



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

BRUNA CRISTINA FERREIRA DE OLIVEIRA

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS
INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

SOUSA - PB
2010

BRUNA CRISTINA FERREIRA DE OLIVEIRA

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS
INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2010

BRUNA CRISTINA FERREIRA DE OLIVEIRA

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS
INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

Banca Examinadora:

Data de aprovação _____

Orientadora: Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

José Alves Formiga

Rubasmate dos Santos de Sousa

Dedico este trabalho àqueles que durante todo o período de estudo, estiveram ao meu lado, me apoiando e incentivando a superar obstáculos e dificuldades.

É dedicado a vocês, Eleneide (mãe), Eudes (pai), Beatriz (irmã), Bruno (irmão), Creuza (avó), Givanildo (tio) e Eliene (tia), Rosália (prima), Ranniele (prima), Ricardo (primo), Rannileide (prima), Brenda (prima) e Yvana Klava Siebra (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que durante estes longos cinco anos, me capacitou e fortaleceu para que eu alcançasse o meu sonho.

Aos meus pais. Em especial a minha mãe, mulher guerreira que embarcou comigo nesse sonho.

Aos meus irmãos: Beatriz e Bruno eternos amigos.

A minha família, por sempre me apoiarem em todos os momentos. Em especial agradecimento a minha avó Creuza.

Aos meus amigos: Ana Lis, Andréa, Clarisse, Daniele Lucena, Denise Vieira, Hugo Alencar, Vera, Viviane Cohen, Ilka, Taty, Yvana (*in memoriam*), Poli, Régis, Layane e Plínio por me acompanharem até aqui.

Em especial a Denise e Ana Lis, amigas insubstituíveis. Valeu amigas!!!

E a todos que de certa forma influenciaram minha formação. Em especial a Vanina de Oliveira, pela ajuda durante todo o curso.

Agradeço aos professores do Curso de direito da Universidade Federal de Campina Grande, pela dedicação ao transmitir suas experiências e seus conhecimentos nas diversas áreas

Agradeço a Professora Geórgia Graziela Aragão de Abrantes pelo insubstituível auxílio e orientação neste trabalho.

A universidade Federal de Campina Grande e a todos que a compõe, pela realização de um grande sonho.

Enfim, a todos os amigos que de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

“De tudo ficaram três coisas: a certeza de que estava sempre começando, a certeza de que era preciso continuar e a certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo, fazer da queda, um passo de dança, do medo uma escada, do sonho uma ponte, da procura um encontro.”

Fernando Sabino

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo vislumbrar as vantagens auferidas pela utilização do instituto da arbitragem como meio alternativo na resolução dos conflitos individuais trabalhistas, tendo em vista que a justiça laboral, hodiernamente sofre com a lentidão de suas decisões, ante o aglomerado número de processos que atualmente tramitam nesta seara do judiciário brasileiro. Neste contexto, elucidou-se demonstrar as diversas formas de solução de conflitos entre elas: Negociação Coletiva, Conciliação e Mediação, fazendo-se as distinções necessárias com o instituto da arbitragem com o fim de investigar as vantagens e a efetividade da utilização deste nos dissídios coletivos e individuais trabalhistas. Neste diapasão, destaca-se questões relativas à constitucionalidade da arbitragem, a importância do acesso à justiça, da flexibilização dos direitos trabalhistas, bem como, a aplicação da cláusula compromissória e o compromisso arbitral nos dissídios individuais trabalhistas. No que pertine à metodologia empregada optou-se pelo método indutivo e recorreu-se ao uso da pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e estrangeira e ao exame das decisões jurisprudenciais acerca do tema.

Palavras chave: Arbitragem. Conflitos Individuais Trabalhistas. Utilização. Vantagens.

ABSTRACT

The present work has the scope to glimpse the benefits afforded by the use of the institute of arbitration as alternative means of resolving individual labor conflicts in order that the work justice, in our times suffers from the slowness of its decisions, compared to the huge number of processes currently this harvest of the Brazilian judiciary. In this context, it is clarified to demonstrate the various ways of resolving conflicts between them: Collective Bargaining, Conciliation and Mediation, by making the necessary distinctions with the concept of arbitration in order to investigate the advantages and effectiveness of using this institute in the collective and individual labor bargaining. In this vein, it is highlighted questions concerning to the constitutionality of the institute, the importance of access to justice, and flexibility of the labor rights, as well as the implementation of the arbitration clause and arbitral commitment in the individual labor conflicts. In what concerns to the methodology, it was chosen for the inductive method, and resorted to the use of bibliographic research and examination of the jurisprudence decisions about the subject.

Keywords: Arbitration. Individual Labor Disputes. Use. Advantages. Ouvir Ler foneticamente

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS	12
2.1 Conflitos Trabalhistas	12
2.2 Autotutela	16
2.3 Autocomposição	18
2.3.1 <i>Negociação Coletiva</i>	19
2.3.2 <i>Conciliação</i>	21
2.3.3 <i>Mediação</i>	25
2.4 Heterocomposição	27
2.4.1 <i>Jurisdição</i>	28
2.4.2 <i>Arbitragem</i>	31
3 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM	35
3.1 Origens Históricas	35
3.2 Conceito	37
3.3 Natureza Jurídica	39
3.4 Classificação da Arbitragem	41
3.5 Institutos Afins e Distinções Relevantes	45
3.6 Características da Arbitragem	46
3.7 Constitucionalidade da Lei de Arbitragem	49
3.8 Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho	51
3.8.1 <i>Acesso à Justiça</i>	51
3.8.2 <i>Flexibilização dos Direitos Trabalhistas</i>	54
3.8.3 <i>Indisponibilidade de Direitos Trabalhistas</i>	55
3.9 Implementação da Arbitragem nos Conflitos Individuais: Compromisso Arbitral e Cláusula Compromissória	59
3.10 Aspectos Processuais Vantajosos da Arbitragem nos Conflitos Individuais Trabalhistas	63
4 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

O Estado, apesar do esforço dos legisladores em dotar o processo jurisdicional de maior efetividade, tem encontrado dificuldades em solucionar, de forma rápida e efetiva, os conflitos a ele trazidos. Outrossim, observando-se o atual panorama jurídico processual brasileiro, têm-se constatado o crescente aumento de ações junto ao Judiciário, inclusive na esfera do trabalho, sendo que este não possui estrutura para abarcar e solucionar tamanha demanda. Dessa forma, não obstante os esforços despendidos nesse sentido, não se encontrou ainda uma solução eficaz para esse problema.

Destarte, verifica-se a existência de meios alternativos para resolução de conflitos, quais sejam: a conciliação, a mediação, e a arbitragem. Consistindo esse último, em objeto precípua da Lei nº 9.307/96 a qual possibilita a substituição do Estado, em sua função julgadora, pela atividade de um árbitro privado.

Em síntese, pode-se afirmar que a arbitragem é um instituto capaz de solucionar conflitos com base na autonomia da vontade das partes, de modo que este encontra previsão constitucional, a qual possibilita a utilização de árbitros nos conflitos coletivos trabalhistas. Em contrapartida, sua aplicação nos dissídios individuais do trabalho não possui qualquer previsão legal, todavia, deve-se ponderar que aquilo que a lei não proíbe, tem-se por permitido.

Ademais, o instituto da arbitragem tem gradualmente conquistado espaço na resolução de conflitos, corroborando com a relevância do tema nos dias atuais. Dessarte, tal realidade torna imprescindível uma ampla e merecida discussão sobre o juízo arbitral. Neste ínterim, o presente trabalho possui por alicerce o instituto da Arbitragem, essencialmente no que tange à sua utilização nos conflitos individuais trabalhistas.

Pondere-se, que tal Instituto possui o objetivo primordial de quebrar as barreiras do formalismo do processo tradicional, fazendo uso de meios mais práticos, tanto que a informalidade, o sigilo e a celeridade são as características intrínsecas do mesmo.

Impende visualizar o instituto arbitral no contexto relacionado ao direito do trabalho e processual do trabalho, abarcando as principais divergências que circundam a utilização deste instituto, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pátria.

Diante do exposto, têm-se por objetivo elucidar questões referentes ao instituto da arbitragem desde seu nascedouro até a moderna concepção de suas características, tecendo comentários acerca de sua aplicação no direito brasileiro, bem como a nos conflitos individuais trabalhistas. Destarte, pretende-se verificar a utilização da arbitragem no direito processual do trabalho, assim como distingui-lo dos demais meios alternativos de solução de conflitos, ponderando-se os argumentos das correntes à favor e contra tal utilização.

No que pertine à metodologia empregada tem-se a opção pelo método dedutivo, que de acordo com a acepção clássica, parte do geral para o particular. O procedimento metodológico, por sua vez, consistirá na análise histórico-comparativa em conjunto com a exegese jurídica.

Para tanto, recorrer-se-á ao uso da técnica bibliográfica e documental, baseada na doutrina nacional e alienígena, bem como, em posicionamentos jurisprudenciais e artigos científicos da área.

