ª Turma maio/09) e AIRR- 415/2005-039-02-40.9 (6ª Turma julho/09) de forma desfavorável. As posições contrárias foram da 3 e 6ª, em 2009, enquanto as favoráveis foram da 1ª, 4ª, 6ª e 7ª Turmas, entre 2005 e 2009.

³²Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

³³DELGADO, 2009, p. 1332.

³⁴CARMONA, 2009, p.40, 43.

³⁵MALLET, Estevão Mallet. Arbitragem trabalhista. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 7, n. 25, p. 41, abr./jun. 2010.

Para parte da doutrina, aqui representada por Augesir José de Carvalho Filho, pode-se afirmar que, embora não exista pronunciamento definitivo do TST sobre assunto, é falso afirmar que a arbitragem não pode ser aplicada na área trabalhista individual.³⁶ Esta divergência será abordada no capítulo 5 deste trabalho, com o título: “Aplicação da Arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais e coletivos”.

Entende-se por arbitrabilidade as condições necessárias para que a demanda possa ser submetida à via arbitral. Além da capacidade civil das partes para firmarem a convenção arbitral, é imprescindível que o objeto do dissídio seja referente a um direito patrimonial disponível, pois os direitos indisponíveis não podem ser alienados, cedidos, transacionados ou renunciados. No campo trabalhista e consumerista, as opiniões se dividem quanto ao uso da arbitragem mas, no campo empresarial e societário, o instituto é amplamente utilizado.

2.7 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM

2.7.1 Princípio da Autonomia da vontade

Desde o Direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange a autonomia para contratar com quem quiserem sobre o que quiserem e da forma como for mais conveniente para as partes. O princípio da autonomia da vontade baseia-se nesta ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses, mediante acordo de vontades. Tem as partes a faculdade de celebrar contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos do tipo nominados, aqueles previstos em lei, e do tipo inominados, não previstos em lei.³⁷

Esse princípio do Direito Civil teve seu apogeu após a Revolução Francesa, quando existia uma forte tendência ao individualismo e à liberdade irrestrita, em todos os aspectos. O Código Civil francês sacramentou esse princípio em seu

³⁶CARVALHO FILHO, Augesir José. Arbitragem trabalhista individual. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, n. 50, 2010, p. 24.

³⁷GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3

artigo 1.334, quando estabeleceu que as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei, relativamente as partes que a fizeram. Em nosso ordenamento, o princípio da autonomia da vontade está disciplinado no art. 421 e 425 do Código Civil. Segundo o art. 421, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E de acordo com o art. 425: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Entretanto, têm aumentado consideravelmente as limitações à liberdade de contratar.

A faculdade de contratar sofre, atualmente, mitigações. São limitações determinadas pelas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, afirma Paulo Nader³⁸:

O princípio da autonomia da vontade, que é um poder criador, que consiste na faculdade de contratar quando, como e com quizer, encontra os seus limites nas leis de ordem pública e nos bons costumes. As primeiras se referem aos interesses basilares das pessoas e do Estado e não podem ser substituídas pela vontade dos particulares. Suas normas são cogentes, ou seja, preponderam sobre os interesses individuais. São de ordem pública, entre outras, as regras sobre economia popular, as relativas ao casamento, aos alimentos, a matéria eleitoral. Bons costumes são as maneiras de ser e de agir que se fundam na moral social e não são ditadas pela ordem jurídica diretamente. E o princípio a autonomia da vontade que dá vitalidade aos contratos. Estes não teriam razão de ser caso o princípio não figurasse, explícita ou implicitamente, nos ordenamento.

A arbitragem tem como princípio basilar a autonomia da vontade. Significa dizer que há total liberalidade das partes ao estabelecerem a forma pela qual o litígio será resolvido. Tal liberdade diz respeito ao procedimento a ser adotado pelos árbitros e ao direito material a ser aplicado na controvérsia.

A Lei de Arbitragem permite que o árbitro julgue por equidade, que julgue a controvérsia, segundo um ordenamento estrangeiro (escolhido previamente pelos litigantes), podendo, ainda, julgar pelos princípios de direito, usos, costumes, e regras internacionais de comércio.³⁹

No que se refere à arbitragem, o legislador prestigiou o princípio da autonomia da vontade que possibilita às partes exercerem livremente a escolha da

³⁸NADER, Paulo. **Curso de Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2009, v. 3, p. 22.

³⁹CARMONA, 2009, p. 64.

legislação à qual queiram submeter-se, sendo limitada tal escolha, pela noção de ordem pública e pelas leis imperativas.

É prestigiada a autonomia da vontade na arbitragem em seu grau máximo: começa com a liberdade das partes, para a indicação da arbitragem como forma de solução de litígio; e prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno dessa opção. Assim, estabelece-se quem e quantos serão os árbitros, de forma direta e indireta, e como será desenvolvido o procedimento arbitral.⁴⁰

Eis a decisão do 1º tribunal de Alçada Civil do estado de São Paulo:

[...] Pela mesma razão não se vislumbra vício haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga. Embora o contrato da agência, ou representação comercial, seja regulado por lei especial, isso não significa que não pudesse a relação aqui questionada ser alvo de disposição pelas contratantes, uma vez que o direito ali agitado é disponível para ambas as partes e, portanto, não vem revestido da característica da irrenunciabilidade.” AGRAVO DE INSTRUMENTO N 1.111.659-0, RELATOR JUIZ SOUZA JOSÉ. JULGAMENTO 24.09.2002, VU, 7 TURMA CÂMARA.

É com base no princípio da autonomia da vontade que as partes podem eleger ou não o instituto da arbitragem, para dirimir conflitos, podendo, inclusive, escolher a lei material a ser aplicada no caso concreto, o que é de suma importância, por exemplo, no campo do comércio internacional. Vale ressaltar que a arbitragem é voluntária, mas as partes, ao firmarem a cláusula compromissória em contrato, a tornam vinculativa e obrigatória, podendo a parte resistente ser obrigada a submeter-se à jurisdição estatal.

2.7.2 Princípio da Competência

O princípio da competência é oriundo do direito alemão (*Kompetenz-Kompetenz*), e foi adotado no parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/96, ao estabelecer: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes,

⁴⁰CAHALI, 2013.

as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória”. O princípio traduz-se como a competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, ou seja, a ele é dada a competência para apreciar primeiramente a viabilidade de o conflito ser julgado por ele.⁴¹

Essa regra é de fundamental importância para o instituto da arbitragem, pois, se ao judiciário coubesse decidir a validade da cláusula arbitral, a instauração do procedimento da arbitragem levaria um longo período e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes, com o mero objetivo de não cumprir a convenção arbitral. O princípio da competência, desse modo, fortalece o instituto e afasta, de certa forma, o risco de desestímulo à sua contratação.

A decisão do árbitro acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será inatacável, pois a parte inconformada poderá, eventualmente, utilizar-se do artigo 32 da Lei de Arbitragem, para impugnar a decisão final do árbitro pelo juiz togado. Não existe obstáculo que possa impedir eventual ataque ao laudo arbitral, sob a alegação de invalidade da convenção arbitral, poderá ainda o juiz togado anular o laudo arbitral, ou seja, em caráter excepcional, quando verificadas as hipóteses do artigo 32 da Lei de Arbitragem⁴², admite-se a quebra da primazia do Juízo Arbitral, para conhecer a existência, validade e eficácia da convenção.⁴³

Conclui-se que na arbitragem compete ao árbitro estabelecer sua própria competência, pois seria ilógico submeter a decisão acerca da competência do árbitro a um órgão do Poder Judiciário. Na prática seria o mesmo que incluir no esquema constitucional de repartição de competências um instituto que, por definição, é forma alternativa de resolução de conflito ao Poder Judiciário.

⁴¹CAHALI, 2013, p. 107.

⁴²Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

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

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

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

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.

⁴³CARMONA, 2009, p. 175.

Assim, a Lei de Arbitragem determina expressamente que as partes recorram ao juiz arbitral (previamente eleito pela convenção de arbitragem), para ser o juiz da de sua própria competência verificando se a demanda está sujeita a arbitragem ou não, se a cláusula compromissória é válida ou não, e qual medida e a extensão a eficácia da convenção da arbitragem. Entretanto há previsão na própria Lei de Arbitragem que, posteriormente, isto é, após a sentença arbitral, seja permitida revisão da decisão tomada pelo juízo arbitral sobre sua competência pelo Poder Judiciário.

2.8 ESPÉCIES DE ARBITRAGEM

Existem duas espécies de arbitragem, a saber: a arbitragem institucional e a arbitragem avulsa ou *ad hoc*.

A arbitragem institucional ocorre, quando as partes escolhem uma entidade que se dedique à atividade arbitral. A arbitragem avulsa ou *ad hoc*, por sua vez, se realiza sem a participação de uma entidade especializada.⁴⁴

A arbitragem pode se desenvolver através de duas maneiras. A origem, os requisitos, princípios e características da arbitragem estão presentes nas duas espécies e a atribuição do árbitro em apreciar o conflito é idêntica. Entretanto, a diferença das duas espécies está na escolha pelas partes de uma instituição aparelhada, para administrar o procedimento ou de um árbitro, para que diretamente conduza a via arbitral.⁴⁵

Na arbitragem institucional, ou também chamada de arbitragem administrativa, a solução do conflito será encaminhada a uma instituição de arbitragem, por vontade das partes, ou por decisão judicial, nas hipóteses do artigo 7º da Lei de arbitragem⁴⁶. Essa instituição se encarregará dos procedimentos arbitrais.

⁴⁴SCAVONE JR., 2010, p. 63.

⁴⁵CAHALI, 2013.

⁴⁶Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.
§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

Cada instituição tem total independência, regras próprias previstas em seus regulamentos, em que serão estabelecidas as formalidades. Por isso, a importância de se conhecer antecipadamente o regulamento de cada instituição, adaptando-se, assim, o caso em concreto à instituição julgadora. Cada câmara tem sua própria tabela de custos por procedimento e, também, haverá previsão, no regulamento, sobre a responsabilidade pelo seu pagamento.⁴⁷

Através da arbitragem institucional, as controvérsias originárias de um contrato serão decididas de acordo com as regras de uma instituição previamente definida pelas partes. Estas poderão, ainda, nomear de logo, no instrumento contratual, o árbitro que irá dirimir as eventuais controvérsias. As formalidades em geral do procedimento arbitral serão da instituição que as partes elegeram. Existe no Brasil, desde 1997, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), entidade, cujo objetivo é congregar e representar entidades de mediação e arbitragem, além de aprimorar a atuação das instituições ligadas ao Conselho.

A arbitragem *ad hoc* ou avulsa é aquela que se realiza sem a participação de uma instituição especializada, pois ninguém pode ser compelido a vincular-se a uma decisão arbitral de uma determinada instituição. Sendo assim, as partes poderão contratar um árbitro. Os custos com esse tipo de arbitragem são menores, porém, as partes deverão dispor detalhadamente como se dará o procedimento arbitral (no caso de lacunas, o árbitro deverá decidir), diferentemente do que ocorre com a arbitragem institucional, em que a entidade escolhida incumbe-se da administração do procedimento arbitral. O

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

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

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

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

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

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

⁴⁷CAHALI, 2013.

risco de nulidade da convenção arbitral é maior na arbitragem avulsa do que na arbitragem institucional, pois, pode levar a muitas discussões acerca do procedimento adotado.⁴⁸

Francisco José Cahali explica⁴⁹:

Na arbitragem avulsa ou *ad hoc*, não há intervenção da instituição ou entidade especializada. O árbitro será a única figura deste procedimento, ficando aos seus cuidados, a partir da aceitação de sua nomeação, todo o desenvolvimento da arbitragem.

[...]

Em especial ao árbitro competirá estabelecer as regras acerca do procedimento, respeitado, porém o que tiver sido estipulado pelas partes na convenção arbitral. E na administração do respectivo procedimento, incidentes, lacunas e demais questões relativas ao regular andamento da arbitragem são solucionadas pelo próprio árbitro. Permitida maior flexibilidade e até informalidade, o ideal é, porém, seguir uma cartilha preestabelecida, para conferir segurança ao procedimento, e preservar os direitos das partes e os princípios da arbitragem.

A arbitragem avulsa necessita de uma cláusula compromissória redigida pelas partes, de forma que as normas obrigacionais serão convencionadas por ambos os lados, pois o processo arbitral será administrado por elas e não por uma entidade. Pode eventualmente prever-se um aditivo contratual que contenha as regras de arbitragem mais detalhado no caso de um eventual conflito.⁵⁰

A essência e as características da arbitragem são as mesmas tanto na arbitragem institucional, como na arbitragem avulsa ou “ad hoc”. No entanto, quando a espécie arbitral escolhida for a institucional, as partes terão previamente um procedimento de arbitragem pré-estabelecido, vinculado a uma instituição. Dessa forma, já encontrarão certos aspectos padronizados, o que demandará menos trabalho. Em contrapartida, ao escolherem a arbitragem avulsa, terão que estabelecer *intra* partes as regras a serem seguidas, no procedimento arbitral, o que demanda mais atenção e criatividade dos envolvidos.

⁴⁸SCAVONE JR., 2010, p. 63.

⁴⁹CAHALI, 2013, p.113.

⁵⁰GARCEZ, 2004, p. 98.

A crise no judiciário faz surgir a demanda pelos métodos alternativos de resolução de disputas em detrimento da tradicional seara judicial. Dentre essas formas de solução de litígios apresenta-se a arbitragem, que pela intervenção de um terceiro com poderes para tal, conferidos pelas partes, determinará a solução da divergência sem intervenção estatal. Através deste instituto as pessoas capazes de contratar confiam aos juízes arbitrais a solução da lide que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis. Estes meios de solução de dissídios, e, em especial, a arbitragem ampliam o acesso à justiça, sendo que em muitas situações mostram-se, no caso em concreto, mais céleres e adequados.

3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula arbitral ou cláusula compromissória e o compromisso arbitral, o que é disciplinado pelo art. 3º da Lei 9.307/1996: “As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

A cláusula compromissória é introduzida nos contratos para submeter à arbitragem qualquer controvérsia futura. Vale ressaltar que tal cláusula é autônoma em relação ao contrato em que esteja inserida, pois, se o contrato for invalidado por algum motivo, a mesma não é atingida pela invalidade deste.

A segunda espécie da convenção de arbitragem é o compromisso arbitral que pode complementar a cláusula compromissória (quando ela já existir) ou pode dar início à arbitragem por si só. O compromisso arbitral independe da pré-existência de cláusula compromissória, as partes submetem o litígio à arbitragem, quando ele surgir.⁵¹

A convenção de arbitragem tem duplo caráter. Como o acordo de vontades vincula as partes, no que se refere a dissídios atuais ou futuros, ambos os lados obrigam-se reciprocamente à submissão ao juízo arbitral. E, como o pacto processual afasta o processo da jurisdição estatal, submetendo o conflito à jurisdição dos árbitros, vale ressaltar que basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso arbitral), para afastar a competência do juiz togado.⁵²

3.1 CLÁUSULA ARBITRAL OU CLAÚSULA COMPROMISSÓRIA

A arbitragem não é obrigatória, não pode ser imposta de forma compulsória. Se as partes, porém, optarem pela arbitragem, em função de um contrato, que é acordo de vontade livre, surgem duas obrigações. Uma obrigação é a de não fazer e a outra é a obrigação de fazer. A obrigação de não fazer consiste em

⁵¹GARCEZ, 2004, p. 124.

⁵²CARMONA, 2009, p. 79.

não ingressar com pedido junto ao Poder Judiciário, já a obrigação de fazer implica levar a divergência à solução arbitral. Neste sentido, dispõe o art. 853, do Código Civil: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

A cláusula compromissória ou arbitral é uma das espécies da convenção de arbitragem, pela qual os contratantes obrigam-se a submeter suas futuras controvérsias contratuais a um juízo arbitral. Essa cláusula somente pode ser adotada em razão da vontade das partes. Razão pela qual, quando adotada, torna-se obrigatória. Caso uma das partes resolva acionar o Poder Judiciário, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito, conforme dispõem os arts. 267, VII, e 30, IX, do Código de e Processo Civil⁵³.

A cláusula compromissória é estabelecida, quando se formaliza o contrato, nessa fase, em princípio, o conflito ainda é inexistente. O dissídio está, apenas, no rol das possibilidades. O art. 4º da Lei de Arbitragem brasileira conceitua a cláusula compromissória como sendo “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”.

Pela autonomia da vontade, as partes são livres para criar suas obrigações, desde que observadas as normas de ordem pública e, se as partes convencionarem a cláusula arbitral, o que foi estabelecido entre elas torna-se obrigatório. Assim, podem-se criar obrigações contratuais e se vincularem à arbitragem, a partir daí, torna-se evidente a vinculação ao que contrataram.⁵⁴ Ainda que prevista no mesmo documento, a cláusula arbitral é tida como negócio separado, autônomo em relação ao contrato a ela submetido.

Portanto, o que caracteriza uma cláusula arbitral é o momento do surgimento, que deve ser anterior à existência do conflito.⁵⁵ A cláusula arbitral é celebrada antes de surgir a lide, e se refere a litígios futuros e eventuais. A cláusula

⁵³SCAVONE JR., 2010, p. 73.

⁵⁴Ibid., p.77.

⁵⁵Art. 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.

arbitral pode estabelecer uma arbitragem cheia ou vazia, conforme explicado a seguir no tópico 3.1.2 deste trabalho. Em relação às formalidades, a cláusula compromissória deve obedecer a forma escrita, em conformidade com a Convenção de Nova York (Dec. 4311, de 23/07/2002 e art. 4º, § 1º, da Lei 9.307/1996).

3.1.1 Validade das Cláusulas Arbitrais

O Contrato é negócio jurídico pelo qual os contratantes expressam livremente a sua vontade com o objetivo de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. O Código Civil brasileiro, estabelece que o negócio jurídico só é válido se celebrado por pessoas capazes, tratar-se de objeto lícito, possível e determinado ou determinável. Sendo a arbitragem estabelecida por uma convenção entre as partes envolvidas, deverá, obedecer a estes requisitos para se válida e eficaz.

Por ser um negócio jurídico, a convenção de arbitragem está sujeita à incidência do Código Civil brasileiro, devendo, portanto, satisfazer as condições de validade, quais sejam agente capaz, objeto lícito e possível, objeto possível ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.⁵⁶

Com relação ao primeiro requisito é esperado que as partes manifestem, voluntariamente, e sem nenhum vício de consentimento, a escolha pela arbitragem, para dirimir conflitos contratuais. E, ao fazer esta escolha, pressupõe-se que todos estejam cientes das vantagens, desvantagens e consequências que o procedimento arbitral acarreta.⁵⁷

A cláusula arbitral contém dois objetos, que são a renúncia ao direito de acionar o poder judiciário e submeter o litígio à arbitragem. Ela não resulta, apenas, da autonomia das partes, mas também é endossada pela lei brasileira.

Em relação à capacidade do agente, seguem-se as regras gerais que concernem à capacidade dos indivíduos e da representação legal. Ou seja, as

⁵⁶BATISTA, Luís Olavo; MIRANDA, Sílvia Júlio Bueno. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 7, n. 27, out.-dez. 2010, p. 27.

⁵⁷PEREIRA, Ana Lúcia. out./dez. 2009, p. 93.

partes que assinam o acordo devem ter capacidade legal para celebrá-los, o nosso Código Civil estabelece no art.5º que a maioria para atos da vida civil é adquirida aos 18 anos e o art. 1º da Lei 9.307/1996 estabelece que as pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem, para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais. Quanto à forma, ela deve ser escrita. Se todas essas condições forem satisfeitas, a cláusula arbitral deverá ser considerada válida.

O dever de boa-fé entre as partes contratantes deve estar presente em toda execução do contrato. No direito brasileiro, a boa-fé não é apenas uma regra de interpretação contratual, mas também é conduta imposta legalmente as partes. E ao se convencionar a cláusula arbitral as partes deverão levar este elemento em consideração.

3.1.2 Cláusula Arbitral Cheia e Cláusula Arbitral Vazia

Na Lei de arbitragem existem duas modalidades de cláusula arbitral: a cláusula arbitral cheia e a cláusula arbitral vazia.

A cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimos, disciplinados no art. 10 da Lei de Arbitragem⁵⁸, para que possa ser instaurado o procedimento arbitral, como por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local, etc. Ao surgir o conflito, as partes não precisarão firmar compromisso arbitral e qualquer uma delas poderá iniciar o procedimento da arbitragem.⁵⁹

Sendo assim, a cláusula arbitral cheia é aquela que já estabelece regras suficientes, para a instauração e o desenvolvimento de um futuro processo de arbitragem, seja pela estipulação de normas arbitrais, seja pela remissão às regras de alguma instituição arbitral, conforme dispõe o art. 5º da Lei 9.307/1996⁶⁰. Neste último caso, por se tratar de uma arbitragem institucional,

⁵⁸Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

⁵⁹SCAVONE JR., 2010, p.77.

⁶⁰Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de

não há necessidade das partes estabelecerem todo o procedimento, uma vez que se vinculam ao procedimento regulamentar da entidade que escolheram, Assim, dispensa-se um futuro compromisso arbitral (art. 6º da Lei 9.307/1996).⁶¹

As cláusulas arbitrais ligadas a uma entidade arbitral especializada são mais comuns nos contratos, pois evitam cláusulas extensas e procedimentos não confiáveis, juridicamente, que poderão eventualmente sofrer uma anulação por afrontarem as normas de ordem pública. É recomendável, nesse caso, que as partes anexem o respectivo regulamento da entidade no contrato e coloquem seu visto nas folhas, atestando que tomarão conhecimento da regras.⁶²

A cláusula arbitral vazia é aquela que veicula a intenção das partes de submeter seus futuros conflitos à arbitragem, mas não contém todos os elementos necessários, como a escolha de árbitros e o procedimento arbitral a ser adotado.⁶³

Na cláusula arbitral vazia, as partes obrigam-se a dirimir suas controvérsias, através da arbitragem, contudo, não estabelecem as regras mínimas para o desenvolvimento da solução arbitral. Nesse caso, ao surgir o conflito e existindo a cláusula arbitral vazia, será imposto às partes que firmem o compromisso arbitral, para estabelecer os requisitos do art. 10 da Lei de arbitragem, tais como: indicação dos árbitros, definição da matéria que será submetida à arbitragem, o lugar em que será proferida a sentença etc.⁶⁴

Em suma, tratando-se de cláusula arbitral vazia, na qual as partes não tomaram a cautela de incluir os requisitos mínimos, antes de dar início à arbitragem, deverão firmar o compromisso arbitral.

Nesse caso, se houver discordância sobre o compromisso arbitral, que depende fundamentalmente dos requisitos formais do artigo 10 da Lei de Arbitragem, especialmente, o modo de nomear os árbitros, embora a

acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

⁶¹TALAMINI, Eduardo. Arguição de convenção arbitral no projeto de novo código de processo civil (exceção de arbitragem). **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 11, v. 40, jan./mar. 2014, p. 83.

⁶²SCAVONE JR., 2010, p.78.

⁶³TALAMINI, jan./mar. 2014, p. 82.

⁶⁴SCAVONE JR., 2010, p.79.

arbitragem continue obrigatória, caberá execução específica da cláusula arbitral vazia, nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem.⁶⁵

A necessidade do procedimento de que tratam os arts. 6º e 7º da lei de Arbitragem, em razão de uma cláusula de arbitragem vazia, tira da arbitragem grande parte da sua vantagem. Isso acontece porque, quando se firma a cláusula arbitral vazia e acontecendo o impasse, as partes terão que se submeter ao Poder Judiciário, para que o juiz, quanto às regras, substitua a vontade das mesmas e imponha, através de sentença, as regras que regerão a arbitragem.⁶⁶

Resumindo, a cláusula arbitral vazia demandará, quando do surgimento do dissídio, que as partes firmem o compromisso arbitral, com as condições mínimas estabelecidas no art. 10 da Lei de Arbitragem. Caso o compromisso arbitral não seja implementado, haverá a execução específica da cláusula arbitral, com todas as consequências decorrentes, tal como a intervenção da jurisdição estatal, o que, de início, não era a vontade das partes.

É sempre desejável que as cláusulas sejam cheias, isto é que indiquem de modo exaustivo, ou pelo menos, claro e completo de como as partes desejam resolver suas eventuais disputas.

3.1.4 Autonomia da Cláusula Arbitral

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está inserida, de tal modo que, se o contrato for nulo, isso não implica nulidade da cláusula arbitral. Isto é revelado pela regra contida no art. 8º da Lei de Arbitragem.⁶⁷

Para Carlos Alberto Carmona, é natural que seja assim, pois, a nulidade do contrato poderá ser submetida à decisão dos árbitros e, por consequência, se

⁶⁵Ibid., p.80.

⁶⁶Ibid., p.81.

⁶⁷Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto é ilícito) afetasse a cláusula arbitral nele contida, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre questões exatamente ligadas à nulidade do contrato. Em síntese, seria muito fácil afastar a competência dos árbitros. Para isso, bastaria que uma das partes alegasse matéria ligada à nulidade do contrato, surgindo, assim, a necessidade de intervenção do juiz togado⁶⁸

Resta claro, que a cláusula arbitral ou compromissória não segue a regra do acessório segue o principal, ou seja, a cláusula arbitral não é acessória do contrato, sendo esta autônoma em relação a este.

De acordo com o parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória.

O significado desse dispositivo é o de que qualquer alegação de nulidade do contrato, ou mesmo da cláusula arbitral, deve ser dirimida pela via arbitral e não, através do Poder Judiciário. Sendo assim, a lei impediu que as partes, sempre que alegassem a nulidade da cláusula ou do contrato, recorressem à jurisdição estatal e desrespeitassem o pacto arbitral.

No direito português, este princípio da autonomia da cláusula compromissória está contido no art. 2º da Lei de Arbitragem Voluntária, na qual dispõe: “a nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção”.⁶⁹

As normas contidas na legislação portuguesa e brasileira, estabelecendo a autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato que faz parte, demonstram a intenção de cada legislador em preservar a arbitragem e seu caráter negocial.

3.2 COMPROMISSO ARBITRAL

⁶⁸CARMONA, 2009, p. 173.

⁶⁹CHAVES, Marianna. Da convenção de arbitragem: efeitos e responsabilidade pelo descumprimento no Brasil e Portugal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual**, n. 51, nov./dez. 2012, p. 93.

O compromisso arbitral é uma espécie da convenção arbitral no qual as partes pactuam que, diante de um conflito já existente, este será dirimido pela via arbitral. O que caracteriza o compromisso arbitral é o momento do seu nascimento, ou seja, posterior ao conflito, diferentemente do que ocorre com a cláusula arbitral, que é pactuada anteriormente à existência do conflito. O compromisso arbitral pode ser judicial ou extrajudicial.

Ainda que não decorra de um conflito contratual, o compromisso arbitral será viável. Isso porque, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, nada obsta que outras controvérsias surgidas em sociedade possam ser solucionadas através do compromisso arbitral, como por exemplo, um prejuízo decorrente de um acidente automobilístico.⁷⁰

É consenso entre os autores modernos, como Carlos Alberto Carmona, que o compromisso arbitral é “um contrato de direito privado estipulado com o fim de produzir entre as partes efeitos processuais, obrigando-as a subtrair à competência da autoridade judiciária ordinária a controvérsia considerada no compromisso, passando tal competência à esfera do juízo arbitral”.

O compromisso arbitral é um negócio jurídico processual, por meio do qual os interessados em resolver o impasse, em se tratando de direitos disponíveis que poderão ser transacionados, os delegam a um juízo arbitral, afastando a jurisdição estatal.

Da norma contida no art. 7º da Lei nº 9307/96, verifica-se que o compromisso arbitral pode ser revestido da forma judicial e extrajudicial. O compromisso judicial ocorre quando as partes decidem colocar termo no procedimento judicial em andamento e submeter este à arbitragem. Já o compromisso arbitral extrajudicial é firmado após a existência do conflito, mas antes da propositura da ação judicial.⁷¹

Em se tratando de compromisso arbitral judicial, a única exigência do legislador é que seja feita a lavratura dos termos nos autos do processo. A forma a ser

⁷⁰SCAVONE JR., 2010, p. 82.

⁷¹COSTA, nov./dez. 2010, p. 13.

adotada é a do art. 169 do Código Civil.⁷² Enquanto não transitar em julgado a sentença, podem os litigantes celebrar livremente o compromisso arbitral. Nesse caso, deve o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito. Celebrado o compromisso, será extinto o processo, sendo submetido o litígio à decisão arbitral (o juiz arbitral pode se aproveitar dos atos instrutórios, até então praticados).

No caso de o compromisso arbitral ser celebrado extrajudicialmente, exige-se a forma solene, sob pena de nulidade. Assim, as partes deverão valer-se de escritura pública ou deverão celebrar instrumento particular com assinatura de duas testemunhas.⁷³

Tanto a cláusula compromissória, quanto o compromisso arbitral retratam a livre opção das partes, em eleger a arbitragem para dirimir dissídios, sendo a cláusula compromissória ou arbitral instituída, antes da existência do conflito, e o compromisso arbitral é instituído, após a existência do conflito. A essência da arbitragem está amparada numa forma mais simplificada e flexível de resolução de divergências do que a jurisdição estatal.