O presente trabalho encontra-se estruturado em três capítulos: no segundo capítulo far-se-á uma abordagem das formas de solução de conflitos trabalhistas, tratando especificadamente de cada uma dessas formas. Elucida-se, pois, desde a autotutela até a heterocomposição, permeando-se os caracteres da autocomposição, no que tange à negociação coletiva, à conciliação e a mediação. Por fim, vislumbrar-se-á o instituto da arbitragem, meio heterocompositivo de solução de conflitos, que configura objeto essencial do presente trabalho.

No terceiro capítulo far-se-á abordagem à evolução histórica, conceituação, classificação e natureza jurídica do instituto arbitral. Segue-se elencando os institutos afins, as distinções imprescindíveis para o estudo do tema e as características intrínsecas à sua aplicação. Ademais, verificar-se-á a constitucionalidade do instituto, sopesando-se os argumentos contra e à favor e a posição do Supremo Tribuna Federal que veio pacificar a matéria.

O quarto capítulo, por sua vez, analisar-se-á os pormenores relacionados ao direito do trabalho e ao processo do trabalho, destacando a importância do acesso à justiça, bem como, a flexibilização dos direitos trabalhistas. Neste sentido, faz-se mister ressaltar que o acesso à justiça teve sua caracterização ampliada, transpassando seu aspecto constitucional de simples garantia.

A flexibilização dos direitos trabalhistas remete-se a busca de adequação das normas laborais à realidade social, e de modo algum simboliza um “enfraquecimento” do sistema protetivo direcionado ao trabalhador. Posteriormente, tratar-se á da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da implementação da arbitragem e dos aspectos processuais nos conflitos individuais trabalhistas, elencando, ainda as vantagens auferidas pelo litigante ante a escolha do juízo arbitral.

Tais vantagens figuram como diferencial em face da jurisdição estatal, pois como se comprovará oportunamente, as mazelas constantes nos processos judiciais não se repetem no juízo arbitral.

2 FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

É sabido que os conflitos originam-se do embate de interesses próprios da vida em sociedade. Esta coexiste com os mesmos, que uma vez presentes, precisam ser resolvidos.

O capítulo a seguir tem por escopo demonstrar com maior precisão, como esses conflitos ocorrem na sociedade, bem como, discorrer sobre as técnicas adotadas para que os mesmos sejam devidamente solucionados, de maneira que se estabeleça a paz e a harmonia entre os indivíduos.

Propiciará uma compreensão do tema em tela, com a ilustração das formas mais conhecidas de soluções de conflitos trabalhistas, tais como a autotutela, a autocomposição, a heterocomposição e suas subdivisões.

2.1 Conflitos Trabalhistas

A sociedade é composta por uma reunião de pessoas que buscam idéias comuns, interesses semelhantes e através de uma parceria, mutuamente se ajudam na concretização dessa conveniência. O homem como um ser racional sente a necessidade de viver em comunidade, agregando-se com seus pares, propiciando assim, por conseguinte, o surgimento de conflitos próprios da vida em sociedade.

A palavra conflito que vem do latim *conflictus*, possui o significado de embate, choque, luta de interesses contrários entre indivíduos ou grupos. É no campo das relações de trabalho em que se verifica a maior incidência de conflitos, pois, neste âmbito evidencia-se a dependência do empregado ao poder do empregador. Daí frequentemente, surgem os conflitos, tendo em vista, a repressão do mais fraco pelo mais forte, principalmente, quando aquele tenta provocar modificações e reivindicações por melhores condições de trabalho. Neste contexto, Nascimento (1998, p.314) relata:

O vocábulo conflito, de *conflictus*, que significa combater, lutar, designa posições antagônicas. Outra palavra usada é a controvérsia. Segundo a teoria, surge uma controvérsia quando alguém pretende a tutela do seu interesse, relativa à prestação do trabalho ou seu regulamento, em contraste com interesses de outrem e quando este se opõe mediante a lesão de um interesse ou mediante a contestação da pretensão, mas é possível dizer que o conflito trabalhista é toda oposição ocasional de interesses, pretensões ou atitudes entre um ou vários empresários, de uma parte, e um ou mais trabalhadores a seu serviço, por outro lado, sempre que se origine do trabalho e uma parte pretenda a solução coativa sobre outra.

Noutras palavras, o conflito trabalhista surge do embate de interesses na relação entre empregado e empregador, ou entre trabalhador e tomador de serviços, pois cada parte da relação possui necessidades diferentes, sendo que tal conflito explode quando uma das partes tenta satisfazer apenas as suas pretensões.

Insta a necessidade da cristalização do direito trabalhista, com a junção de normas que serão substrato para a tutela do direito nas relações em geral desse ramo especializado e a satisfação do empregado e empregador, na medida em que, cada um seja acobertado pela lei. O direito tem justamente essa finalidade, impedir que os conflitos que venham a surgir nas relações de trabalho não sejam esquecidos ou resolvidos de forma pouco justa, tendo por escopo de coibir o abuso de poder e dirimir as injustiças que são facilmente perceptíveis.

Outrossim, no que concerne ao direito do trabalho, parte da doutrina entende as expressões conflito, controvérsia e dissídio como tendo o mesmo significado. Contudo, não compartilha deste entendimento. Nascimento (2004, p.1075-1076) para o qual:

Conflito seriam uma oposição de interesses verificada numa relação que envolva duas ou mais pessoas; controvérsia seria um conflito sendo encaminhado a uma solução, que tanto pode ser judicial quanto extrajudicial, e dissídio, por sua vez, seria apenas o procedimento judicial de solução de um conflito.

Desta forma, o conflito seria o embate ou oposição de interesses e idéias entre um ou mais indivíduos, podendo também ser usado para designar o ponto de

discórdia entre trabalhadores e a entidade empregadora pela falta de acordo ou pela existência de divergências referentes às condições de trabalho.

Já a palavra *controvérsia* no dicionário Aurélio (FERREIRA, 2001, p.183), tem o significado de debate regular, contestação, polêmica. Contudo, a expressão usada pelo autor supracitado é empregada no sentido de oposição de interesses sendo levada a uma solução, através de discussões sobre as questões conflituosas, que por sua vez, pode ocorrer perante o Poder Judiciário, bem como, fora dele.

E por fim, a expressão *dissídio* significa dissidência, antagonismo, desinteligência. Entretanto, o termo é comumente utilizado para designar o procedimento judicial trabalhista na resolução dos conflitos.

Deve-se destacar, que o conflito trabalhista, por menor que seja o seu valor pecuniário, possui um grande significado para a parte que pleiteia sua solução, principalmente por representar conflito entre capital e trabalho. Ensina Giglio *apud* Carajescov (2010, p.29):

O conflito trabalhista se estabelece, por definição, entre partes desiguais, sob os aspectos social, cultural, hierárquico e econômico, pois ocorre sempre entre trabalhador subordinado e um empregador subordinante [...]. Acresce que, nos conflitos coletivos do trabalho, há sempre um grande interesse social em discussão, a par do econômico e, por vezes, do político [...]. Há autores [...] que lembram ainda uma outra característica, a despersonalização dos contendores, no sentido de que, subjacente a toda controvérsia do trabalho, até mesmo nos conflitos individuais, está a luta entre as classes trabalhadora e empresarial que caracteriza o nosso século.

Conforme o entendimento supracitado, os conflitos trabalhistas encontram-se associados às constantes evoluções econômicas e sociais em que a sociedade vive, proporcionando assim, novas necessidades e interesses para as partes da relação, fazendo-se sempre necessário a adequação das condições de trabalho à nova realidade.

Os conflitos trabalhistas para Celso Martins (2005, p.22) “possuem natureza específica e também tem sua conceituação dividida”. Ou seja, refere-se o autor a classificação em conflito individual e coletivo, bem como a sua natureza, onde se classificam em de direito, econômico-social, ou de interesse. Nesse ínterim assevera Nascimento (1998, p.42) que:

Os conflitos são classificados em conflitos individuais e conflitos coletivos, segundo o interesse em choque, de indivíduos singularmente considerados ou de um grupo abstratamente compreendido. Os conflitos coletivos envolvem pessoas não determinadas, mas unidas em torno de um ponto em comum. Os individuais envolvem pessoas determinadas agindo no interesse próprio, direto e imediato.

Destarte, pode-se dizer que os conflitos individuais são aqueles na qual se discutem os interesses do indivíduo de forma particular e específica, diferentemente dos conflitos coletivos, nos quais os interesses pertencem não ao indivíduo isoladamente, mas sim a toda uma camada de trabalhadores. Nesse contexto, faz-se oportuno o ensinamento de Mauro Schiavi (2008, p.28) para qual:

Na esfera individual há o conflito entre patrão e empregado, individualmente considerados, ou entre prestador e tomador de serviços, tendo por objeto o descumprimento de uma norma positivada, seja pela lei ou pelo contrato.