3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO ARBITRAL

A possibilidade de as partes disciplinarem sobre o procedimento arbitral a ser adotado não significa que possam fazê-lo de forma totalmente livre, sem nenhuma observância de princípios. Os princípios que devem ser observados decorrem de previsão constitucional, são eles: o contraditório, a igualdade de partes, a imparcialidade do árbitro e o livre convencimento do árbitro.

Pelo princípio do contraditório, entende-se que o juízo arbitral deve facultar às partes a possibilidade de efetuar a mais ampla defesa, oportunizando que a outra parte sempre se defenda. A igualdade de partes significa o equilíbrio entre os litigantes, as oportunidades de defesa e alegação devem ser as mesmas para ambas as partes. O árbitro deve ser imparcial, ou seja, deve-se manter afastado das partes, não podendo estar ligado a qualquer uma delas. O

⁷²Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

⁷³CARMONA, 2009, p. 190.

juiz deve julgar de acordo com seu livre convencimento sobre as provas e o procedimento arbitral⁷⁴

Segundo o art. 19 da Lei de Arbitragem “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. Será de responsabilidade das partes zelar, para que se tenha uma demonstração segura de aceitação por parte dos árbitros. A aceitação da incumbência pelos árbitros pode ser provada por todos os meios admitidos. Esta aceitação pode ser inclusive tácita. Se o árbitro entender que há pontos duvidosos, na convenção de arbitragem, é recomendável que ele, logo de início, procure as partes e estabeleça um consenso.

Da mesma forma que o juiz togado, o árbitro deverá instruir a causa, ou seja, prepará-la para a decisão de formar seu convencimento acerca do conflito. O árbitro pode, inclusive, requisitar documentos públicos, solicitar informações de órgãos estatais, oitiva de testemunhas etc.⁷⁵A instrução processual, em sede arbitral, é flexível, pois o árbitro não está ligado às regras do Código de Processo civil

Nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem, a parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade, após a instituição da arbitragem. Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído. Reconhecida a incompetência do árbitro bem como a invalidade ou ineficiência da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao poder Judiciário

São exigidas do árbitro as mesmas qualidades exigidas do juiz togado, a saber são a imparcialidade e a independência e, sempre que acontecer alguma suspeição, ele deve-se afastar da arbitragem. Diferentemente do que ocorre na justiça comum, a competência na arbitragem não é prefixada em lei, pois, a competência surge da convenção arbitral, esta competência deve ser respeitada pelo árbitro e, havendo excesso, deve ser questionada pela parte. Sendo reconhecida a suspeição ou impedimento do árbitro, deve assumir o

⁷⁴SCAVONE JR., 2010, p. 115.

⁷⁵CARMONA, 2009, p. 313.

árbitro substituto, entretanto, se não houver tal indicação, o compromisso arbitral será desfeito e as partes remetidas ao Poder Judiciário.⁷⁶

Após o aceite do árbitro, serão seguidas as normas procedimentais estipuladas pelas partes, se a arbitragem for institucional, serão seguidas as regras da respectiva instituição, se as partes nada estipularem sobre o procedimento caberá ao árbitro estabelecer as regras que pretendem seguir. Pelo art. 21 da Lei de Arbitragem esta obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que, nesse caso, se reportará às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se às partes delegar ao próprio árbitro ou ao tribunal arbitral regular o procedimento.

Caso seja necessário aplicar medidas coercitivas ou cautelares, como ouvir determinada testemunha que se recusa comparecer voluntariamente ao juízo arbitral, o árbitro solicitará a intervenção do Poder Judiciário, para que aplique a medida cabível.⁷⁷

É possível no procedimento arbitral o pedido contraposto, que será feito na mesma peça de defesa, por não se tratar de reconvenção.

Segundo Luís Scavonne Junior⁷⁸ “a revelia na arbitragem é dotada de sentido próprio e significa tanto a completa ausência das partes como a ausência em qualquer ato processual, o que leva o autor a afirmar que instituída a arbitragem, será válida a sentença proferida”.

O que significa dizer que a revelia das partes em nada impede que o juízo arbitral profira a sentença, ressaltando que o fato da revelia será valorado, na ocasião da prolação da sentença.

De acordo com o art. 22 da Lei de Arbitragem, poderão o árbitro ou tribunal arbitral tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

⁷⁶SALETTI, Leandro Costa. Arbitragem. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v. 11, n. 68, nov./dez. 2010, p. 33.

⁷⁷Ibid. p. 35.

⁷⁸SCAVONE JR., 2010, p. 143.

Tomados os depoimentos, quando necessários, os árbitros estarão prontos para proferir a sentença, e as sentenças arbitrais têm a mesma moldura das sentenças estatais, deve haver relatório, motivação e dispositivo.

3.4 SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral é o ato, através do qual o julgador põe fim ao processo. Ela poderá ser terminativa ou definitiva. As terminativas têm conteúdo meramente processual, elas põem fim ao processo, sem o julgamento do mérito. Já as definitivas são decisões, em que se reconhece o direito aplicável ao caso concreto. Poderão, ainda, classificarem em função do resultado que proporcionem, sendo declaratórias (se limitam a afirmar a existência ou inexistência de uma relação jurídica), constitutivas (declaram que um litigante tem direito ao que pede e acrescentam a constituição, a modificação ou a extinção de um direito que pede) e condenatórias (além de declarar o direito, impõe ao vencido o cumprimento de uma prestação à qual esteja obrigado).⁷⁹

Se a convenção arbitral não estabelecer o prazo para sentenciar, será aplicada a norma contida no art.23 da Lei de Arbitragem,⁸⁰ que corresponde a 06 (seis) meses, e passa a fluir a partir do instante que é constituída a arbitragem. Entretanto, em caso de conveniência dos árbitros e/ou das partes, esse prazo pode ser prorrogado, através de documento escrito.

Segundo o artigo 18 da lei de arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Complementa o art. 31 da referida lei, informando que a sentença arbitral produz entre as partes os mesmos efeitos que a sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁷⁹CARMONA, 2009, p. 336.

⁸⁰Art. 23.A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

O árbitro não é dotado de poder coercitivo, de tal sorte que suas decisões demandarão, diante da resistência da parte, a atuação do juiz togado, a quem competirá fazer valer a sentença arbitral.⁸¹

Vale ressaltar que a sentença arbitral tem os mesmos requisitos da sentença judicial, conforme o art. 26 da Lei de Arbitragem e deve conter o nome das partes, o resumo do litígio, os fundamentos da decisão, o dispositivo além da data e o lugar onde foi proferida a decisão. A ausência de qualquer um desses requisitos impõe nulidade da sentença, nos termos do art. 32,III da Lei de Arbitragem. Com relação à sucumbência, faz-se esclarecer que a parte sucumbente pagará as custas e as despesas do procedimento arbitral.⁸²

O relatório presta-se a estabelecer os limites da convenção de arbitragem. São todos os fatos e razões alegados pelas partes, que servem para a identificação do litígio. Já os fundamentos da sentença arbitral servem para que se explicitem as questões de fato e de direito que influenciaram o julgamento. O dispositivo é a parte principal da sentença, é onde se estabelecem os limites do que foi julgado, ou seja, não pode o árbitro decidir além dos parâmetros fixados na convenção de arbitragem. Devem ser observados os vícios *extra petita* e *ultra petita*, para que não ocorram, pois o laudo arbitral não pode reconhecer nem mais, nem menos do que foi pedido.⁸³

Autoriza-se, ainda, a homologação de acordo para que se produzam os mesmos efeitos de uma sentença arbitral.

Das decisões proferidas pelo árbitro não cabe recurso, exceto a solicitação da parte. Para parte da doutrina como Carlos Alberto Carmona nada impede que as partes possam fixar o reexame da sentença arbitral, pois elas podem estabelecer que o laudo arbitral fique sujeito ao reexame por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, e mais, na hipótese da decisão não ser unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes.

⁸¹ SCAVONE JR., Luís Antônio. **Manual de arbitragem**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 152.

⁸² COSTA, Guilherme Soncini da. Arbitragem. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, ano 11, n. 68, nov./dez. 2010, p. 13.

⁸³ SCAVONE JR., Luís Antônio. **Manual de Arbitragem**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 167.

Lembrando que esses recursos serão sempre internos, nunca dirigidos a órgãos do Poder Judiciário.⁸⁴

Sendo notificadas as partes do laudo arbitral, passa a fluir o prazo de cinco dias, para que as partes possam se valer do recurso semelhante aos embargos de declaração, para a correção de erros materiais, erros de omissão, erros de contradição ou obscuridade na decisão, conforme pressupõe o art. 30 da Lei de Arbitragem.⁸⁵

A sentença arbitral e a sentença estatal têm seus efeitos equiparados. Elas têm, como consequência, a extinção da relação jurídica processual e a decisão da causa. Além disso, a decisão de mérito faz coisa julgada entre as partes. Assim como a sentença judicial, a decisão arbitral deverá ser expressa em documento escrito.

Como já mencionado, a sentença arbitral não está sujeita a nenhum tipo de recurso perante o tribunal arbitral, mas a Lei de Arbitragem, no seu art. 32, tratou das nulidades da arbitragem e seus efeitos. A nulidade da sentença arbitral deverá ser pleiteada junto ao órgão do Poder Judiciário. Vale ressaltar que a nulidade da sentença arbitral, diante do Estado Juiz, somente ocorrerá quando ela não observar os requisitos estatuídos nos art. 21 § 2º 26 e 32, ou art. 10 da Lei de Arbitragem⁸⁶. Para instaurar a ação anulatória, deverá a parte

⁸⁴COSTA, nov./dez. 2010, p. 13.

⁸⁵Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

⁸⁶Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

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 litígio submetido à arbitragem;

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. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

dirigir-se ao órgão competente do Poder Judiciário e ingressar com a ação nos moldes do art. 282 do Código de Processo Civil.⁸⁷

No caso de haver uma sentença arbitral condenatória, e a obrigação não for satisfeita espontaneamente pelo sucumbente, poderá a parte vencedora ingressar com uma ação de execução de título judicial, conforme preceitua o art. 584, VI, do Código de processo Civil.

Vale observar que a sentença arbitral deverá ser expressa em vernáculo, pois, caso a sentença necessite ser executada no Brasil, ela deverá ser implementada nos moldes da norma processual brasileira. Ressalte-se que a arbitragem só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis e, se surgir controvérsia que se refira a direitos indisponíveis, o árbitro deverá suspender o processo arbitral, remetendo as partes ao órgão do Poder Judiciário competente, para julgar a matéria.⁸⁸

Ao final da sentença, o árbitro deve indicar o local em que foi proferida a sentença arbitral, conforme pactuado pelas partes na convenção arbitral, para que torne o juízo estadual daquele local competente para apreciá-lo, caso haja necessidade. Isto ocorre no caso de uma execução, quando a sentença prolatada é condenatória, ou mesmo para uma possível anulação de sentença.

3.5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em estatística realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, revelou-se que o Poder Judiciário possui aproximadamente noventa milhões de causas para julgar. Esse cenário é potencializado pela crescente cultura de litigância do

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

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.

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

⁸⁷COSTA, nov./dez. 2010, p. 15.

⁸⁸SALETTI, nov./dez. 2010, p. 39.

brasileiro. Nos últimos anos, houve um grande esforço pela reforma constitucional do Poder Judiciário, como mudanças na legislação processual, simplificação de ritos, criação e fortalecimento dos Juizados Especiais. Tais medidas eliminaram algumas questões protelatórias e formalidades inúteis, entretanto, não foram suficientes para alcançar uma duração razoável do processo.⁸⁹

E é diante desse cenário que se insere a arbitragem, um mecanismo privado de solução de litígios, sem a intervenção estatal, com uma forma mais simplificada, respaldada na liberdade e flexibilidade.⁹⁰

Uma das vantagens da arbitragem é ser uma alternativa séria e eficaz, que tem o mérito de abreviar o tempo de andamento dos processos, reduzindo o volume dos mesmos, pois eles dificultam o andamento da justiça.

O crescimento das relações econômicas internacionais do Brasil, faz com que sejam de suma importância o instituto da arbitragem e o seu fortalecimento, através da multiplicação e qualificação das Câmaras de arbitragem. No caso de contratos internacionais, há uma preferência pela solução arbitral. E esta é utilizada em cerca de 80% das questões deles originárias.

O dinamismo das atividades comerciais exige um método célere e eficiente de resolução de divergências, além disso, a arbitragem ainda se apresenta como um mecanismo de custo menor, flexível, com neutralidade de justiça e de baixo impacto na continuidade do relacionamento entre as partes.⁹¹

Apesar do reconhecimento mundial do instituto da arbitragem como uma forma eficaz na resolução de conflitos, é verificada a existência de preconceitos contra o instituto. Esse fato é marcado por um dado histórico, pois, anteriormente à Lei 9.307/96, a sentença arbitral interna dependia de homologação judicial e a sentença arbitral estrangeira dependia de homologação judicial no país em que tivesse sido proferida, para ser homologada pelo STF, o chamado “*duplo exequatur*”. Este procedimento, por

⁸⁹ CALHEIROS, Renan. Arbitragem e mediação: presente e futuro. **Revista Jurídica Consulex**. Ano 16, n. 381, dez. 2012.

⁹⁰ LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e o estudante de direito. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 6, v. 23, out./dez. 2009, p. 40.

⁹¹ GARCEZ, 2004, p. 75.

vezes, tornava esta sentença inexecutável no Brasil, quando o país de origem não homologava a sentença arbitral.⁹²

Outro problema que se afigurava no regime anterior é que a cláusula compromissória não tinha execução específica. Nesse caso, aquele que a tivesse firmado poderia escapar da arbitragem, procrastinando a solução do litígio, sem que pudesse ser punido pelas perdas e danos que poderiam ser apuradas pela parte prejudicada.⁹³ Com a Lei de Arbitragem, esses problemas foram minimizados, entretanto, ainda persiste um temor, por parte de alguns advogados, de que a arbitragem subtraia o seu mercado de trabalho. Esse temor é infundado, pois a arbitragem precisa de um grande contingente de advogados e, mais, a busca de solução de divergências, através da arbitragem, é uma alternativa válida e democrática, não resultando na redução e prestígio do Poder Judiciário, que, em muitos casos, é insubstituível, pois há a limitação aos direitos patrimoniais disponíveis.⁹⁴

Não há dúvida de que a arbitragem pode possibilitar maior rapidez, em contraposição aos sistemas processuais atuais que evoluíram para um exagerado formalismo, com rituais minuciosos e sempre ligados a prazos que impossibilitam decisões céleres.

O princípio do duplo grau de jurisdição confere à parte perdedora o acesso a um segundo julgamento. Entretanto, o instituto do recurso foi totalmente desvirtuado, na medida em que um advogado habilitado pode procrastinar em muito uma decisão, através de atos processuais intermináveis. A arbitragem elimina esses riscos, pois não é possível recorrer de uma sentença arbitral e apenas, excepcionalmente, pode ser a sentença arbitral anulada nos casos previstos no art.32 da Lei de arbitragem.⁹⁵

Outra vantagem da arbitragem consiste na especialização dos juízes arbitrais, que se conjuga com a livre escolha das partes. Quando o objeto litigioso tem um caráter eminentemente técnico, a especialização do juiz faz com que a decisão seja mais precisa e próxima a realidade. Isso não acontece na via

⁹²GARCEZ, 2004, p. 73.

⁹³GARCEZ, loc. cit.

⁹⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 9, v. 35, out./dez. 2012.

⁹⁵DALLARI, out./dez 2012, p. 306.

judicial, em que os juízes são nomeados por sorteio e não há uma especialização na questão técnica em tela, ainda que detenham um elevado conhecimento.⁹⁶

Quanto às despesas, a arbitragem pode ser muito mais vantajosa, pois uma demanda judicial prolongada exige muito mais recursos das partes. Uma ação judicial extensa, com a interposição de muitos recursos, significa pagar mais pelo trabalho do advogado e soma-se à questão o dispêndio de mais dinheiro, com o pagamento de custas processuais, sem contar o ônus da sucumbência aplicada a seara cível.

Segundo José Maria Rossani Garcez,⁹⁷ existe um baixo impacto na relação comercial futura das partes, quando a divergência é levada à via arbitral e não à via judicial. O autor exemplifica a questão, com o elevado percentual de cumprimento espontâneo das decisões arbitrais, em comparação com a persistente e homogênea resistência em cumprir as decisões judiciais, quando as partes estão em juízo. Por fim, destaca-se que o sigilo da controvérsia, na via arbitral, propicia uma menor exposição pública.

Para a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, a solução de litígios que se desenvolvem paralelamente à jurisdição estadual é uma fórmula eficiente de desafogo das atividades forenses e, também, ninguém há de negar que, em condições adequadas, a controvérsia entre as partes que atuam, em um nicho especializado de atividade, tem melhores condições de ser adequadamente resolvida por um especialista do que por um generalista jurídico.⁹⁸

A arbitragem não se apresenta como uma solução milagrosa, para todos os males, na resolução de divergências que dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis. O que ocorre é que, dependendo das circunstâncias e do tipo de conflito existente, o instituto da arbitragem poderá ser mais conveniente que a via jurisdicional. O instituto em questão é um instrumento de um exercício democrático do direito mais rápido e menos oneroso, para a solução de controvérsias, mas há de se reconhecer que esse método tem suas limitações.

⁹⁶ GARCEZ, 2004, p. 77.

⁹⁷ GARCEZ, loc. cit.

⁹⁸ GRACIE, Ellen. A importância da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 4, n. 12, p. 14, jan./mar. 2007.

Conclui-se que a arbitragem é um instrumento valioso para o Estado e a sociedade, contribuindo com o objetivo de se alcançar o bem maior que é a pacificação social e a harmonização das relações.

4 A ARBITRAGEM E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS TRABALHISTAS

Nem sempre as relações de trabalho se desenvolvem com normalidade e harmonia, muitas vezes, se produzem divergências, o que invariavelmente resultará em conflitos. Esses conflitos surgem quando uma das partes lesa o direito da outra, quando divergem na interpretação ou alcance de uma norma, ou quando acreditam ser necessário mudar as condições de trabalho existentes. Nessas situações, produz-se uma distorção nas relações que se mantinham e isso gera o dissídio.

Os conflitos trabalhistas são divididos em coletivos e individuais. Individuais são aqueles que ocorrem entre um ou diversos trabalhadores individualmente considerados e o empregador (considerando-se o contrato individual de emprego), enquanto os coletivos referem-se a interesses gerais e envolvem um grupo de trabalhadores e a empresa.

Os conflitos coletivos ainda se subdividem de acordo com a natureza jurídica (geralmente para interpretar a norma jurídica) e, de acordo com a natureza econômica (hipóteses em que as partes buscam a criação da norma coletiva aplicável à determinada categoria de profissionais e trabalhadores), ou seja, os conflitos jurídicos têm como objeto apenas a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica controvertida, por exemplo, o que ocorre no dissídio coletivo, em que se declara a legalidade ou ilegalidade de uma greve. Já os conflitos econômicos dizem respeito às reivindicações de novas condições de trabalho ou melhores salários.⁹⁹

Do exposto, conclui-se que o conflito de origem econômica busca a obtenção de uma norma jurídica para ser aplicada ao caso concreto, ao passo que no conflito jurídico a finalidade é estabelecer o significado de uma norma existente, ou executar uma regra não obedecida pelo empregador.

⁹⁹RAMOS FILHO, Wilson. A nova lei de arbitragem e a solução dos conflitos coletivos de trabalho. **Revista LTr**, ano 61, n. 01, p. 53, jan. 1997.

4.1 FORMAS DE SOLUÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS DE TRABALHO

As formas de resolução de conflitos já foram tratadas no capítulo 2 deste trabalho, far-se-á breves considerações sobre o assunto para a análise em sede de conflitos coletivos trabalhistas.

Segundo Luciano Martinez,¹⁰⁰ as fórmulas para-heterônomas de resolução de dissídios caracterizam-se pela intervenção de um terceiro imparcial que, por força de sua assistência, insere-se no conflito apenas para acelerar o processo de concórdia entre os litigantes. São exemplos de fórmulas para-heterônomas a conciliação e a mediação. De outro giro, existem as fórmulas heterônomas que se caracterizam pela intervenção de um terceiro imparcial inserido na demanda, para decidir o conflito no lugar dos litigantes. São representadas pela jurisdição e a arbitragem.

A conciliação tem natureza contratual, podendo ser convencional, ou regulamentada. Está prevista pela Recomendação n. 92 da OIT. Na mesma direção, a Recomendação n. 94 sugere a instituição de organismos de consulta e colaboração entre empregadores e trabalhadores no âmbito empresarial, visando à conciliação das controvérsias e estimular os acordos. São dois tipos de conciliação existentes, a judicial e a extrajudicial. Na conciliação, surge a figura do conciliador que, voluntariamente, intervém no conflito para auxiliar na busca de uma solução. Há, portanto, um terceiro escolhido pelas partes que lhes apresenta uma solução indicável, contudo, não obrigatória.¹⁰¹

Diuturnamente, a conciliação judicial trabalhista é ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob a intervenção de uma autoridade jurisdicional, ajustam a solução transacionada sobre a matéria objeto de processo judicial. Embora a conciliação se aproxime dos institutos da mediação e da transação, não se confunde, contudo, com eles. Existe uma diferenciação entre os institutos em relação a três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado do sujeito, a autoridade judicial, no plano formal em virtude de realizar-se no corpo do processo judicial e, no plano de seu

¹⁰⁰MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 794.

¹⁰¹ FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990, p.30.

conteúdo, em virtude de poder a conciliação abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis.¹⁰²

A mediação, por outro lado, é técnica de solução de conflito, por meio da qual o terceiro imparcial, mediante inserção profunda, tenta aproximar os litigantes envolvidos em conflitos mais amplos.¹⁰³

Os meios heterocompositivos de resolução de conflitos trabalhistas coletivos, por outro lado, são a arbitragem e a jurisdição. Nessas formas heterocompositivas, a resolução do conflito existente se dá pela indicação de um terceiro escolhido pelas partes, ou pela imposição do juiz, pela ordem jurídica, respectivamente.

A jurisdição, por sua vez, ocorre exclusivamente mediante intervenção estatal, através do Poder Judiciário, que aplica o Direito e impõe a solução do litígio. Na jurisdição, o magistrado irá instruir e julgar o conflito, além de ter o poder de dizer o direito e executar o que por ele foi certificado.¹⁰⁴

Já a arbitragem é um instituto pelo qual a divergência é lançada em um laudo arbitral e é efetivada por um árbitro, estranho à relação conflituosa, e que foi escolhido previamente pelas partes. Não se deve confundir a arbitragem com o arbitramento, pois o arbitramento é a modalidade de liquidação de sentença judicial, quando o juiz nomeia um perito, para fixação do *quantum* resultante da sentença liquidanda. A via arbitral também não se confunde com a mediação que, por sua vez, é mera técnica de auxílio à resolução do conflito pelo qual o terceiro aproxima as partes com o objetivo de se chegar a um denominador em comum.¹⁰⁵

Em suma, na arbitragem, um terceiro imparcial decide o litígio. Esse é um traço característico para distinguir a arbitragem da conciliação ou mediação. Nessas fórmulas, também, há uma intervenção de um terceiro, mas essa participação restringe-se a aproximar as partes e não decidir o conflito por elas. Vale ressaltar que este terceiro imparcial é escolhido pelos próprios litigantes, diferentemente do que ocorre com a jurisdição, em que os envolvidos não têm

¹⁰² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**, 11. ed. São Paulo: LTR. 2012, p. 1459.

¹⁰³ MARTINEZ, 2013, p. 792.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 797.

¹⁰⁵ DELGADO, 2012, p. 14560.

o poder para escolher o magistrado. Sendo assim, na arbitragem, o árbitro recebe de uma convenção privada poderes, para agir e decidir acerca do conflito. A decisão arbitral tem eficácia de sentença judicial, sendo equiparada a título executivo judicial. O Estado não interfere nas decisões arbitrais, mas, apenas, exige que elas sejam proferidas segundo as regras do sistema normativo e, no caso de inexecução da sentença arbitral, o interessado poderá pleitear a ação de cumprimento prevista no art. 872 da CLT junto ao Poder Judiciário.

4.2 A ARBITRAGEM NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DISSÍDIO COLETIVO

A Constituição Federal Brasileira foi expressa ao autorizar o uso da arbitragem, na resolução de divergências coletivas trabalhistas em seu art. 114. Dispõe o texto constitucional que, após frustrada a negociação coletiva, as partes poderão passar ao caminho da arbitragem. Nesse sentido, fica explicitado que a arbitragem no Direito Coletivo Brasileiro é de caráter facultativo, ou seja, depende da autonomia da vontade das partes.

Vale ressaltar que, a princípio, a interpretação gramatical do parágrafo 2º do art. 114 da Constituição Federal poderia induzir uma ideia de que as partes possuem a faculdade de eleger entre a negociação coletiva e a arbitragem, antes de recorrer à via jurisdicional. Contudo, ao se examinar o parágrafo 1º do referido artigo, conclui-se que a negociação direta entre as partes é imprescindível, já que só se pode escolher o árbitro após tal concordância. Conclui-se, que a arbitragem não é pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo e continua sendo facultativa.¹⁰⁶

O uso da arbitragem também foi citado no texto da Lei de Greve, na Lei nº 12.815/13 (serviços dos portuários) e na Lei nº 10.101/2000 (participação nos lucros).¹⁰⁷

¹⁰⁶ TUOTO, Rossana Cristina; FURTADO, Sebastião Antunes. **Arbitragem**: uma via alternativa ao poder normativo da Justiça do trabalho. Jurisprudência Brasileira Trabalhista, v. 29, 1990, p. 44.

¹⁰⁷ MARTINEZ, 2013, p. 796.

O artigo 7º da Lei de Greve, estabelece que 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. E na Lei de participação nos Lucros, o artigo 4º, inciso II, a arbitragem é apontada como um mecanismo para a solução do litígio, caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse. Já a Lei 12.815/13 no artigo 37§ 1º autoriza a arbitragem, devendo a escolha do árbitro recair sobre ambas as partes.

Nos diplomas normativos citados, extrai-se a ideia de que a arbitragem no direito coletivo resulta da deliberação das partes coletivas trabalhistas e que o laudo arbitral dá origem a regras jurídicas, isto é, dispositivos gerais abstratos, impessoais e obrigatórios que deverão ser cumpridos.

Ao contrário do que ocorre com a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, não há dúvidas quanto à aplicabilidade do instituto nos dissídios coletivos trabalhistas, por haver expressa determinação na Constituição Federal. Há também autorizações expressa para a utilização da arbitragem na Lei de Greve, na Lei de Participação dos Trabalhadores nos Lucros e Resultados das empresas e na Lei de Exploração Portuária.

4.3 DO CONFLITO COLETIVO TRABALHISTA

Quando o interesse de determinada categoria profissional, se opõe a resistência da categoria econômica correspondente, surgem os conflitos coletivos oriundos do trabalho. Esses conflitos são solucionados processualmente por dissídios coletivos, pois o ordenamento jurídico brasileiro submete-os à apreciação da Justiça do Trabalho, conferindo-lhe o poder normativo.¹⁰⁸

Sergio Martins Pinto,¹⁰⁹ define o dissídio coletivo como o processo que vai dirimir os conflitos coletivos do trabalho, por meio do pronunciamento do Poder Judiciário, criando ou modificando condições de trabalho para certa categoria ou interpretando determinada norma jurídica.”

¹⁰⁸ BARROS, Aline Monteiro de. **Curso do Direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: LTr, 2009, p. 1273.

¹⁰⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 541.

Para Bezerra Leite,¹¹⁰ o dissídio coletivo é uma espécie de ação coletiva conferida a determinados entes coletivos, geralmente sindicatos, para a defesa de interesses, cujos titulares materiais não são as pessoas individualmente consideradas, mas sim, grupos ou categorias econômicas, profissionais ou diferenciados, visando à criação ou à interpretação de normas que irão incidir no âmbito dessas mesmas categorias. Nesse diapasão, infere-se que os dissídios coletivos são ações propostas à Justiça do Trabalho por pessoas jurídicas (sindicatos, federações ou confederações de trabalhadores, ou de empregadores), com o objetivo de solucionar questões que foram infrutíferas pela via da negociação direta entre trabalhadores e empregadores.

Não se confunde o dissídio coletivo com o dissídio individual plúrimo, pois naquele estão sendo discutidos interesses abstratos de um grupo social, ou de uma categoria, enquanto neste a relação jurídica em jogo são interesses concretos de indivíduos determinados. No dissídio coletivo, reivindica-se a criação de novas condições de trabalho ou a interpretação de uma norma existente, já nos dissídios plúrimo pleiteia-se a aplicação dessas normas. Uma característica marcante do dissídio coletivo é a indeterminação dos sujeitos, cujos interesses estão em pauta.¹¹¹ Assim, o dissídio coletivo é, em última análise, uma divergência entre os sujeitos coletivos.

Vale dizer que a ação plúrima nada mais é do que um conjunto de ações individuais, no âmbito do qual dois ou mais autores atuam conjuntamente em litisconsórcio facultativo, na forma prevista no artigo 46 do CPC e no artigo 842 da CLT. Assim as ações plúrima não são ações coletivas. A forma de postular em juízo em grupo, embora em defesa de direito individual pode ser vantajosa para o empregado. A celeridade processual e a segurança jurídica são fundamentos para o acolhimento da reclamação plúrima, sobretudo quando se trata de direito individual homogêneo.