São considerados conflitos individuais aqueles denominados dissídios individuais trabalhistas, onde pleiteia-se ao judiciário tutela de direitos específicos, originados geralmente, de contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador.

Os denominados dissídios coletivos, por sua vez, tratam de interesses abstratos de uma determinada categoria, formada por um número indeterminado de pessoas, como bem explica Mauro Schiavi (2008, p.28):

Já o conflito coletivo trabalhista, também denominado de conflito de grupo ou de categorias, tem por objeto não somente o descumprimento de normas positivadas já existentes (conflito jurídico ou de natureza declaratória), mas também a criação de novas normas de regulamentação da relação de trabalho (conflitos de natureza econômica).

Diante do exposto, deve-se ressaltar que o objeto do conflito pode ser tanto de caráter jurídico como econômico. O primeiro denominado de conflito jurídico ou de natureza declaratória, tem como objeto apenas a interpretação de normas já existentes em contratos de trabalhos, ou leis aplicáveis à relação trabalhista. Já o

conflito de natureza econômica, tem como objeto a criação de novas normas, ou seja, visa à criação de novos direitos trabalhistas. Sobre o assunto, manifestou-se Nascimento (2004, p.1.088-1.089):

Os conflitos coletivos jurídicos têm por objeto a aplicação ou interpretação de norma jurídica. Portanto, diferem dos econômicos porque a divergência está em torno de direito positivo elaborado, o que não ocorre com os econômicos, nos quais a divergência reside no interesse em elaborar o direito. Assim, quando controvertem os trabalhadores com os empregadores sobre sentido de uma convenção coletiva de trabalho, sobre a correta ou incorreta aplicação de um regulamento de empresa ou de uma lei, o conflito é jurídico.

Dessa maneira, é correto afirmar que nos conflitos coletivos as divergências residem na aplicação ou na interpretação de uma norma jurídica, tendo como finalidade a declaração sobre o sentido de uma norma já em execução. Em contrapartida, os econômicos são os conflitos nos quais os trabalhadores reivindicam melhores condições de trabalho, neste, a finalidade é a obtenção de uma norma jurídica nova.

Diversos são os meios e vias possíveis de se buscar a solução para os conflitos surgidos no âmbito laboral. Dentre estes, destacam-se a autotutela, que consiste na resolução direta entre as partes pela imposição de um sobre o outro; bem como, a autocomposição onde a solução também é direta, mas realizada através do acordo; e por fim, a heterocomposição, onde a solução é dada por uma fonte suprapartes. Os quais serão apresentados nos tópicos a seguir.

2.2 Autotutela

A autotutela é uma das formas de solução de conflitos, onde uma das partes, busca impor a outra, de forma unilateral, a sua vontade. Percebe-se que, nesta espécie de resolução de conflitos, é permitido ainda que de maneira tênue, o uso da coação.

Impende destacar, que a autotutela também denominada de autodefesa é a forma mais antiga de solução dos conflitos, como bem destacam Cintra, Dinamarco e Grinover (2007, p.27):

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não haveria sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão [...].

Percebe-se que, nos primórdios da civilização, não existia um Estado, capaz de impor o direito acima da vontade egoística dos indivíduos, bem como, de promover a resolução de conflitos, cabendo as partes, por conseguinte, usar de sua própria força para satisfazer o seu interesse. Trata-se, portanto, de precário regime, pois não garantia a justiça, mas apenas a prevalência da vontade do mais forte, sobre o mais fraco.

Neste sentido são as lições de Delgado (2006, p.1.442):

A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê, a autotutela permite, de certo modo, o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses [...].

Diante do ensinamento exposto, entende-se que nessa forma de solução de conflitos, não há a figura de um terceiro estranho às partes para solucionar o conflito, cabendo as mesmas procederem a defesa de seus interesses.

Esta modalidade de solução de conflitos ainda se encontra presente em alguns dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não constitui a regra. Têm-se como exemplos de autotutela, no âmbito trabalhista, o locaute e a greve, aquele vedado pelo direito brasileiro. Já sobre a greve, faz-se imprescindível as lições de Delgado (2006, p.1442-1443) para o qual:

No direito do trabalho, a greve constituiria importante exemplo da utilização da autotutela na dinâmica de solução de conflitos coletivos trabalhistas, embora se reconheça que, raramente, ela completa seu ciclo autotutelar, impondo à contraparte toda a solução do conflito, pois o que ocorre, em geral, é que funciona como simples meio de pressão, visando ao alcance de mais favoráveis resultados na dinâmica negocial coletiva em andamento ou a se iniciar.

Partindo-se das premissas demonstradas acima, a greve por não completar seu ciclo não constitui uma forma de resolução dos conflitos, mas sim, um meio para se chegar à autocomposição ou à heterocomposição.

2.3 Autocomposição

A autocomposição é um método de resolução de conflitos, onde a questão controvertida é solucionada por ato próprio das partes envolvidas mediante ajuste de vontades. Nesta modalidade, um dos litigantes ou ambos, abrem mão ou por inteiro ou de parte de seu interesse. Pode ser considerada uma técnica superior à autotutela, haja vista, o não uso, pelo menos em tese, da coerção pelas partes envolvidas. Sobre a autocomposição preleciona Didier Jr.(2008, p.75):

É a forma de solução de conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social.

Destarte, configura-se a autocomposição pela solução pacífica dos conflitos, por vontade própria das partes interessadas, bem como, de sua iniciativa e realização. Entretanto, nada impede que haja contribuição de um terceiro, como ocorre, por exemplo, na conciliação e mediação.

Na autocomposição, as partes conflitantes chegam à solução do conflito, sem imposição de uma vontade sobre a outra. Contudo, observa-se, em uns casos, o despojamento unilateral de uma das partes em favor da outra, que pode se dá, pela

aceitação ao interesse daquela, ou, pela concessão recíproca por elas acordadas (DELGADO, 2006).

Consideram-se formas de autocomposição: a renúncia, a aceitação e a transação. A primeira caracteriza-se por não haver concessões recíprocas, mas, sim, unilateral, por parte do autor que abdica de sua pretensão a favor de outrem. A aceitação, por sua vez, verifica-se quando uma das partes envolvidas reconhece o direito da outra. Já, na transação, a solução é dada mediante concessões recíprocas. Contudo, é bom ressaltar que essas formas de resolução de conflitos podem ocorrer tanto dentro do processo (endoprocessual) como extraprocessualmente.

No âmbito laboral, por sua vez, vislumbram-se como formas de autocomposição: a negociação coletiva, conciliação e a mediação, as quais serão analisadas a seguir.

2.3.1 Negociação Coletiva

A negociação coletiva enquadra-se como uma das formas de autocomposição de dissídios coletivos, em que de um lado têm-se o representante dos trabalhadores e do outro o representante dos empregadores.

Busca-se através da negociação coletiva, gerir da melhor forma possível, os interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Neste interim, afirma Nascimento (2009, p.12) que a negociação coletiva é:

o procedimento pelo qual os interlocutores sociais, por suas representações sindicais ou não sindicais, discutem os seus problemas, visando aprovar um documento no qual estarão fixadas as normas, condições de trabalho e obrigações que assumem.

Ante o exposto, é correto afirmar que as normas utilizadas para a solução dos conflitos são criadas pelos próprios interessados, com o escopo de pôr fim ao conflito coletivo existente, pois estes decidem entabular negociações para chegar a uma solução viável para ambos os lados.

Impende destacar, que a negociação coletiva dá-se através de dois diplomas distintos, quais sejam: a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho.

A convenção coletiva é resultado de negociações oriundas das entidades sindicais, que tanto podem ser de empregados, como de empregadores, como bem dispõe o artigo 611 caput da Consolidação das Leis de Trabalho:

Art.611- Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

É de bom alvitre registrar que, embora de origem privada, as convenções coletivas, têm o poder de criar normas jurídicas autônomas, de caráter geral, aplicáveis a todos os empregados e empregadores, independentemente de estarem ou não representados por sindicatos do setor de atividade, em que a negociação se desenvolveu. Tendo como característica a produção de efeitos jurídicos não apenas entre as partes, mas também entre terceiros, que se submeteram ou venham a se submeter às condições estipuladas.

Já no que se refere aos acordos coletivos, pode-se, defini-los como ajuste de caráter normativo pelo qual, um sindicato representativo de categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, na esfera das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho. Tendo o acordo um âmbito de aplicação menor, em vista das negociações coletivas de trabalho.

Os acordos coletivos encontram-se previstos no §1º do artigo 611 da Consolidação das Leis de Trabalho onde dispõe que:

É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Esses acordos, não são aplicáveis a todas as categorias, mas sim apenas as empresas estipulantes. Haja vista, ser o acordo um ajuste entre sindicato dos trabalhadores e uma ou mais empresas, estes, restringe-se apenas ao pessoal da empresa que o fez com o sindicato, sendo que os efeitos alcançam apenas aqueles empregados que participaram o acordo.