Nota-se que, em face das desigualdades econômicas e jurídicas em que se encontram as partes, em uma relação de trabalho, os conflitos trabalhistas têm peculiaridades, quando comparados aos conflitos na esfera cível. A

¹¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito processual do trabalho**, 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 543.

¹¹¹ BARROS, 2009, p. 1273.

hipossuficiência do trabalhador, parte quase sempre mais fragilizada na relação, deixa clara a relevância de instrumentos para o alcance de direitos e garantias, para, também, minimizar as desigualdades.

4.3.1 Classificação dos Dissídios Coletivos

Os dissídios coletivos são classificados em econômicos e jurídicos. Os dissídios coletivos de natureza econômica caracterizam-se pelas demandas que dizem respeito à criação de novas e melhores condições de trabalho. Esses dissídios de natureza econômica podem ser, ainda, originários, quando inexistentes, ou em vigor, normas e condições especiais de trabalho, decretadas em sentença normativa, ou de revisão, quando destinados a reavaliar normas e condições coletivas de trabalho preexistentes.

Já os dissídios de natureza jurídica são aqueles que têm a predominância no tocante à aplicação ou à interpretação de normas. Essas normas não podem ter caráter genérico, mas sim, criadas singularmente para reger as relações coletivas entre os sujeitos do embate, como, por exemplo, acordos e convenções coletivos.¹¹²

Em resumo se o conflito for econômico, o dissídio coletivo tem como objeto a criação de novos direitos no âmbito das categorias profissional e econômica, exercendo a Justiça do trabalho o Poder Normativo. Caso o dissídio seja jurídico, o objeto do conflito será apenas declarar o alcance de determinada norma ou regular determinada categoria profissional e econômica, nessa modalidade, a Justiça não exercerá o Poder Normativo.

Segundo Rossana Cristina Tuoto e Sebastião Antunes Furtado,¹¹³ as classificações dos conflitos trabalhistas combinam entre si, o conflito individual sempre é um conflito jurídico, a *contrariosensu*, o conflito coletivo é um conflito econômico e assim por diante. Essas classificações são importantes, a

¹¹²MARTINEZ, 2013, p. 799.

¹¹³ TUOTO, Rossana Cristina. FURTADO, Sebastião Antunes. **Arbitragem: uma via alternativa ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. Jurisprudência Brasileira Trabalhista, vol. 29, 1990, p. 39.

começar pelo procedimento a ser adotado e pela forma de solução mais adequada a cada tipo de conflito trabalhista.

Na greve, o dissídio coletivo tem natureza híbrida, pois num primeiro momento, a Justiça do trabalho irá dirimir a controvérsia jurídica declarando ou não a existência da greve. Num segundo momento irá apreciar as cláusulas econômicas, exercendo o Poder Normativo (dissídio de natureza econômica).¹¹⁴

4.4 PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Nos Estados democráticos de direito, existe a tripartição de poderes, o que é consagrado na Constituição Federal Brasileira de 88, como princípio fundamental. O Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Executivo são autônomos e harmônicos entre si. Cabe ao Judiciário, exercendo suas funções típicas, a resolução de um conflito. Enquanto ao Legislativo cabe editar normas gerais e abstratas, dotadas de eficácia *erga omnes*, nos moldes do processo legislativo constitucionalmente estabelecido. E ao Executivo cabe a administração do Estado, propriamente dita, naquilo que diz respeito ao governo da máquina pública.

Em suma, a cada um dos poderes cabe exercer funções que lhes são típicas e outras que são atípicas, desde que legalmente previstas. Dessa forma, a competência típica atribuída ao Congresso Nacional para legislar, por exemplo, não exclui dos demais poderes a competência de criar normas. Como explicitado, compete ao Poder Judiciário solucionar conflitos que lhe são postos, entretanto não é esta a sua única função. A Constituição de 1934, assim como a de 1937, já conferia aos tribunais trabalhistas a atribuição de proferir, nos dissídios coletivos, sentenças normativas que estabeleceriam novas condições de trabalho. Mas, somente com a Constituição de 1946, que

¹¹⁴SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. LTr, 5ª ed. São Paulo. 2012, p. 1129.

se fixou os limites do poder normativo da Justiça do Trabalho, o que foi seguido pelas demais Constituições brasileiras posteriores.¹¹⁵

Como mencionado no tópico anterior, dentre as formas de resolução de conflitos, está a jurisdicional. A justiça laboral intervém nos dissídios coletivos de caráter econômico, criando normas gerais e abstratas, disciplinadoras das relações de emprego. Logo, o Poder Normativo da justiça laboral surge das decisões que proferem a resolução de conflitos coletivos.

Afirma Valton Pessoa¹¹⁶ que o poder normativo é o poder conferido aos Tribunais Trabalhistas, para criarem normas jurídicas com prazo e vigência limitados, tendo força de lei para os sindicatos que participaram do dissídio, na forma do artigo 868, parágrafo único da CLT¹¹⁷.

Para Mauro Schiavi,¹¹⁸ trata-se de uma competência anômala da Justiça do trabalho para criar normas que irão regular as relações entre as categorias profissional e econômica. Não se tratando de mera aplicação do direito preexistente, mas de criar, dentro de determinados parâmetros, normas jurídicas. Tanto é assim que a Justiça do Trabalho atua no vazio da lei, ou seja, quando não há norma expressa que disponha sobre a questão.

O poder normativo da Justiça do Trabalho consiste num método de solução dos conflitos coletivos de trabalho, mediante o qual o poder judiciário, a pedido do sindicato profissional, ou do Ministério Público, resolve o impasse surgido num determinado conflito. O impasse é resolvido, proferindo a decisão que tem o caráter de arbitramento, ou seja, atribuindo cláusulas e condições de trabalho que, por equidade, o julgador entenda cabíveis para solucionar a questão. Tal

¹¹⁵ LORDELO, Paula Leal. A exigência de comum acordo para a propositura do dissídio coletivo: inconstitucionalidade principiológica. **Jus Navigandi**, Teresina, p. 9, maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos24378>> Acesso em: 03 out. 2014.

¹¹⁶ PESSOA, Valton. **Manual de processo do trabalho**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2011. p. 460.

¹¹⁷ Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

¹¹⁸ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. LTr, 5ª ed. São Paulo. 2012, p. 1125.

decisão substitui a vontade das partes, valendo como se fosse contrato coletivo, em torno do qual, havia surgido o impasse na negociação.

Há argumentos favoráveis e desfavoráveis ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Dentre os argumentos favoráveis pontua-se o acesso a Justiça do Trabalho, a garantia de efetividade dos direitos trabalhistas, a garantia de equilíbrio na solução do conflito coletivo, a redução da litigiosidade e a pacificação social. Os argumentos desfavoráveis ao Poder Normativo seriam a interferência indevida do Poder Judiciário na atividade legislativa, a morosidade do judiciário trabalhista, o engessamento da negociação coletiva e a falta de efetividade da sentença normativa que, às vezes, é dissociada realidade do trabalhador.

Segundo Mauro Schiavi¹¹⁹ “em que pesem os argumentos em sentido contrário ao Poder Normativo, este ainda se faz necessário, como subterfúgio de garantia do equilíbrio na solução do conflito coletivo”

Em síntese, o poder normativo da justiça laboral consiste na competência dos Tribunais do trabalho em proferir decisões nos processos de dissídios econômicos, criando condições de trabalho específicas para todas as categorias envolvidas no dissídio, com força de lei material. O Poder Normativo apesar das críticas, se mostra essencial para pacificar o convívio entre trabalhadores e empregadores, uma vez que, historicamente, restou provado que o distanciamento do Estado das desequilibrou as relações laborais.

4.5 O PODER NORMATIVO SE TRANSFORMOU EM ARBITRAGEM JUDICIAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004?

Em 2004, foi aprovada pelo Congresso nacional a reforma do Poder Judiciário, através da Emenda Constitucional de nº 45. Ela objetivou promover maior celeridade na Justiça como um todo.

Dentre as modificações promovidas pela EC 45/2004, alterou-se a redação do art. 114, § 2º, referente aos dissídios coletivos de natureza econômica, passando a sofrer limitações. Apenas os dissídios coletivos de natureza

¹¹⁹SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. LTr, 5ª ed. São Paulo. 2012, p. 1128.

econômica foram objeto da EC 45/2004, por isso,houve discussão se os dissídios de natureza jurídica estariam revogados. Essa polêmica acerca da extinção do dissídio de natureza jurídica não faz parte do escopo deste trabalho, ao passo que serão tratadas outras considerações pertinentes ao tema.

Antes da entrada em vigor da EC 45/2004, o poder normativo conferido à justiça do trabalho permitia que o julgador, nos dissídios coletivos, desempenhasse, além da função jurisdicional (proclamar o direito),a função de criar o direito, atuando como uma espécie de legislador suplente. Esse poder conferido a Justiça do Trabalho não era para ditar leis, como o Poder Legislativo, mas para criar o direito expresso, através de norma ou cláusula que tinha eficácia semelhante à da lei dentro do âmbito de, pelo menos, duas categorias, uma profissional e outra econômica, ou uma categoria profissional e de uma ou várias empresas.¹²⁰

O artigo 114, §2º da Constituição Federal disciplina que compete § 2º - recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado as mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. A redação anterior do § 2º autorizava a Justiça do Trabalho a estabelecer normas e condições. A redação atual apenas a autoriza decidir aquilo que foi colocado pelas partes e de comum acordo. Este comum acordo passou a ser condição para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica.

Em síntese, com a edição da emenda 45/04, alterou o artigo 114 da CF e seus parágrafos. Duas grandes e significativas alterações foram feitas. A primeira foi a inserção da palavra “de comum acordo”, criando uma nova condição de ajuizamento do dissídio coletivo, e depois excluiu-se a expressão “estabelecer normas e condições,” que foi substituída por “decidir o conflito”.¹²¹ Além do que, ao incluir o requisito do comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo,

¹²⁰ FELTEN, Maria Cláudia. O poder normativo e a exigência do comum acordo na Justiça do trabalho: uma análise pautada no princípio da proporcionalidade. **Revista Direito do Trabalho**, ano 33, n. 127, jul./set. 2007, p. 122.

¹²¹ PESSOA, 2011. p. 461.

o legislador reduziu o poder de barganha dos sindicatos, pois, dificilmente, um empregador concordará com a sua instauração e aos empregados restará a via da autotutela, ou seja, iniciar um movimento paredista.

Segundo Mauro Schiavi¹²², argumenta-se que a exigibilidade de consenso para o ingresso do dissídio coletivo de natureza econômica fere um direito maior que é o acesso à Justiça do Trabalho, portanto nesta linha de argumentação seria inconstitucional a exigência de comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. Entretanto, para o autor o §2º do artigo 114 da Constituição Federal não atrita com o princípio da inafastabilidade de jurisdição previsto no art. 5º,XXXV da Constituição Federal, que é dirigido à lesão de direito existente, pois o dissídio coletivo de natureza econômica tem natureza dispositiva e visa a criação de norma aplicável no âmbito da categoria e não na aplicação do direito vigente a uma lesão de direito.

Para Valton Pessoa, com essas mudanças, o legislador equiparou os Tribunais Trabalhistas a uma espécie de árbitro, criando uma típica arbitragem judicial, ainda assim, com limitações no julgamento. Estas limitações seriam a de conferir ao judiciário trabalhista apenas o poder de decidir o conflito com base nas disposições mínimas legais de proteção do trabalho, impedindo o magistrado de estabelecer novas condições de trabalho que não estejam previstas em lei, ou instrumento normativo anterior (acordo ou convenção coletiva).¹²³

Entretanto, Paula Leal Lordelo¹²⁴ discorda que as inovações ao artigo 114 da CF, trazidas pela EC 45/2004, possam equiparar os Tribunais Trabalhistas a uma arbitragem institucional, quando versar sobre decisão do dissídio coletivo. Segundo a autora, a necessidade do “comum acordo” não é suficiente para conferir natureza arbitral à função desempenhada pela justiça laboral, pois existe diferença entre a arbitragem e a anuência, para o dissídio coletivo.

Como visto, anteriormente, é pressuposto para a arbitragem o mútuo consentimento, expresso através da convenção arbitral e esta concordância

¹²²SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. LTr, 5ª ed. São Paulo. 2012, p. 1134

¹²³PESSOA, 2011. p. 461.

¹²⁴LORDELO, Paula Leal. A exigência de comum acordo para a propositura do dissídio coletivo: inconstitucionalidade principiológica. Jus Navigandi, Teresina, maio 2013, p. 25.

implica prévia aceitação dos termos da sentença arbitral, que tem como consequência a submissão das partes ao que for eventualmente decidido, já que a arbitragem é irrecorrível. Diferentemente do consentimento das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo econômico, pois se trata, apenas, de um requisito para condição da ação junto ao Tribunal.

Vale ressaltar que outra diferença da arbitragem para a jurisdição é que nesta, as partes não escolhem o terceiro imparcial que decidirá o conflito, enquanto na arbitragem existe esta possibilidade de escolha. O processo corre de acordo com as normas vigentes processuais reguladoras da competência, que são garantidoras do princípio do juiz natural.

Outra diferença reside na inexecução dos provimentos, pois o descumprimento de uma sentença normativa dá lugar à propositura da ação cognitiva de cumprimento, nos termos do art. 872 da CLT, enquanto o não cumprimento da sentença arbitral permite a imediata execução. Como também a sentença arbitral é irrecorrível, a ela só cabe ação anulatória, diuturnamente, a sentença normativa é recorrível.¹²⁵

Apesar das alterações feitas no art. 114 da CF pela EC n 45/04, para o implemento de um novo pressuposto processual (comum acordo), para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, não pode a jurisdição ser comparada a uma arbitragem institucional, pois são duas formas heterônomas distintas de resolução de dissídios coletivos.

Vale ressaltar que o acordo coletivo e a conciliação, que são fórmulas para-heterônomas de resolução de conflitos, não sofreram alterações com a EC 45/2004, ao contrário até, pois o fato do dissídio ter que ser de comum acordo incentivou a negociação coletiva, visando à autocomposição.

No caso da escolha pela via arbitral, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho passará a ser dos interessados, que recorrerão a um árbitro, de comum, acordo, para auxiliar e decidir o conflito. No caso da arbitragem pública, o poder normativo se dará através dos juízes integrantes de órgão especializado para julgar os dissídios coletivos, de acordo com os termos do regimento

¹²⁵LORDELO, Paula Leal, p. 26, maio 2013.

Interno do Tribunal Regional do Trabalho. Em sendo escolhida a arbitragem privada poderá ou não delegar o poder normativo que detêm.¹²⁶

Inferese-se que o legislador não extinguiu o Poder Normativo, tampouco o transformou em arbitragem. Desse modo, o Poder Normativo não foi transformado em arbitragem pública, embora tenha se aproximado do instituto.

¹²⁶ FELTEN, Maria Cláudia. p. 123, jul./set. 2007.

5 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

5.1 A LEGISLAÇÃO NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Não há vedação, nem autorização Constitucional ao uso da via arbitral na resolução de dissídios trabalhistas individuais.

Uma interpretação superficial da legislação pátria levaria a concluir que a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais do trabalho não seria permitida. Entretanto, em uma visão sistêmica, essa conclusão inicial restaria vencida. Pois, se não há uma explícita autorização legal, pelo menos, não há proibição e mais, há permissão em várias legislações específicas para o uso do instituto da arbitragem.

A Constituição Federal, em seu art. 114, §1º e § 2º,¹²⁷ dispõe que as partes poderão eleger árbitros para resolverem conflitos em dissídios coletivos, não deixando dúvidas sobre a possibilidade de que a arbitragem seja o mecanismo escolhido e utilizado pelos Sindicatos Profissionais e dos empregadores, para solucionar cláusulas que irão nortear a relação das empresas e seus respectivos empregados. Mas o legislador nada disciplinou sobre o uso da via arbitral, para os dissídios individuais trabalhistas. Esse silêncio deixou margem para a interpretação no sentido de que, como o legislador foi específico na autorização da arbitragem para os dissídios coletivos e nada falou sobre os dissídios individuais, teria deixado clara a sua vedação para os conflitos individuais.¹²⁸

Outras legislações contemplam a possibilidade da arbitragem para dirimir eventuais conflitos na relação de trabalho individual. A Lei 8.630/1993 (que disciplina o trabalho nos portos), em seu art. 23, §1º, determina que, em caso

¹²⁷Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

¹²⁸PEREIRA, out./dez. 2009, p. 91.

de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais e, mais, que firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes. Também faz uso do juízo arbitral a Lei nº 10.101/2000 que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa.

Neste sentido decidiu a 2ª Turma do TRT-2:

“A discordância da parte com o resultado do trabalho apresentado pelo Perito de confiança do Juízo, sem demonstração de qualquer vício na sua elaboração, não configura o cerceamento de prova. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. A Lei nº 8.630/93 disciplina, com amplitude, as relações de trabalho nos portos, remetendo para a contratação coletiva ou para a arbitragem o regramento de muitas das principais matérias de que se ocupa. [...]”
TRT-2 RO 00014660220115020442 SP 00014660220115020442 A28
REL. LUIS CARLOS GOMES GODO. 09.04.2014.

Outra demonstração do possível uso da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas é a LC 75/1993, que dispõe sobre a organização e atribuições do Ministério Público da União. No art. 83, XI, da referida norma¹²⁹ permite-se que o Ministério Público do Trabalho atue como árbitro, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho. Para Manoel Jorge e Silva Neto, a atuação do *parquet* como árbitro aliviaria, inclusive, a assoberbada Justiça do Trabalho, pois é inegável que a arbitragem, como processo de solução de conflitos trabalhistas, é mais econômica e célere, comparada com a solução jurisdicional. São inúmeras as vantagens do árbitro ministerial, como portar conhecimento técnico específico para solver litígios trabalhistas, gozar das prerrogativas inerentes às atribuições institucionais (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), o que exterioriza a imparcialidade indispensável ao procedimento arbitral. Ademais, pela Constituição Federal art. 128, II, “a”, é vedado ao Ministério Público a

¹²⁹Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;

percepção de honorários, o que não traria ônus para o uso do instituto da arbitragem no dissídio trabalhista individual.¹³⁰

Na ausência de dispositivos próprios para a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais, somente poderia ser aplicada a Lei nº 9.307/96, uma vez que elarevogou expressamente todas as outras formas genéricas sobre o tema.¹³¹ Segundo o art. 1º da referida lei, são requisitos básicos, para se instaurar a arbitragem, o direito patrimonial disponível, a autonomia das partes e a capacidade das partes para contratar. Será visto adiante como se processa cada um desses institutos, na possível arbitragem de dissídios trabalhistas individuais.

5.2 A RENÚNCIA NO DIREITO DO TRABALHO

O princípio da indisponibilidade dos direitos, ou da irrenunciabilidade, estabelece que não é dado ao empregado dispor de direitos trabalhistas, seja renunciando, ou transacionando tais direitos. Em decorrência desse princípio, será nulo qualquer ato jurídico que violar essa disposição. Conforme artigo 9º da CLT essa norma principiológica está materializada em diversos dispositivos da CLT e visa proteger, em última análise, o trabalhador, parte hipossuficiente da relação trabalhista. Segundo Luciano Martinez, esta atuação legal impede que o vulnerável, sob o que lhe seria mais vantajoso, disponha de direitos mínimos que, à custa de muitas lutas históricas, lhe foram assegurados nos termos da lei.¹³²

A irrenunciabilidade no Direito do Trabalho tem a função de fortalecer a manutenção dos direitos dos empregados, não podendo a vontade do trabalhador ser contrária ao que está disciplinado em lei, uma vez que este estaria numa posição mais fragilizada em relação ao empregador. Pelo ordenamento jurídico tais atos são nulos.¹³³

¹³⁰SILVA NETO, Manuel Jorge. A arbitragem e o Ministério Público do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano 3, n. 6, Brasília, 1993, p.64.

¹³¹PAMPLONA FILHO, 1999, p. 223.

¹³²MARTINEZ, 2013, p. 114.

¹³³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**, 24.ed. rev., atual.eampl. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 389.

O Direito civil é regido pelo princípio da renunciabilidade, ou seja, um indivíduo pode privar-se voluntariamente de um direito, de uma possibilidade, de um benefício que possua, considerando que impera a autonomia da vontade e os sujeitos são equiparados, não havendo hipossuficiente. Enquanto no Direito do Trabalho isso não é possível, pois, vige neste o princípio da irrenunciabilidade. De fato, enquanto no Direito Civil, as disposições legais assumem um caráter supletivo, no Direito do trabalho têm caráter principal, restando limitada a autonomia da vontade das partes¹³⁴

Os artigos 9º, 444 e 468 da CLT são a expressão máxima do princípio da irrenunciabilidade e delimitam o alcance da livre disposição das partes em matéria trabalhista. Esses dispositivos indicam que o trabalhador não pode renunciar aos direitos a eles conferidos por lei, sendo nula toda manifestação de vontade que transgredir essa ordem.¹³⁵

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹³⁶ o princípio da irrenunciabilidade não é absoluto, sendo possível que, em certos casos, o empregado, em juízo, possa transigir ou renunciar a determinados direitos trabalhistas o que é uma indisponibilidade relativa perante à Justiça do Trabalho. Em verdade, o que se veda é a renúncia aos direitos durante o contrato de trabalho visando evitar que o empregador use de meios fraudulentos, para reduzir as vantagens do trabalhador, uma vez que há hipossuficiência e dependência financeira daquele em relação a este.

O cerne da questão sobre a possibilidade de se utilizar a arbitragem nos conflitos individuais do trabalho reduz-se ao questionamento, se os direitos trabalhistas são totalmente ou parcialmente indisponíveis? E no caso em que

¹³⁴SILVEIRA, Verena Sapucaia. A aplicabilidade da arbitragem nas relações trabalhistas. **Revista do CEPEJ**, v.11, jul./dez. 2009, p. 321.

¹³⁵Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

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

¹³⁶PAULO, Vicente; ALEXANDRINO Marcelo. **Direito do trabalho**. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a EC nº 45/20004. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.30.

sejam parcialmente indisponíveis, em que momento eles se tornariam disponíveis?

A arbitragem, como anteriormente foi visto, somente é aplicável aos direitos patrimoniais disponíveis, sendo a arbitrabilidade condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem. O artigo primeiro da Lei de Arbitragem disciplina dois requisitos essenciais, para que as partes possam firmar a convenção arbitral, que o objeto do litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível e à capacidade das partes.

Será que a arbitragem tradicionalmente prevista no Direito Trabalhista Coletivo pode se estender ao Direito Trabalhista Individual?

Aqueles que defendem que a arbitragem não pode ser aplicada nos dissídios trabalhistas individuais, como por exemplo, Mauricio Godinho Delgado, o fazem assegurando que o Direito do Trabalho é indisponível e irrenunciável. Para o autor, tanto a renúncia (ato unilateral por meio do qual o renunciante abdica de um direito certo), quanto à transação (ato unilateral por meio do qual litigantes resolvem, por meio de concessões recíprocas, pôr fim ao litígio), são atos jurídicos que não produzem efeitos no âmbito trabalhista por força de indisponibilidade legal.¹³⁷

Cabe estabelecer a diferença entre indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos. Toda norma do Direito do Trabalho é irrenunciável, pois busca proteger o trabalhador de situações que possam ser impostas pelo empregador, lado mais forte da relação. Portanto, entende-se que as normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) são cogentes e de ordem pública, pois o trabalhador não pode renunciar ao direito que o Estado lhe garante como, por exemplo, remuneração, segurança, saúde etc. Já o direito indisponível pressupõe a impossibilidade de transação dos direitos. E, portanto, a conciliação na Justiça do Trabalho estaria vedada, mas não é o que preceitua a legislação trabalhista. A CLT, em seus artigos 846 e 847, determina, a obrigatoriedade da conciliação.¹³⁸

¹³⁷ MARTINEZ, 2013, p. 113.

¹³⁸ PEREIRA, out./dez. 2009, p. 96.

O fato é que diversos direitos trabalhistas individuais são de natureza pecuniária e muitos são revertidos em verbas indenizatórias passíveis de transação. Tanto é assim, que, na Comissão de Conciliação Prévia e na Justiça do Trabalho, os acordos envolvendo essas verbas indenizatórias são parte do cotidiano trabalhista. Esses direitos rescisórios são essencialmente de caráter indenizatório ou remuneratório, ou seja, são disponíveis.¹³⁹ Se esses direitos trabalhistas individuais são de natureza patrimonial e, portanto, disponíveis, é inteligível afirmar que conseqüentemente são passíveis de arbitragem.

As comissões de conciliação prévia são órgãos criados no âmbito dos sindicatos ou das empresas, e tem como finalidade a resolução do conflito individual trabalhista por meio da autocomposição. Trata-se de uma forma alternativa, extrajudicial de solução de conflito que tem como objetivo maior a celeridade e a forma simplificada na solução do impasse. Diante de conciliadores as partes poderão consensualmente, colocar fim ao conflito.

Deve-se salientar que a conciliação constitui um dos mais importantes princípios do Direito do Trabalho, conforme preceitua a Constituição Federal, em seu art. 114 e, como via de regra, a conciliação equivale a uma transação, não podendo se negar a conseqüente arbitrabilidade dos direitos trabalhistas.¹⁴⁰

As comissões de conciliação prévia¹⁴¹ têm logrado êxito em compor as demandas, sem que as partes necessitem envolver-se em demorados e desgastantes processos judiciais, sendo esta prova cabal de que existem outros meios de resolução de conflitos, que desafoguem o judiciário e imprimam maior celeridade ao processo, tal qual o instituto da arbitragem.

Rodolfo Pamplona¹⁴² leciona, a propósito que:

¹³⁹ CARVALHO FILHO, 2010. p. 23.

¹⁴⁰ SILVEIRA, jul./dez. 2009, p. 328.

¹⁴¹ As Comissões de Conciliação Prévia conceituam-se como organismos não estatais, originados em acordos ou convenções coletivas, instituídos no âmbito de sindicatos ou de empresas, compostas por representantes de empregadores e empregados, com o fito de conciliar os dissídios trabalhistas individuais.

¹⁴² PAMPLONA, Rodolfo. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 700, 5 jun. 2005, p. 3. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos6831>> Acesso em: 28 set. 2014.

Ora, em função do Princípio tradicional da Irrenunciabilidade de Direitos, há quem entenda que o Juízo Arbitral seria totalmente inaplicável às relações individuais de trabalho, o que tem encontrado respaldo nos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência.

Todavia, os tempos parecem estar mudando no horizonte, pois, pouco a pouco, a flexibilização dos direitos trabalhistas no plano individual, ainda que com a assistência das entidades sindicais, parece estar ganhando cada vez mais corpo.

Além das previsões constitucionais do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV (flexibilização de direitos trabalhistas com base na negociação coletiva), a política do atual Governo federal, com envio de projetos de reestruturação da legislação laboral, também infere que grandes transformações estão por vir, com o incentivo, cada vez maior, de formas de solução extrajudicial de conflitos, entre as quais a arbitragem se destaca⁽³⁴⁾.

Ademais, talvez já seja a hora de assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação judicial por valores menores do que o efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática (e com a chancela judicial!).

Se há relações humanas, há conflitos, sendo a finalidade máxima do Estado promover a pacificação social com métodos eficientes. Se esse ideal não estiver sendo alcançado pelo Poder Judiciário, com a celeridade e presteza necessária ao jurisdicionado, outros métodos deverão ser utilizados. Os operadores do Direito, muitas vezes, resistem à quebra de paradigmas. Deve-se, neste caso, superar o judicialismo arraigado na cultura jurídica brasileira, para promover outros métodos alternativos de resolução de conflitos que possam ser mais condizentes com os anseios da sociedade e que funcionem paralelamente à estrutura judicial, a exemplo do que acontece com o instituto da arbitragem.

5.3 DO TEMPO QUE SE OPERA A RENÚNCIA

Em relação à renúncia de direitos trabalhistas, deve-se distinguir o momento de sua ocorrência, ou seja, antes da formação do contrato, durante o curso do contrato ou após o seu término.

A indisponibilidade de direitos não há de ser confundida com seus efeitos patrimoniais. De fato, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, entretanto, os

efeitos patrimoniais desses direitos adquiridos podem ser transacionados e renunciados, sendo, pois, disponíveis.¹⁴³

Durante a vigência do contrato de trabalho, é latente a indisponibilidade dos direitos e, conseqüentemente, seus efeitos. Isso ocorre porque o empregado, ainda sob a influência e dependência financeira do empregador, será a parte mais frágil da relação, podendo ser ludibriado para renunciar aos seus direitos e, portanto, a norma faz-se presente de forma cogente, para evitar que tal situação se concretize. O mesmo ocorre durante o curso do contrato de trabalho. Entretanto, após o término deste, não há que se falar em influência do patrão sobre o empregado, podendo o trabalhador dispor sobre os direitos que entende serem devidos e transacioná-los.

Neste sentido, entendeu a juíza Maria Doralice Novaes do TST em julgamento de recurso de revista do TST:

[...] apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há de se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que o empregado não mais está dependente do empregador." TST, RR 1650/1999-003-15-00, 4ª. T. JUÍZA REL. MARIA DORALICE NOVAES, DJ 30.09.2005.

Para Ana Lúcia Pereira, se o Direito do Trabalho fosse totalmente indisponível, em todos os momentos, como poderia existir o instituto da conciliação prévia? E, do mesmo modo, o *parquet* não poderia atuar como árbitro, transacionando direitos, conforme disciplina a LC 75/1993, em seu art. 83, XI.