Desta forma, pode-se ressaltar que tanto a convenção como o acordo coletivo têm por objetivo estipular condições de trabalho, as quais serão aplicadas aos contratos individuais dos trabalhadores, possuindo ambos, efeito normativo. Considerando-se como ponto diferenciador os sujeitos envolvidos, isso porque, o acordo só ocorrerá entre uma ou mais empresas e o sindicato da categoria profissional, já a convenção coletiva, ocorre entre sindicato da categoria profissional e sindicato da categoria econômica.

2.3.2 Conciliação

A conciliação também é uma forma alternativa de resolução de conflitos, a qual se realiza através do ingresso de um terceiro suprapartes, que tenta promover um acordo em torno do objeto litigioso, pondo fim à controvérsia.

Constata-se que as técnicas utilizadas na conciliação têm como finalidade facilitar o diálogo e a comunicação rompida entre os litigantes, de maneira que o conflito seja resolvido a partir de acordo construído pelas próprias partes. Ressalte-se que a solução do conflito, deve mostrar-se satisfatória para ambas as partes envolvidas, proporcionando a solução mais harmônica possível.

Sobre o assunto, manifesta-se, com propriedade, nos seguintes termos Cordeiro *apud* Carajeloscov (2010, p.41):

A conciliação caracteriza-se pelo decurso de negociação entre as partes na presença de uma terceira entidade - o conciliador - que procurará aplinar as dificuldades de modo a facultar um acordo. O conciliador - sobretudo quando isento e bem preparado - pode conseguir resultados importantes, saldando questões inúteis, fixando factos controversos ou ignorados [...]

Neste sentido, pode-se entender que a conciliação é um negócio jurídico por meio do qual, as partes resolvem por fim ao conflito de forma amigável, pois agem através de composição, guiados por um terceiro estranho ao conflito e destituído de poder decisório, que se encontra com as partes litigantes. Cabe, portanto, ao conciliador manter-se imparcial, não fazer propostas, mas sim ajudar as partes a chegarem a uma solução pacífica para o conflito existente.

Impende destacar que a conciliação tanto pode ser extrajudicial como judicial. A primeira é prévia ao ingresso da ação no Poder Judiciário, sendo geralmente, atribuída a um órgão colegiado que tanto pode ser sindical ou não. Nestes termos, mostra-se importante a figura da Comissão de Conciliação Prévia.

As Comissões de Conciliação Prévia são organismos ou instituições de conciliação extrajudicial, cuja finalidade é tentar conciliar os conflitos individuais trabalhistas, ou seja, promover o entendimento entre empregado e empregador, não possuindo poderes para julgar ou decidir a respeito de qualquer demanda.

O artigo 625-A da Consolidação das Leis de Trabalho dispõe sobre a criação das Comissões de Conciliação Prévia, onde determina que:

As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Neste sentido, é correto afirmar que as Comissões de Conciliação Prévia, constituem-se em um conjunto de pessoas, sem personalidade jurídica, que na condição de representantes dos empregados e dos empregadores, reúnem-se com o objetivo de tentar promover a conciliação de suas divergências, decorrentes da relação de trabalho, haja vista, não poder ignorar o caráter conciliatório da justiça trabalhista.

É de bom alvitre registrar que a Comissão de Conciliação Prévia a ser instituída no âmbito do sindicato, por força do artigo 625-C, a sua constituição e as normas de funcionamento deverão ser definidas em convenção ou em acordo coletivo.

Já o artigo 625-D da Consolidação das leis de Trabalho dispõe que:

Art.625-D qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

Nesse aspecto, é bom salutar que o artigo supracitado, provocou entendimentos divergentes sobre a obrigatoriedade ou facultatividade da apreciação do conflito individual trabalhista pela Comissão de Conciliação Prévia. Seria a apreciação por essa Comissão um pressuposto processual ou uma condição da ação?

Destaca-se a visão de Martins (2008, p.55):

Nota-se que o procedimento instituído representa condição da ação para o ajuizamento da reclamação trabalhista. Não se trata de pressuposto processual. Pressupostos de existência do processo são jurisdição, pedido e partes. Pressupostos de validade do processo são competência, ausência de suspeição, inexistência de coisa julgada e de litispendência, capacidade processual dos litigantes, regularidade da petição inicial e da citação (...).Se o empregado não tentar a conciliação,o juiz extinguirá o processo sem julgamento de mérito (267,VI do CPC), por não atender a condição da ação estabelecida na lei. Se não houve tentativa de conciliação na Comissão, não existe pretensão resistida e não há interesse de agir da parte em postular perante o judiciário. A reivindicação só poderá ser feita diretamente à justiça do Trabalho caso na empresa não exista a comissão nem tenha sido ela instituída no âmbito do sindicato da categoria, porque não haveria como se passar por comissão conciliatória.

Entende o autor supracitado, que o não cumprimento do disposto no artigo 625-D da CLT enseja a extinção do feito sem julgamento do mérito, por se tratar de uma condição da ação, e que, se não observada tal exigência faltaria, ao reclamante o interesse de agir. E mais, onde houver Comissão de Conciliação Prévia o trabalhador é obrigado a levar o conflito ao conhecimento desta, para fins de conciliação.

Entendem os que são adeptos da obrigatoriedade, que depois de estabelecida a Comissão, torna-se obrigatória a apreciação do conflito por esta antes de ingressar com a reclamação trabalhista no judiciário. E se a Comissão obtiver êxito na conciliação, é lavrado um termo que equivale a um título executivo extrajudicial, tendo eficácia liberatória geral, com exceção das parcelas ressaltadas

no documento. Por outro lado, em sendo frustrada a conciliação, a Comissão emite uma declaração às partes envolvidas, para que comprovem que a exigência legal foi observada, para que então seja possível ingressar com a ação no judiciário.

Entretanto, há de se observar que a lei não estabelece qualquer sanção no caso de seu não cumprimento, e nem menciona que a falta da tentativa de conciliação prévia caracteriza a carência de ação. Não havendo sanção, pode-se afirmar que não há obrigatoriedade. Assim, argumenta Souto Maior (2000, p.130-131):

Não se fixou, expressamente, que submeter-se à Comissão constitua condição para o ingresso em juízo, como havia no projeto de lei, e não há na lei, igualmente, uma penalidade específica para o descumprimento de tal procedimento, como também havia no projeto de lei. Não se pode entender que a 'declaração da tentativa de conciliação', mencionada no parágrafo 2º, do art.625-D, seja um documento indispensável à propositura da ação trabalhista, motivando a extinção do feito, sem julgamento do mérito, sem sua apresentação com a petição inicial, já que esta pena não está prevista na lei e trata-se de princípio hermenêutico a noção de que as regras de restrição de direitos não se interpretam ampliativamente; além do que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II do art.5º da CF). De qualquer modo, mesmo que a lei fosse expressa nesse sentido sua aplicabilidade estaria obstada por ferir a garantia do acesso à justiça, prevista no inciso XXXV do art.5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'".

Nesse sentido, é certo que, as tentativas de conciliação feitas mediante ao juiz do trabalho, supre a necessidade de conciliação perante a Comissão de Conciliação Prévia, haja vista, não ser equânime extinguir o processo por ausência de não julgamento do litígio quando não apreciado por aquela. Já que, tal extinção implicaria na inobservância dos princípios constitucionais, sobretudo o da inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXXV da CF). Sobre o assunto cabe destacar a seguinte ementa TRT 12º Região:

Comissão de conciliação prévia-Submissão do conflito-Faculdade. O art.625-D da CLT não estabeleceu nova condição da ação ou mesmo pressuposto processual, tratando-se apenas de faculdade do empregado. Pelo que, sua inobservância não acarreta a extinção do feito sem julgamento do mérito. (TRT 12ª R-3ª T.-ROV n.

3561/2004.018. 12.00-5-Ac. n.13.191/05-Rel^a Lúgia M.Teixeira Gouvêa-DJ 8.11.05-p. 195) (RDT n.12 de Dezembro de 2005).

Assim, é possível afirmar que a parte pode optar por procurar diretamente a Justiça laborativa, sendo facultativa a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia.

Já na seara Judicial, a conciliação é endoprocessual e acontece nas Varas do Trabalho, sob a direção do Juiz do trabalho. Conforme preceitua o artigo 764 e seu parágrafo 1º da Consolidação das Leis de Trabalho:

Art.764- Os dissídios individuais e coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

[...]

§1º Para os efeitos deste artigo, os juizes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

Com efeito, o dispositivo impõe nitidamente a conciliação aos dissídios individuais e também aos coletivos, para que sejam submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho. Ressaltando-se que, no Procedimento ordinário deve ser proposta a conciliação em dois momentos, a primeira que é obrigatória ocorre com a abertura da audiência (art.846 CLT) e, a segunda após as razões finais (art.850 CLT). Sendo que no Procedimento Sumaríssimo a conciliação pode ser tentada em qualquer fase da audiência (852-E, CLT).