Vale ressaltar que há regras que preveem expressamente a disponibilidade de direitos adquiridos pela via laboral, mesmo naqueles tidos, em princípio, como indisponíveis, por exemplo, os previstos nos incisos VI e XIV do art. 7º da Constituição Federal. Esses dispositivos trazem regras relativas a salário e jornada, mas ressaltam que, na negociação coletiva, poderão ser dispostos de

¹⁴³PEREIRA, out./dez. 2009, p. 94.

forma em contrário, permitindo a transação dos mesmos.¹⁴⁴No âmbito trabalhista individual tem-se como forma de renúncia admitida por lei, a opção pelo regime do FGTS e a conseqüente abdicação da estabilidade decenal. Daí porque os direitos trabalhistas que, inicialmente, apresentavam-se irrenunciáveis em função da tutela do Estado, são efetivamente disponíveis. E, sendo possível a transação ou renúncia de direitos disponíveis, configura-se a arbitrabilidade do dissídio trabalhista individual.

Entretanto, há doutrinadores, como Eustachio Ramacciotti, que argumentam sobre a impossibilidade da utilização da arbitragem na resolução de conflitos trabalhistas individuais. Para o autor, a arbitragem prejudicaria a massa trabalhadora, que não possui força de barganha diante dos empregadores, não podendo ser efetivamente independentes no procedimento arbitral.¹⁴⁵

Enfim, existem autores, como Mauricio Godinho Delgado, que acreditam que o direito laboral individual é irrenunciável, em qualquer momento, sob quaisquer circunstâncias. Hodiernamente, existem aqueles que afirmam ser, no período pré-contratual, a irrenunciabilidade absoluta, pois a antecipação dessa renúncia gera a presunção de inexistência de conhecimento das vantagens renunciadas.

No período contratual, também, se nega a possibilidade de renúncia ao empregado, pelos mesmos motivos da fase pré-contratual, além do mais, no curso da relação trabalhista é imperativo a efetiva proteção ao trabalhador, princípio básico que norteia o Direito do Trabalho. Mas, uma vez extinto o vínculo de trabalho, essa renúncia seria factível, por dois motivos: a) o direito a que faz jus o trabalhador se incorpora ao seu patrimônio jurídico, assumindo conotação econômica; b) a possível coação do empregador que restará findada.

O tempo que em que se opera a renúncia está diretamente ligado com a indisponibilidade de direitos. Durante a vigência do contrato de trabalho e durante o seu curso os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, e portanto,

¹⁴⁴ MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTR. 1998. p. 45.

¹⁴⁵ MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTR. 1998, p. 45. Citando Eustachio Ramacciotti, "Da impossibilidade da Utilização da arbitragem nas controvérsias individuais" Jornada do (º Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho, LTr edit. sob a coordenação de Amauri Mascaro Nascimento, p. 23/25.

indisponíveis. Contudo, após o término do contrato de trabalho, estes direitos poderiam ser disponíveis.

5.4 AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES E PESSOAS CAPAZES DE CONTRATAR

Cristiano Chaves¹⁴⁶ conceitua a autonomia da vontade “como voluntária submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade”, sendo a autonomia centrada em três princípios, liberdade contratual (livre estipulação do contrato), a intangibilidade do pactuado, que exprime a ideia de submeter-se ao que foi pactuado, e a relatividade contratual, o pacto é restrito às partes não atingindo terceiros.

Para que a arbitragem se perfectibilize é necessário que as partes manifestem voluntariamente e sem nenhum vício de consentimento a escolha pela via arbitral como forma de resolução de conflitos. Ao fazerem essa escolha, pressupõe-se que ambas as partes são sabedoras das vantagens e desvantagens do instituto e as suas consequências. As partes poderão escolher livremente o árbitro que irá decidir sobre o conflito e também legitimam e transferem para o árbitro a autoridade para resolver a questão.

Além da autonomia da vontade o indivíduo para contratar a via arbitral necessita ser capaz. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira,¹⁴⁷ “a capacidade está aliada a ideia de personalidade e ocorre quando a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para aquisição dos direitos e exercê-los por si mesmo, diretamente ou por representação.” O Código Civil, em seu art. 5º, estabelece que a pessoa adquire a capacidade para os atos da vida civil, quando completa a maioridade, portanto, em linhas gerais, qualquer trabalhador acima de 18 anos é plenamente capaz.

Não se deve confundir a incapacidade de contratar a arbitragem com a hipossuficiência de empregado. A hipossuficiência decorre de uma condição

¹⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos teoria geral e espécies**. 2. ed. v. 4, Jus Podium, 2012, p. 142.

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito civil: introdução a teoria geral do Direito**. 23. ed. Forense, 2009, v. 1, p. 225.

mais frágil do trabalhador em relação ao empregador. Essa hipossuficiência não impede a escolha da via arbitral pelo empregado, desde que essa escolha seja livre de qualquer coação ou vício de consentimento, sendo preservado o equilíbrio entre o trabalhador e o empregador.¹⁴⁸

Aqueles que entendem que a arbitragem não pode ser aplicada aos dissídios trabalhistas individuais, o fazem, baseando-se no fato de que os empregados são hipossuficientes e, portanto devem ser protegidos do poder financeiro e influência do empregador, que os submeteriam a uma situação menos vantajosa. Ou seja, haveria uma observância obrigatória do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre o trabalhador hipossuficiente e o empregador.

Entretanto, aqueles que entendem que a arbitragem é perfeitamente aplicável aos dissídios trabalhistas individuais como Augesir José Carvalho Filho, salientam que a hipossuficiência do empregado não deve ser confundida com a incapacidade jurídica do sujeito, porque tutela e proteção não se confundem com a privação da capacidade negocial (atributo jurídico elementar de todo cidadão). Empregados de alto escalão, por exemplo, altamente especializados, bem informados que, pelo seus currículos, não teriam dificuldade em conseguir uma recolocação no mercado de trabalho, também estariam vetados de escolher a via arbitral, se fosse só levada em conta a subordinação ao empregador. Restaria cerceada sua autonomia da vontade, sua capacidade e, conseqüentemente, todas as vantagens decorrentes da escolha pelo juízo arbitral.¹⁴⁹

O que corrobora com tal entendimento é o projeto de Lei nº 406 de 2013, que tramita no Congresso Nacional, voltado à alteração da Lei de Arbitragem (9.307/1996). O texto acresce um § 4º do art. 1º da Lei, com a seguinte redação: “Desde que o empregado ocupe ou venha ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho, poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o

¹⁴⁸ PEREIRA, Ana Lúcia, out./dez. 2009, p. 93.

¹⁴⁹ FAVA, Marcos. **A arbitragem como meio de solução de conflitos trabalhistas**: aspectos da arbitragem institucional, 12 anos da Lei 9.307/1996, [...]: Malheiros, 2008, p. 327.

empregador tomar iniciativa de instituir a arbitragem, ou se concordar, expressamente, com sua instituição”. A Justificativa anexa ao Projeto estabelece que “em contratos trabalhistas, aqueles que ocupem cargos de elevada hierarquia nas grandes empresas poderão optar pela arbitragem, desde que deem início ao procedimento ou concordem expressamente com a sua instituição pelo empregador.”

Ressalta Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira¹⁵⁰ que este projeto de lei não inclui o trabalhador hipossuficiente, alvo de toda a estrutura normativa e doutrinária trabalhista. Esse projeto volta-se para aquele trabalhador que tenha uma envergadura tal, na estrutura empresarial, que possa ter um embate com o empregador de igual para igual.

A realidade das relações laborais é diversificada. De fato a grande massa de trabalhadores encontra-se numa posição de hipossuficiência, mas esta hipossuficiência não se confunde com a incapacidade para contratar. O trabalhador é capaz e pode, sim, contratar a via arbitral, entretanto esta contratação deve ser vista com cautela pela sua dependência econômica e financeira, e não por uma questão de capacidade. Já o empregado que detenha maior peso na estrutura empresária e amplo discernimento, o instituto da arbitragem pode ser utilizado sem restrições.

5.5 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Como já explicitado no capítulo 3 deste trabalho, a convenção de arbitragem é gênero das espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral, e está prevista no art. 3º da Lei de arbitragem. Pela convenção de arbitragem, as partes manifestam o seu desejo de resolver o possível conflito, pela via arbitral, isso se dá pelo Princípio da Autonomia da Vontade. As partes, ao se depararem com direitos patrimoniais disponíveis, podem fazer a opção de solucionar o conflito, através do Poder Judiciário, ou mediante o júízo arbitral. No momento em que a escolha seja pela arbitragem, faz-se necessário celebrar a convenção de arbitral.

¹⁵⁰PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Arbitragem no Direito individual do trabalho: conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**, 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.104.

As condições de validade da convenção de arbitragem são que ela seja escrita e assinada pelas partes capazes e legitimadas, que o objeto seja lícito e passível de transação, ou seja, se refira a direitos patrimoniais disponíveis. A convenção arbitral não pode ser genérica, devendo estar ligada a uma relação jurídica específica. A convenção de arbitragem é autônoma, ou seja, apesar de estar ligada a uma situação jurídica específica, ela tem total independência desta, pois, mesmo que o negócio jurídico ao qual está ligada, seja considerado nulo, não quer dizer que a convenção será nula.¹⁵¹

Segundo Isabele Jacob Morgado, a cláusula compromissória é uma estipulação prévia, firmada antes mesmo da ocorrência de litígio entre as partes. O compromisso, por sua vez, dá-se somente após o advento do conflito. Tanto uma, quanto o outro são meios capazes de instaurar o procedimento arbitral e, portanto, dotados de força para afastar a jurisdição estatal¹⁵²

A cláusula compromissória é estabelecida no ato da formalização do contrato. Nesse momento, o conflito é, ainda, inexistente, mas pode vir a surgir. Esse conflito está no rol das possibilidades, da expectativa de existência de um possível futuro litígio. Isso significa dizer que uma cláusula compromissória, inserida em um contrato, poderá não ser utilizada, somente o será, quando do efetivo aparecimento do dissídio. A Lei de Arbitragem não se manifestou rigorosamente acerca das condições para a implementação da cláusula compromissória, deixando em aberto, para que as partes estabelecessem livremente suas condições, entretanto, é imprescindível que dois requisitos sejam observados, quais sejam, as condições de forma e arbitrabilidade.¹⁵³

O contrato de trabalho é um contrato de adesão. O trabalhador (aderente), no momento da contratação, fica vulnerável ante a necessidade de empregar-se, assinando “qualquer” papel que lhe for colocado à frente. Deduz-se que se, neste momento, o empregador impor ao trabalhador um contrato de trabalho que contenha cláusula compromissória para, em caso de futuro conflito, as partes deliberarem pela via arbitral, este o assinará. Assim, de forma patente, fica

¹⁵¹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A convenção de arbitragem**: MESC's Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 85.

¹⁵² MORGADO, 1998, p. 47.

¹⁵³ VILAS-BÔAS, 2008. p. 86/88.

configurado o vício de consentimento e, conseqüentemente, ao inferir-se nesse vício a cláusula compromissória será nula. No futuro, não poderá o empregador, de posse da cláusula assinada, exigir o seu cumprimento. Por isso, parte da doutrina, como Ana Lúcia Pereira entende, a cláusula compromissória assinada, no momento da contratação do empregado, não tem validade, pois é eivada de vício de consentimento.¹⁵⁴ Resta claro que esta consideração é plausível e deve-se ser considerada.

Já o compromisso arbitral, é manifestação voluntária das partes em delegar à arbitragem a solução para um conflito existente, já posto, já determinado. No caso, o empregado dispensado entende, por exemplo, que ainda há valores a serem recebidos do seu antigo empregador e ambos, de comum acordo, escolhem a via arbitral para solucionar esta divergência. Como o empregado, após o desfazimento do vínculo empregatício, não está mais sob a influência do seu empregador, poderá ele optar pela via arbitral. Esse consentimento não será viciado, pois o trabalhador estará liberto de qualquer tipo de pressão que poderá ser exercido pelo empregador. Neste sentido, é aceito que o compromisso arbitral possa ser utilizado para resolução de dissídios trabalhistas individuais.¹⁵⁵

Em suma, a escolha da arbitragem poderá ser feita para a solução de conflitos trabalhistas individuais. Entretanto, a escolha da espécie de convenção arbitral é que terá que ser feita de forma restrita. Não será permitido o uso da cláusula arbitral, pelo risco de vício de consentimento que essa opção implica, entretanto, o compromisso arbitral é aceito, pois não há que se falar em dependência do empregado pelo empregador que possa macular o consentimento daquele.

Se o trabalhador, capaz de contratar, opta por solucionar uma divergência, mediante o instituto da arbitragem, estará ele exercendo sua liberdade de escolha dentro das hipóteses ofertadas pelo ordenamento jurídico. Após a extinção do contrato de trabalho, a vulnerabilidade e a hipossuficiência que justificam a proteção que a lei impõe ao trabalhador, durante a vigência do

¹⁵⁴PEREIRA, Ana Lúcia, out./dez. 2009, p. 97.

¹⁵⁵PEREIRA, Ana Lúcia. out./dez. 2009, p. 99.

contrato de trabalho, deixa de existir, sendo factível a adoção da via arbitral para a resolução de conflitos trabalhistas individuais.

5.6A ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Como exposto em tópicos anteriores, os requisitos básicos para que se opere a arbitragem, nos dissídios trabalhistas individuais, são que se tratem de direitos patrimoniais disponíveis, autonomia da vontade das partes livre de vícios de consentimento e coação, além de a arbitragem ser instaurada por meio do compromisso arbitral.

5.7 A ARBITRAGEM E O EMPREGADO

Outra condição da arbitragem é a igualdade entre as partes. É preciso que tanto o empregado, como o empregador estejam em condições isonômicas. É sabido que o empregado é, presumidamente, hipossuficiente e, como tal, precisa de condições que o deixem em situação simétrica ao empregador. É fato, também, que a arbitragem não exige a participação de advogados, porém na arbitragem trabalhista, essa prerrogativa não se mantém. É imprescindível que o empregado, fazendo o possível uso do instituto, esteja sempre assistido por um advogado. Dessa forma, o equilíbrio e a igualdade são preservados.¹⁵⁶ A participação dos sindicatos trabalhistas seja dos empregadores, seja dos empregados é importante, pois tem a tarefa de defender os interesses de seus representados, com o objetivo de alcançar melhores condições para a categoria representada.