2.3.3 Mediação

A palavra mediação provém do latim *mediare*, significa mediar, dividir ou então o meio de intervir.

No campo jurídico, mediação é um método de resolução de conflitos, na qual, um terceiro, mediador, exerce a função de aproximar as partes para que elas mesmas ponham fim ao conflito existente. Neste sentido, faz-se precisa a lição de Didier Jr. (2008, p.76) para qual:

A mediação é uma técnica não estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. [...].

Conforme o ensinamento acima exposto, pode-se afirmar que a mediação é uma das modalidades de resolução de conflitos por meio do qual, um terceiro chamado “mediador” se insere na relação jurídica apenas para aproximar as partes, fazendo com que elas mesmas cheguem a uma solução consensual do conflito.

A figura do mediador é indispensável para esta forma de solução de conflitos, pois, compete a ele propiciar as melhores condições para que as partes possam chegar a uma melhor solução. Assim, preleciona Carajelescov (2010, p.45) que:

[...] um terceiro, imparcial e estranho à lide, que, com sua capacidade de comunicação, utilizando métodos e formas de negociação, busca um de um denominador comum entre as partes, com vista a celebração de um acordo que satisfaça ambos e termine a disputa.

Destarte, o mediador nada mais é do que um facilitador, tendo a função de proporcionar às partes condições para que estas possam atingir uma solução para as suas divergências, ou seja, o terceiro tem a atribuição precípua de dar assistência às mesmas, objetivando a comunicação e o ajuste entre os litigantes, podendo ou não ocorrer o acordo. Compartilha do mesmo entendimento sobre o tema, Vezzula *apud* Flenik (2009 p.52-53):

A filosofia da mediação é que as pessoas envolvidas num conflito são as que melhor sabem como resolvê-lo. Por isso, o mediador é um profissional especialmente treinado para auxiliar essa negociação, investigando a fundo os problemas reais e ajudando a criar e a avaliar as opções de solução com critérios científicos que assegurem aos mediados que o acordo resultante será justo, equitativo e durável. Acrescente-se que o processo decorre com atenção especial aos relacionamentos entre mediados para que fortaleça e adquira a maturidade suficiente para um trabalho frutífero.

Assim, é possível dizer que a finalidade da mediação é a aproximação das partes, proporcionando um diálogo com o objetivo de resolver os conflitos com base no acordo de vontades. Tendo o mediador não a função de julgar e sim, o dever de

auxiliar as partes, compete-lhe apenas emanar sugestões, propostas e recomendações para uma solução equilibrada e que atenda às necessidades de ambos.

Destarte, cumpre diferenciar a conciliação da mediação, fazendo-se necessários os ensinamentos de Silva *apud* Carajelescov (2010, p.47):

A conciliação é caracterizada pela intervenção de um terceiro com o intuito de fazer chegar às partes a um acordo, embora essa intervenção tenha um caráter mitigado, pois não emite recomendações ou propostas de solução. Na mediação há a mesma intervenção de um terceiro, mas este já tem maiores faculdades, devendo, desde logo, apresentar uma proposta de solução de solução. Em qualquer destes casos-conciliação e mediação são as partes que decidem.

Dessa forma, pode-se dizer que, enquanto na conciliação busca-se aproximar as partes envolvidas, na mediação, além desta aproximação, tem o mediador a liberdade de apresentar sugestões, bem como, uma solução definitiva para o conflito existente.

2.4 Heterocomposição

Constitui um dos métodos de solução dos conflitos, através do qual as partes recorrem a uma terceira pessoa, estranha ao conflito, na tentativa de encontrar uma melhor solução para a controvérsia. Ocorre quando as partes, não conseguindo elas mesmas resolver a questão, optam por entregar a um terceiro, para que este intervenha. Nesta modalidade de resolução de conflitos, não há o uso da coerção por parte dos litigantes envolvidos. Entretanto, é possível o exercício da coerção por parte do terceiro imparcial, como no exemplo da jurisdição.

Sobre o tema, preleciona Nascimento (2009, p.07) que a heterocomposição:

É a solução dos conflitos trabalhistas por uma fonte suprapartes, que decide com força obrigatória sobre os litigantes, que, assim, são submetidos à decisão. Não se confunde com as formas anteriores, porque a decisão é suprapartes, enquanto na autodefesa e na

autocomposição há um resultado obtido pelas próprias partes, impondo-se ou compondo-se.

Assim, pode-se afirmar que a heterocomposição é uma das formas de resolução de conflitos, também utilizada no âmbito trabalhista, na qual as partes do dissídio não conseguindo chegar a uma solução, optam por entregar nas mãos de um terceiro imparcial, estranho às partes, a incumbência de decidir a pendenga, e no qual a decisão se torna obrigatória entre os litigantes. Destarte, a partir do momento que as partes resolvem delegar a um terceiro a função de solucionar o conflito, aquelas ficam submetidas à decisão imposta por este, que se torna lei entre as partes, na qual deve ser cumprida e respeitada por ambas.

Ademais, a heterocomposição se diferencia das outras formas de solução de conflitos, visto que, nessa há a figura de um terceiro imparcial que decide o conflito, enquanto nas outras duas formas: autodefesa e autocomposição, a decisão é obtida de forma direta pelas próprias partes (NASCIMENTO, 2009)

A arbitragem e a jurisdição são modalidades de heterocomposição, as quais serão analisadas a seguir.

2.4.1 Jurisdição

Na antiguidade, os homens resolviam suas divergências através da força, pois prevalecia o interesse do mais forte sobre a parte mais fraca da relação jurídica, fase esta em que prevalecia a autodefesa. Entretanto, com o passar do tempo juntamente com a evolução das civilizações, o Estado avocou para si a solução dos conflitos de interesses, como forma de pacificação social dos conflitos.

É sabido, que a jurisdição é o poder conferido ao Estado de solucionar conflitos de interesses não resolvidos extrajudicialmente, diferenciando-se dos demais poderes, por apresentar-se como uma das modalidades heterocompositivas na qual a solução é proferida pelo Poder Judiciário, sendo considerada a mais difundida e geral de todas, haja vista, não existir ordenamento jurídico que vede a sua utilização na resolução de conflitos, principalmente no âmbito trabalhista.

É mister ressaltar que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Assim preleciona Neves (2005, p.15-16):

Atualmente, a jurisdição é estudada sob três ângulos de análise: poder, função, atividade. A jurisdição entendida como poder estatal, mais precisamente de decidir imperativamente (o que em regra ocorre no processo ou fase de conhecimento) e de impor suas decisões (o que ocorre em regra no processo ou na fase de execução). Como função encara-se a jurisdição como o encargo de resolver os conflitos de interesses entre indivíduos gerando a pacificação social. Por fim, entendida como atividade, a jurisdição representa os atos praticados pelo juiz no processo visando atingir seus escopos.

Assim, é correto afirmar que a jurisdição caracteriza-se como poder, pela manifestação, em se fazer observar concretamente as normas estabelecidas, bem como, de impor imperativamente, aplicando aos casos concretos que são submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Já como função, tem a jurisdição o encargo de promover a pacificação dos conflitos, através dos órgãos estatais. E por fim, como atividade, jurisdição caracteriza-se pelo encadeado de atos praticados pelo magistrado no processo.

Na visão de Delgado (2003, p.207):

A jurisdição é o poder-dever conferido ao Estado de revelar o direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito. Pela jurisdição, o Estado declara o direito aplicável e o concretiza, dando solução ao conflito posto a seu exame. Sendo manifestação do *imperium* inerente ao Estado, que se funda diretamente na soberania, outro atributo estatal, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável diante de resistência descabidas a seu exercício regular. A jurisdição, como se sabe, exerce-se por segmento específico do poder institucionalizado do Estado, que é o judiciário. Os juizes e tribunais são agentes especializados para o exercício da jurisdição, que se faz em um estuário formal próprio, o processo judicial. O resultado da resolução do conflito pela via jurisdicional consuma-se por meio da sentença, que é o ato pelo qual o juiz decide a lide entre as partes processuais, através da aplicação do Direito ao caso concreto posto em exame.

Visto a lição acima sufragada, pode-se afirmar que a jurisdição é o meio de resolução de conflitos pelo Estado, este que se utiliza do seu poder imperativo de

decisão com a finalidade pacificadora de conflitos, diferenciando-se das suas demais funções como a legislativa e administrativa. Sendo a função jurisdicional aquela praticada pelo Poder Judiciário, onde há a aplicação da lei a um fato controvertido por meio de um processo, a qual ao final torna-se coisa julgada, substituindo definitivamente, a vontade das partes.

Na esfera trabalhista, a jurisdição encontra-se prevista em nossa Carta Magna, no artigo 92, inciso IV, bem como, no artigo 111 do mesmo diploma legal. É considerado um ramo especial do Poder Judiciário com atribuições previstas na Constituição Federal para decidir, questões provenientes da relação de trabalho, por meio dos órgãos integrados por juízes especialistas na área. Contudo, conforme estabelece o artigo 112 da própria Constituição brasileira, nas comarcas que não tenha jurisdição especial, as questões trabalhistas, serão apreciadas pelo juiz de direito que será investido na Jurisdição trabalhista. É assegurada também, a inafastabilidade do direito ao exercício da jurisdição este amplamente previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição onde: “A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo a todos a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional se assim necessitar.

É importante salientar que a justiça trabalhista é considerada uma das mais céleres e eficientes, uma vez que, prevalece no procedimento certa informalidade e uma maior facilidade de acesso por parte dos jurisdicionados, pois, qualquer uma das partes pode dar início ao processo, sem necessariamente estar acompanhada de advogado ou sindicato (art.839, a, CLT). Muito embora, pode-se afirmar que a verdadeira justiça estar ainda, um tanto quanto longe de se alcançar, por causa da lentidão na tramitação dos processos na justiça laboral, tendo em vista a quantidade exacerbada de reclamações trabalhistas ajuizadas diuturnamente, com o conseqüente aumento das pautas de audiência pendentes de realização. Assim, de acordo com o entendimento Flenik (2009, p.50) ocorre:

Por ser a demanda de ações infinitamente maior do que a capacidade estrutural de julgá-las, os processos acumulam-se nas várias instâncias, desde a vara do trabalho, que é a inicial, até o TST (Tribunal Superior do Trabalho) ou STF (Supremo Tribunal Federal) que são as últimas instâncias e as que recebem os casos mais complexos para reavaliar.

Pelo exposto, pode-se dizer que é evidente a necessidade de se buscar outras formas de solução de conflitos, e que essas possam ser céleres e acessíveis ao jurisdicionado. Muitos países já adotaram sistemas alternativos de soluções de conflitos que geralmente são paralelos à justiça estatal ou então dentro da própria justiça.

Nestas, têm-se a substituição da atuação do juiz estatal por um particular, que tanto pode ser pessoa física como jurídica. (SOUZA, 2004). Contudo, deve-se ressaltar que tais vias alternativas promovem uma modernização na própria justiça, e mais, não devem ser vistas como usurpadoras ou concorrentes da função estatal, mas sim, como aliadas na busca da justiça.

Destarte, a jurisdição trabalhista é composta por três sistemas de acesso. O primeiro é chamado de jurisdição trabalhista individual, o qual é utilizado para solução de reclamações individuais ou plúrimas, advindas das relações de trabalho. Já a segunda forma é a jurisdição trabalhista normativa, que se dá através do poder normativo, que por sua vez, é exercido originalmente pelos tribunais do trabalho, onde se busca a criação de normas trabalhistas destinadas às partes envolvidas no "dissídio coletivo". E por fim, a última via de acesso à jurisdição trabalhista, é a jurisdição trabalhista metaindividual essa destinada à tutela preventiva e reparatória dos interesses difusos, os coletivos *stricto sensu* e os interesses individuais homogêneos.

2.4.2 Arbitragem

A arbitragem, que constitui objeto do presente estudo enquadra-se entre uma das formas pacíficas e paraestatais de resolução de conflitos. Configura-se como um meio heterocompositivo, uma vez que a decisão é proferida por um terceiro estranho à relação jurídica.

É a arbitragem um meio privado de solução de conflitos, relativos à direitos patrimoniais disponíveis, onde as próprias partes selecionam um ou mais especialistas na matéria controversa, para decidir as disputas que existam ou que

venham a existir. A autonomia de vontade é um marca predominante em tal instituto, visto, ser dado às partes, a liberdade de escolherem as normas que regerá a solução do litígio, devendo o terceiro, "árbitro", obedecer às regras previstas em tais normas.

Na visão de Carmona *apud* Grinover, em artigo publicado na Revista Consulex, ano X, nº 245, p. 23:

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

Em suma, trata-se de um meio heterocompositivo e extrajudicial de resolução de conflitos, estabelecido por pessoas capazes, baseado na autonomia, uma vez que as partes elegem, por meio de regras por elas determinadas, uma terceira pessoa para solucionar as controvérsias, cuja decisão se equipara à prestada pelo Poder Judiciário.

É sabido que o conflito é resolvido sem intervenção jurisdicional, salvo se necessário a adoção de medidas cautelares ou de urgência. A sentença arbitral forma um título executivo judicial, podendo ser executada judicialmente. O instituto da arbitragem passou a ser regulamentado em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem), conhecida também como Lei Marco Maciel, devido ao projeto de lei ser da autoria deste Senador. Ressalte-se que esta lei implementa uma nova modalidade de solução de conflitos, com regras próprias.

Destarte, conforme o artigo 1º da Lei nº 9. 307/96: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Dispositivo este considerado de maior importância, sendo que todas as demais disposições da lei vinculam-se a ele, na medida em que o mesmo estabelece quais os casos em que a arbitragem se aplica.

A legislação brasileira não exige procedimento específico para o desenvolvimento da arbitragem, deixando a cargo dos interessados ou subsidiariamente, ao árbitro a escolha do regramento a ser seguido. Como versa o artigo 21º, caput, §§1º e 2º da Lei nº. 9.307/96 tal escolha só é considerada válida

quando de acordo com o artigo 5º, LX da Constituição Federal. Assim, prescreve a regra do artigo 21:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se as 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.

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

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

Com efeito, o procedimento arbitral é formado pelo conjunto de atos estipulados *inter partes* para a resolução de um conflito por um terceiro denominado árbitro. O Código Civil Brasileiro espelhando-se no Direito italiano tratou de forma especial sobre a liberdade de procedimento.

O surgimento da arbitragem é de significativa importância como instituto jurídico e meio alternativo ao Poder judiciário que tem por fim precípua alcançar, de forma célere e econômica, a mais justa composição de conflitos, representando o caminho mais adequado para cada caso concreto, a ela confiado.

Decerto a arbitragem, por ser uma forma alternativa na qual a solução dos conflitos é atribuída a um árbitro escolhido pelas partes, onde ele na maioria das vezes é uma pessoa de outra área, que não a jurídica, acaba por contribuir, em muito, para a obtenção de uma decisão mais adequada e com maior precisão.

Geralmente, em assuntos que exigem um conhecimento mais apurado e específico, em determinada área, a arbitragem é mais apropriada por ter sua decisão proferida por um especialista, naquele campo do conhecimento, se o fosse por um juiz, mesmo auxiliado por peritos não deteria o conhecimento aprofundado acerca do tema ou não conheceria as particularidades e práticas de determinadas situações concretas.

Daí a necessidade de se difundir cada vez mais a arbitragem como um mecanismo colocado ao lado da jurisdição tradicional, que se mostra totalmente eficiente para tratar de determinados tipos de conflitos contribuindo assim, para desafogar o Poder Judiciário.

Não obstante, hodiernamente, já se poderem enumerar casos que envolva o direito trabalhista e o instituto da arbitragem como forma de solução de conflitos. Têm-se, destarte, por pacífica a utilização do instituto em epígrafe nos denominados dissídios coletivos, pois coaduna-se que existe amparo legal e jurisprudencial para tanto.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 114, §1 "Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros." Há também previsão legal nos artigos 3º e 7º na lei nº 7.383/89 (lei da greve), e no inciso II, 4º da lei de nº 10.101/2000 (que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa).

Contudo, no que se refere à utilização da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas, percebe-se que perdura ainda certa relutância, visto não existir enunciado legal que disciplina tal matéria.

Tal temática, será melhor analisada nos capítulos seguintes.

3 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

A arbitragem consiste num mecanismo de resolução de conflitos no qual as partes escolhem um terceiro, denominado árbitro, para decidir questão contenciosa existente entre os mesmos. Outrossim, o juízo arbitral é um meio alternativo pertencente a forma heterocompositiva de resolução de conflitos.

Na seara internacional observa-se a utilização da arbitragem, principalmente no que tange questões oriundas do direito empresarial, não obstante em países denominados de primeiro mundo, como os Estados Unidos, verifica-se que o juízo arbitral é comumente utilizado no âmbito trabalhista, sendo inclusive a tutela estatal uma exceção.

Neste interim, abordar-se-á em seguida as questões inerentes ao instituto da arbitragem, desde sua evolução histórica até a sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Origens Históricas

Historicamente, a arbitragem é um mecanismo utilizado pelo homem desde seu surgimento na terra, como demonstram os documentos históricos e religiosos. Aduz-se que a sua aplicação remonta desde o ano 3000 a.C sendo assim, um dos institutos jurisdicionais mais antigos da história (ALEM, 2009).