Dentre as várias atribuições do Sindicato dos empregados, uma delas é assistir o empregado na ocasião da rescisão do contrato de trabalho. A CLT, em seu art. 477 § 1º, disciplina que a rescisão somente será válida com a assistência do respectivo sindicato profissional. O cumprimento dessa exigência é fundamental, para que não haja vícios de consentimento de empregado, na possível escolha pela via arbitral. É indispensável que o empregado, com mais de um ano tenha sua rescisão devidamente homologada pelo Sindicato. A

¹⁵⁶PEREIRA, Ana Lúcia. 2009, p. 100/101.

partir desse momento, o empregado poderá escolher como resolverá seu conflito, se pela via judicial, ou pela via arbitral. Poderá, ainda, o sindicato dos empregados assistir o empregado na arbitragem, o que fortalecerá o empregado, tornando a relação capital e Trabalho mais equilibrada.¹⁵⁷

Existe a argumentação, para a não concordância com a arbitragem trabalhista de que os custos dela seriam elevados para o empregado, em comparação com a via judicial, que não há custo algum. Cabe esclarecer que as câmaras de arbitragem que realizam a arbitragem trabalhista, além de custos compatíveis com os valores de cada procedimento, o fazem sem nenhum custo para o empregado, pois o pagamento fica a cargo do empregador, independente do resultado da arbitragem. Segundo Ana Lucia Pereira, haveria, conseqüentemente, o questionamento se, ao pagar as custas integrais do procedimento arbitral, o procedimento ficaria viciado, pendendo o resultado para o empregador. Entretanto, a arbitragem é o mecanismo de meio e não de resultado na solução de conflitos e, portanto, o fato de o empregador ser o responsável pelo pagamento não implicaria um resultado favorável a ele, pois, se assim fosse, o Judiciário poderia estar sujeito à mesma desconfiança, já que o empregado por esse sistema não tem custo algum (salvo se a reclamação for totalmente improcedente e o empregado não for beneficiário da justiça gratuita) e a empresa tem seja como contribuinte, seja como responsável pelas custas do processo trabalhista.¹⁵⁸

De fato, o instituto da arbitragem não é incompatível com o dissídio trabalhista individual. Ao apurar as diferenças entre a irrenunciabilidade e a indisponibilidade, fica claro que a via arbitral pode ser considerada como forma de resolução de conflitos trabalhistas individuais, pois não afronta os princípios de proteção ao trabalhador hipossuficiente. Entretanto, considerando a posição desvantajosa da grande maioria dos trabalhadores, em relação aos empregadores, a arbitragem, nos dissídios individuais, deverá ser revestida de cautelas, para que não se transforme num meio de burlar as normas trabalhistas de proteção ao empregado, ou mesmo, imposição a este do meio alternativo de solução de conflito. Vale lembrar, que como já visto, que se a via

¹⁵⁷ Ibid., p. 101.

¹⁵⁸ PEREIRA, Ana Lúcia. out/dez. 2009, p. 103.

arbitral for imposta, e portanto, eivada de vício de consentimento deverá ser anulada.

6 CONCLUSÃO

Para o surgimento de embate no âmbito trabalhista basta que haja lesão do direito de uma parte ou outra, divergência de interesses e diferenças na interpretação e do alcance de uma norma ou mesmo a percepção da necessidade de mudança nas condições existentes. Estas situações são exemplificadoras da desarmonia que pode ser gerada entre empregados e empregador o que leva as partes a procurar o Estado para resolver tais conflitos.

A prestação jurisdicional oferecida pelo Poder Judiciário Brasileiro é morosa, e o acúmulo de processos sem resolução final abarrotam os tribunais e congestionam a justiça, o que acarreta inúmeros transtornos aos jurisdicionados e gera insegurança jurídica.

É inquestionável os benefícios alcançados com a utilização das formas alternativas de resolução de conflitos, dentre elas a arbitragem, em detrimento ao exclusivo acesso à justiça pelo Poder Judiciário. O objetivo maior do Estado deve ser a prestação jurisdicional de forma célere e eficiente com a efetiva pacificação social. Posiciona-se, aqui, a favor do incentivo da ampla utilização destas formas alternativas como meio de desafogar a justiça Brasileira, tornando as formas de resolução de conflitos menos engessadas, menos estatizadas.

Deve-se, contudo, ao incentivar estas novas formas de dirimir divergências, preservar os direitos conquistados pelos trabalhadores através de sacrifícios e lutas, caso contrário seria um retrocesso no âmbito dos direitos trabalhistas. Incentivar novas formas de resolução de conflitos trabalhistas não significa desamparar o trabalhador parte hipossuficiente da relação.

Não se pode olvidar que os benefícios decorrentes da utilização da via arbitral têm o condão de diminuir o tempo processual, pois a sua forma é mais simplificada sem os formalismos exacerbados da forma jurisdicional. Além disto, a arbitragem por não obedecer ao princípio do duplo grau de jurisdição não corre o risco de ter suas demandas sendo procrastinadas, o que

excepcionalmente pode acontecer nos casos previstos no art. 32 da Lei de 9.307/96.

Outra vantagem da arbitragem consiste na especialização dos juízes arbitrais que se conjuga com a livre escolha pelas partes, pois em um âmbito especializado a contenda tem melhores chances de ser resolvida adequadamente do que sê-lo por um generalista. Ocorre que a arbitragem tem suas limitações não sendo uma solução para todos os males, para qualquer tipo de demanda, mas dependendo da divergência existente o instituto poderá ser mais acertado do que a via jurisdicional contribuindo efetivamente para a harmonização das relações.

Ademais, a arbitragem foi expressamente autorizada pela Constituição Federal Brasileira para solução de divergências coletivas trabalhistas, em seu art. 114.

Acontece que com a aprovação da EC/04, foi alterada o art. 114 §2º da Carta Magna incluindo o comum acordo entre os dissidentes como pressuposto para ajuizamento do dissídio coletivo. Para alguns isto reduziu o Poder Normativo da justiça do trabalho equiparando os Tribunais a uma espécie de árbitro e com limitações no julgamento. A partir da análise dos conceito e fundamentos do instituto da arbitragem conclui-se que esta afirmação não se coaduna com o instituto da arbitragem mostrando-se desarrazoada, pois não há de se confundir pressupostos para ajuizamento da ação com o pressuposto do mútuo consentimento expresso através da convenção arbitral.

Além do que, na arbitragem existe a escolha do árbitro, terceiro imparcial, que irá dirimir o conflito, diuturnamente na via jurisdicional esta possibilidade é nula, pois as partes não escolherão o juiz. Sendo assim a emenda constitucional nº 45 não reduziu os Tribunais Trabalhistas a meros juízes arbitrais, se o seu poder normativo foi reduzido não foi em decorrência da arbitragem.

Em relação a utilização da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais não existe vedação expressa, tampouco autorização a sua utilização na Lei Maior. Ocorre que, a partir de uma interpretação sistêmica da legislação, faz-se concluir que o uso da arbitragem é possível para os conflitos trabalhistas individuais.

Levando-se em consideração que se a lei não proibiu, e não há vedação na Constituição, restaria, portanto autorizada a arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais. Pelo princípio do quem pode “o mais”, pode “o menos”. O instituto da arbitragem poderia ser usado nos conflitos individuais, pois se está autorizada para os conflitos coletivos, o segundo abrangeria o primeiro. Corroboram com este entendimento a utilização do instituto da arbitragem em outras legislações, como por exemplo, a Lei nº8.630/93 leis que disciplina o trabalho nos portos e a Lei nº 10.101/2000 que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados.

Ademais, a arbitragem só pode ser aplicada em relação aos direitos patrimoniais disponíveis e que envolvam partes capazes, e dizer que a arbitragem não se aplica ao direito do trabalho porque há envolvido direito irrenunciável é ser superficial, pois irrenunciabilidade e indisponibilidade são institutos diferentes. Vale ressaltar ainda, que o princípio da irrenunciabilidade não é absoluto haja visto o procedimento das Comissões de Conciliação Prévia.

Conclui-se que o tempo em que se opera a renúncia de direitos trabalhistas é de suma importância para a fixação ou não da possibilidade do uso da via arbitral, visto que a indisponibilidade de direitos não deve ser confundida com seus efeitos patrimoniais. É inegável que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, contudo os direitos patrimoniais advindos desses direitos podem ser transacionados. Portanto, após o termino do contrato de trabalho (tempo factível para se operar a renúncia) pode o trabalhador dispor sobre tais direitos cabendo a este exclusivamente a decisão de transacioná-los ou não.

Não é possível que se continue insensível ao fato de que uma causa trabalhista demore alguns anos para se chegar ao seu termo final. A demora na prestação jurisdicional constitui uma forma disfarçada de negar acesso à justiça aos empregados, gerando descrença nas instituições e revolta nos cidadãos.

Diante da hipossuficiência do trabalhador brasileiro, das peculiaridades das relações de trabalho e de emprego, não há que se opor a arbitragem como forma de solução de conflitos, porém não há como se aplicar de forma irrestrita o instituto para a resolução de qualquer conflito individual de trabalho. Entretanto para algumas espécies de contrato de trabalho em que o

trabalhador apresente uma hipossuficiência mais branda, como os altos empregados, a arbitragem poderá ser utilizada.

REFERÊNCIAS

BARROS, Aline Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho**. 5ª ed. ver. e ampl., ed. LTr, São Paulo, 2009.

BATISTA, Luís Olavo; MIRANDA, Sílvia Júlio Bueno. **Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, n 27, out-dez, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em 06 de maio de 2014

BRASIL. **Consolidação das leis do Trabalho**. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em 28 de setembro de 2014.

BRASIL. **Lei 9.307/1996** de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em 06 de maio de 2014.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

CALHEIROS, Renan. **Arbitragem e Mediação: meios alternativos de solução de controvérsias**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 10, vol.38, jul./set, 2013.

CALHEIROS, Renan. **Arbitragem e Mediação: presente e futuro**. Revista Jurídica Consulex. Ano 16, nº381, dez., 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 edver., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, Augesir José. **Arbitragem trabalhista individual**. Revista Visão Jurídica, n. 50. São Paulo. 2010

CHAVES, Mariana. **Da Convenção de Arbitragem: Efeitos e Responsabilidade pelo Descumprimento no Brasil e Portugal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual, nº51, Nov./Dez, 2012.

COSTA, Guilherme Soncini da. **Arbitragem**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, ano 11, n 68, Nov./dez., 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 9, vol.35, Out./Dez, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11^a ed. São Paulo: Editora LTR. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 8 ed. São Paulo: Editora LTR. 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 15ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº20110111045065 DF 0029102-15.2011.8.07.0001. 1^a Turma Cível. Rel. Simone Lucindo. Julgamento: 14/08/2013. Disponível em <www.tj-df.jusbrasil.com.br> acesso em 20 de abril de 2014

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos Teoria Geral e Espécies**. 2^a edição, vol. 4, ed. Jus Podium, 2012.

FAVA, Marcos. **A Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos Trabalhistas**. Aspectos da Arbitragem Institucional 12 anos da Lei 9.307/1996, ed. Malheiros, 2008.

FELTEN, Maria Cláudia. **O poder normativo e a exigência do comum acordo na Justiça do Trabalho: Uma análise pautada no princípio da proporcionalidade**. Revista Direito do Trabalho, ano 33, n 127, Jul./Set. 2007.

FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, ano V, nº 23, Jul-Ago e Set, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. Adrs. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11ed. São Paulo, editora Saraiva. 2014.

GRACIE, Ellen. **A importância da arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 4, n12, Jan./Mar, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 6 ed. São Paulo: Editora LTr. 2008.

LEMES, Selma Ferreira. **A Arbitragem e o estudante de direito**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 6, vol. 23, Out./Dez, 2009.

LORDELO, Paula Leal. **A exigência de comum acordo para a propositura do dissídio coletivo: inconstitucionalidade principiológica**. Jus Navigandi, Teresina, maio de 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos24378>> Acesso em: 03 out. 2014.

MALLET, Estevão Mallet. **Arbitragem trabalhista**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, n 25, Abr./Jun., 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4ªed. São Paulo, editora Saraiva. 2013.

MARTINS, Pedro A. Batista. **A Arbitragem no Brasil**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, vol.11, n.68, Nov/dez, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

MASCARENHA, Ana Carolina Fernandes. **Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de Litígios**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10785/1/Ana.pdf>> Acesso em: 06 mai. 2014.

MAYER, Larissa Affonso. **Métodos alternativos de resolução de conflitos sob a ótica do direito contemporâneo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n 2997, 15 de set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19994>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

MORAIS, José Luís Bolzan; SPENGLER Fabiana Marion. **A Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição**. 3ed. rev. e atual. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado. 2012.

MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo, LTR. 1998.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol.3. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho, 24ª edição, revista, atualizada e ampliada.** São Paulo, Editora Saraiva. 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Questões controvertidas de direito do trabalho (material e processual).** Belo Horizonte: RCJ Edições Jurídicas. 1999.

PAMPLONA, Rodolfo. **Atualizando uma visão Didática da arbitragem na área Trabalhista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n 700, 5 de jun. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos6831>> Acesso em: 28 set. 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO Marcelo. **Direito do Trabalho – 6ª edição, revista e atualizada de acordo com a EC nº 45/2004.** 6ªed. Rio de Janeiro, Editora Impetus. 2005.

PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Arbitragem no Direito Individual do Trabalho,** Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas, 1ed. LTr, São Paulo, 2014.

PEREIRA, Ana Lúcia. **Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais do trabalho.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 6, nº 23, Out/Dez., 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: Introdução a Teoria Geral do Direito.** 23ª edição, vol.1,ed. Forense, 2009.

PESSOA, Valton. **Manual de Processo do trabalho.** 4ª ed, Salvador, Editora Juspodium. 2011.

SALETTI, Leandro Costa. **Arbitragem.** Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, v11, n68, Nov/Dez. 2010.

SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº1.111.659-0. Rel. José Souza. Julgamento: 24/09/2002. Disponível em <www.tj-df.jusbrasil.com.br> acesso em 20 de abril de 2014

SCAVONE JR., Luis Antônio. **Manual de Arbitragem.** 4ed. rev. e atual. eampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. Ed. LTr, 5ª ed., São Paulo, 2012.

SILVA NETO, Manuel Jorge. **A arbitragem e o Ministério Público do Trabalho**. Revista do Ministério Público do Trabalho, ano 3, n 6, Brasília, 1993.

SILVEIRA, Verena Sapucaia. **A Aplicabilidade da arbitragem nas relações Trabalhistas**. Revista do CEPEJ, vol.11, Jul./Dez, 2009.

TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Convenção arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem)**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 11, vol.40, Jan./Mar., 2014.

SION, Alexandre; PAIVA, Giovani; GALAN, Mariana de Souza. **DisputeBoards: redução de judicialização de conflitos e subcontratos**. Sinonadvogados, p. 1 e 2. Disponível em: <Sinonadvogados.com.br> Acesso em: 22 de nov. de 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, vol.31, Out./Dez, 2011.

TUOTO, Rossana Cristina. FURTADO, Sebastião Antunes. **Arbitragem: uma via alternativa ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. Jurisprudência Brasileira Trabalhista, vol. 29, 1990.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A Convenção de arbitragem**. MESC's Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem, ed. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2008.