No mundo grego, onde a cultura era pagã e politeísta, a maioria das pessoas se inspirava em deuses, seres estes dotados de sentimentos e condutas humanas, e que por vezes, resolviam as divergências de forma amistosa. Fato este que justificava a utilização do instituto, como forma de resolução de conflitos por esta sociedade. Observa-se que o procedimento arbitral grego era dividido em duas fases, sendo a primeira de caráter preliminar, destinado a obter a tentativa de reconciliação, em não ocorrendo esta partia-se para a segunda fase, onde iniciava-se o juízo arbitral propriamente dito, sendo a sentença proclamada, juramentada sob

forma de sacramento e publicada em placas de mármore ou metal (VALÉRIO, 2004).

Entretanto, deve-se ressaltar que nesta época já existia o processo judicial, sendo que o procedimento arbitral coexistia com aquele. Sobre o tema preleciona Venosa (2007, p. 535) que: “Era inculcada a idéia de que o árbitro visava à eqüidade, enquanto o juiz se prendia exclusivamente a lei, a noção que persiste na arbitragem moderna”. Situação essa que explica a importância da arbitragem nesta sociedade.

Em Roma, o procedimento arbitral era largamente utilizado, os árbitros eram escolhidos através de eleição pelas partes envolvidas no conflito. Sendo o procedimento arbitral desenvolvido em duas fases, a primeira denominada *in jure*, na qual era presidida pelo próprio magistrado, em que as partes acordavam em submeter à decisão ao árbitro e o escolhiam ou o juiz o nomeava; Já na segunda, *apud iudicem* nesta fase o juiz privado escolhido pelas partes decidia o conflito de interesses. Entretanto, deve-se ressaltar que a arbitragem nesta época, era facultativa, onde a decisão arbitral não tinha força obrigatória entre as partes, de forma que o lesado não possuía instrumento para exigir a execução forçada acordada, só depois na era de Justiniano é que a arbitragem veio a ser reconhecida como obrigatória.

Foi na idade média, que o procedimento arbitral ganhou um maior relevo segundo Venosa (2007 p. 536):

Sua reiterada prática pela igreja justifica seu sucesso. Da mesma forma, os senhores feudais, em corolário à hierarquia então imperante, recorriam à arbitragem numa época em que o sistema judiciário mostrava-se confuso.

Impende destacar, que o fortalecimento deste instituto deu-se pelo aumento da participação religiosa na resolução dos conflitos, entre diversos países. Época essa, em que surgiu a arbitragem internacional.

Foi após a Revolução Francesa, que a arbitragem passou a ser em alguns casos, de cunho obrigatório (FURTADO; BULOS, 1997).

É mister localizar a chegada de tal instituto em terras brasileiras. Têm-se notícia que a arbitragem adentrou no Brasil com as Ordenações Filipinas implantadas no ano de 1603 por Portugal. A matéria veio a ser melhor disciplinada

na Constituição do Império que aspirou dar-lhe forma e desenvolvimento, sendo inclusive, meio de solução de conflitos cíveis e penais intentados.

O Código Comercial bem como o Regulamento de nº 737, ambos de 1850 também trataram da matéria, onde instituíram o juízo arbitral para os conflitos de caráter mercantil e societário. Posteriormente, o Decreto 3.900,26 de julho de 1867 tratou em por menores do assunto e extinguiu a obrigatoriedade do juízo arbitral.

Já o Código Civil de 1916 trouxe a esperada regulamentação do compromisso arbitral, contudo, sem fazer menção à validade e à eficácia da cláusula compromissória estipuladas nos contratos.

O Código de Processo Civil de 1939, bem com o atual, abordaram o assunto. Contudo, não estipularam nada acerca da eficácia e exeqüibilidade da cláusula compromissória, tratando apenas do compromisso arbitral, acordado pelas partes para resolver litígios existentes (ALEM, 2009).

A Constituição de 1988 também tratou sobre o instituto em seu artigo 114, §§1º e 2º, nas disposições referentes aos tribunais e juízes do trabalho.

Ademais, a arbitragem teve seu ápice com a publicação da Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996, conhecida como Lei Marco Maciel, devido ao projeto de lei por autoria deste Senador. Tal lei passou a disciplinar de forma minuciosa o instituto da arbitragem no País, revogando-se assim, as normas sobre o assunto no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Outrossim, o atual Código Civil Brasileiro dedica unicamente três artigos ao compromisso, pois relega a matéria para a lei específica.

3.2 Conceito

Torna-se imprescindível antes de se conceituar o que vem a ser Arbitragem tecer breves comentários acerca de sua terminologia. Haja vista, ser a palavra Arbitragem muitas vezes, confundida ou empregada como tendo o mesmo significado do termo arbitramento, isto ocorre porque ambas derivam da mesma raiz etimológica, qual seja, "*arbiter*", que significa juiz louvado e árbitro. Contudo, estas

possuem significados completamente distintos, pois arbitragem é uma forma de resolução extrajudicial de conflitos, ao contrário do arbitramento que nada mais é que uma forma de liquidação.

Arbitragem pode ser conceituada como uma técnica empregada para resolver litígios, através de um terceiro escolhido pelas partes, denominado árbitro, cuja decisão equivale aos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos Órgãos do Poder Judiciário. Assim preceitua Martins (2008, p.60):

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos, feita por um terceiro estranho à relação das partes ou por órgão, que escolhido por elas, impondo a solução do litígio. É uma forma voluntária de terminar o conflito, o que importa dizer que não é obrigatória.

De acordo com o entendimento supracitado, nessa forma alternativa de resolução de conflitos, as partes optam por ver as suas controvérsias solucionadas por uma ou mais pessoas, que recebem poderes de uma convenção privada, na qual não há a participação do Estado. Compartilha do mesmo entendimento Carmona (2006, p.51) onde define:

A arbitragem-meio alternativo de resolução de controvérsia 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 destinado a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Em suma, pode-se conceituar a arbitragem como um instituto, capaz de solucionar conflitos através de uma convenção privada, baseada na autonomia de vontade das partes envolvidas, que elege um ou mais árbitros para solucionar as controvérsias, cuja decisão se equipara a prestada pelo Poder Judiciário, sendo então, de observância obrigatória para as mesmas. Ainda sobre o assunto, o autor português Francisco Cortez citado por Carajelescov (2010, p. 59) define a arbitragem como:

Uma forma de administração da iustica em que o litígio é submetido

juizamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio.

Neste sentido, pode-se afirmar que esse meio heterocompositivo de resolução de conflitos, corresponde a um conjunto de atos, que tem por escopo resolver os litígios de direito privado, em virtude de uma convenção entre as partes acordantes, onde os juizes são privados e escolhidos por aquelas.

3.3 Natureza Jurídica

Torna-se imprescindível conhecer a natureza jurídica da Arbitragem, visto ser através desta, que se estabelece a posição de tal instituto no mundo jurídico. Nas palavras de Figueira Júnior (1999, p. 152):

Assim, a natureza jurídica deve refletir a verdadeira expressão ontológica da matéria em estudo, levando-se em consideração os seus elementos constitutivos; qualquer esboço classificatório dependerá sempre da prévia e antecedente fixação da natureza jurídica do fenômeno, instituto ou instituição jurídica analisada.

Nesse sentido, vislumbra-se que com o conhecimento da natureza jurídica do instituto é possível determinar a sua essência, bem como, a sua classificação dentro do universo do direito. Contudo, a tarefa não é fácil, tendo em vista, não ser pacífico entre os doutrinadores, o entendimento acerca da natureza jurídica da arbitragem. Sobre o assunto preleciona Valério (2004, p. 27):

Nesse duelo jurídico digladiam-se, num extremo, os privatistas ou contratualistas, que vêem na arbitragem, ou no juízo arbitral, uma atividade de natureza privada desligada da função estatal de julgar e, no outro, os publicistas, que enxergam, nesse instituto, o exercício da jurisdição.

Neste contexto, pode-se afirmar que a teoria contratualista encontra-se embasada no caráter privado do instituto, essa teoria fundamenta-se no *pacta sunt*

servanda, em que as partes estabelecem um contrato onde se reportam à arbitragem num eventual conflito, devendo este ser cumprido pelos acordantes sob pena de intervenção do judiciário. Já, a teoria publicista vê a arbitragem como um perfeito processo judicial, no qual o Estado delega para um terceiro a função de dizer o direito. E ainda, pelo fato de ter como pressuposto a existência de um conflito e visar a solução desta, sendo desinteressada e inerte, a arbitragem teria caráter jurisdicional e não contratual.

Afirma ainda, com propriedade o mesmo autor sobre as duas teorias (*idem*, 2004, p. 27) que:

Na teoria da primeira corrente, privilegia-se o ato que deu origem à arbitragem, que é instituída através de um negócio jurídico de natureza privada concretizado na cláusula ou no compromisso arbitral. Os privatistas negam o exercício da jurisdição aos árbitros, alegando a existência de um monopólio estatal sobre ela. Além disso, apontam para a falta de poderes inerentes ao seu exercício, como o de coerção e o de execução, necessários para se impor sanções ou medidas cautelares, assim, a atividade arbitral não se concretizaria num processo, mas um mero procedimento.

Já no entendimento da segunda corrente, o aspecto teleológico da função do árbitro é o mais importante, sendo a arbitragem, do ponto de vista finalista, eminentemente pública. Os publicistas partem da premissa de que existem outras jurisdições além da exercida pelo Estado, cabendo aos árbitros, uma das espécies, aplicando-se, da mesma forma que na jurisdição estatal, uma regra geral em caso concreto.

Em outras palavras, os adeptos da primeira corrente não admitem a natureza jurisdicional do instituto, em virtude da decisão do árbitro não possuir força jurisdicional, visto ser, em essência, uma extensão do acordo estipulado entre as partes. Afirmam também, que em função do árbitro não possuir poderes de execução e de cautelaridade lhe faltaria investidura para tal fim, fato este, pelo qual, não se poderia reconhecer a natureza jurisdicional à arbitragem. Visto dispor o artigo 22, § 4º da lei de nº 9. 307/96 em que havendo necessidade de medidas cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao Poder Judiciário que seria competente para julgar a causa.

Já a segunda corrente, entende que tanto o árbitro como o juiz têm a função de julgar, ou seja, ambos possuem o poder de aplicar a lei ao caso concreto. E que

a jurisdição não se dá apenas no âmbito do Estado, podendo ser exercida pelo árbitro, mesmo que este não goze de condição de agente público. E mais, que a utilização da arbitragem se mostraria como uma verdadeira participação popular na administração da justiça, o que em hipótese alguma, descaracterizava o caráter público da atividade julgadora.

Impende destacar, que além da corrente privatista e publicista, é possível identificar outra corrente, qual seja, a mista ou híbrida em que nada mais é do que a fusão das outras duas teorias. Nesse sentido, sustenta a natureza mista da arbitragem Sérgio Pinto Martins (2008, p.61) onde argumenta que:

Na verdade, a natureza jurídica da arbitragem é mista, envolvendo o contrato e a jurisdição, em que as partes contratam com um terceiro para dizer quem deles tem o direito. A primeira fase da arbitragem é contratual, tendo por base a cláusula compromissória, que decorre do acordo de vontades. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie.

Diante o exposto, pode-se ressaltar que para essa corrente, a arbitragem possui aspecto contratual, pois as próprias partes constituem um juiz privado para resolver o conflito, em que este exerce poderes jurisdicionais reconhecidos pelo Estado, cuja decisão possui coercibilidade para as partes, constituindo título executivo judicial.

Outrossim, é possível afirmar que a natureza jurídica da arbitragem possui tanto caráter contratual, quanto jurisdicional. Entretanto, no que diz respeito a esse aspecto, percebe-se que não há uniformidade doutrinária.

3.4 Classificação da Arbitragem

Necessário se faz classificar a arbitragem para melhor buscar a compreensão de tal instituto. Ademais, ressalte-se que o presente estudo não exaure todas as classificações existentes acerca da arbitragem.

Quanto ao modo, a arbitragem pode ter caráter voluntário ou obrigatório. A primeira foi adotada no Brasil e consagrada pela Lei nº 9.307/96, sendo a arbitragem

facultativa e ajustada livremente pela exclusiva deliberação das partes envolvidas. Constituindo assim, a verdadeira arbitragem, onde os próprios interessados, livremente, escolhem esta forma de resolução de conflitos, possuindo, ampla liberdade para escolher os árbitros e o procedimento a ser seguido. Nas palavras de Rocha (1998, p. 38):

No Brasil, a arbitragem é essencialmente facultativa ou voluntária, como vimos ao tratar de suas relações com a Constituição. A arbitragem obrigatória violaria vários preceitos fundamentais da Magna Carta, principalmente a garantia do acesso ao Judiciário. Daí sua Admissibilidade.

Sobre o entendimento exposto, é correto salientar que o Brasil adotou a arbitragem facultativa, em observância ao princípio da indeclinabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Quando não respeitado o referido princípio, o processo faleceria de constitucionalidade.

Já a arbitragem obrigatória é aquela compulsoriamente imposta pelo Estado, que decorre de lei ou decisão judicial, independentemente da vontade das partes, sendo esta, por conseguinte, uma forma de solução de conflitos que ofende amplamente o princípio do acesso ao Poder Judiciário.

Já quanto ao espaço ela pode ser interna ou internacional. Interna é aquela onde há atuação de apenas um único sistema jurídico, considerando a sentença arbitral interna, aquela proferida dentro do território nacional. Esta envolve apenas pessoas de um mesmo Estado e sociedade, sendo os interesses localizados naquele espaço, não necessitando da participação de entes estrangeiros, visto ser realizada por intermédio do árbitro com poderes apenas no respectivo Estado (DELGADO, 2003).

Já a internacional, é a que tenha sido proferida fora de nosso Estado. Nesse sentido afirma Delgado (2003, p. 210) que:

Internacional é a arbitragem que envolve sujeitos de distintos Estados e sociedades, em torno de interesses que escapam às fronteiras de um delimitado país, consumando-se por intermédio de árbitro cujos poderes abrangem os diferentes territórios de aplicação do laudo arbitral. Este tipo de arbitragem ocorre, regra geral, quanto a conflitos entre Estados, em que um terceiro Estado ou organismo internacional passa a atuar como árbitro. Ocorre também no tocante

a conflitos entre grupos econômicos ou outros sujeitos de direito que tenham presença significativa no mercado supranacional, solucionando disputas de interesses comerciais, tecnológicas, etc.

Neste contexto, a arbitragem internacional pode ser compreendida, como aquela utilizada para pôr fim às questões litigiosas de âmbito internacional e que tem por finalidade produzir efeitos principalmente, no estrangeiro, em razão de que as partes envolvidas no conflito pertencem a Estados diversos ou a matéria debatida tenha que se desenvolver no território de Estados distintos.

Quanto à forma de surgimento, a arbitragem pode ser institucional ou "*ad hoc*". A arbitragem institucional é aquela em que as partes recorrem a uma entidade arbitral, ou seja, o processo é administrado por uma instituição arbitral especializada, que fornece suporte durante todo o procedimento. Já a arbitragem *ad hoc* é aquela em que o procedimento é administrado pelas próprias partes envolvidas, sem o apoio de entidade arbitral, tendo às partes a liberdade de escolher o árbitro ou árbitros, que apreciarão o litígio, bem como, de determinar as regras procedimentais a serem seguidas no processo.

Segundo Rocha (1998, p. 39):

Do ponto de vista de sua organização, a arbitragem pode ser organizada pelas próprias partes (arbitragem *ad hoc*), ou por uma instituição arbitral. No primeiro caso, são as partes quem estabelecem as regras da arbitragem, respeitadas as disposições de ordem imperativa contidas na lei. Assim, nomeiam os árbitros, estruturam o procedimento etc. No segundo caso, tudo é estruturado por instituição específica, como tribunais ou cortes arbitrais etc.

Noutras palavras, a arbitragem será *ad hoc* ou avulsa quando o tribunal arbitral for instituído, e o processo arbitral definido e desenvolvido sem interferência da entidade arbitral, cabendo às partes definir as regras procedimentais, bem como, a escolha dos profissionais que participarão da arbitragem.

Já a arbitragem institucional, é a realizada por uma instituição responsável tanto pela administração, como pelo procedimento, onde as regras já são existentes e que devem ser observadas e escolhidas pelas partes no momento da celebração da convenção arbitral. Deve-se ressaltar que, a instituição pode intervir para suprir a falta de acordo das partes na designação dos árbitros, quer na prestação de apoio

ao desenvolvimento do processo, recebendo das partes uma taxa variável segundo o valor da causa.

Quanto ao fundamento da decisão, esta é estabelecida tendo em vista o artigo 2º da lei nº9.307/96 (Lei da arbitragem) onde reza: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. A arbitragem de direito é aquela em que o árbitro fica obrigado a dirimir o litígio aplicando as normas de direito positivo. Ao contrário da arbitragem de equidade, em que o árbitro tem discricionariedade para decidir segundo o seu entendimento de justiça, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto e não a lei. Para Furtado e Bulos (1997, p.27):

Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de oferecer ao árbitro o recurso da equidade, e não apenas de decidir pela lei. Ao invés, ele poderá, de acordo com a vontade das partes, escolher livremente o caminho para solucionar a pendência entre elas, desligando-se, inclusive, de ordenamento jurídico [...]
Através da equidade pondera-se, compreendem-se, sopesam-se e estimam-se os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em certas circunstâncias. Se o resultado prático está concordando com as expectativas das partes, tal norma deverá reger a hipótese concreta. Ao invés, caso a norma suscetível de aplicação, perante a hipótese intersubjetiva litigiosa, contrariar os valores, os anseios e as expectativas dos sujeitos envolvidos no compromisso arbitral, o árbitro jamais deverá aplicá-lo.

De acordo com o entendimento supracitado, compreende-se que através do recurso da equidade, às partes acordam sobre a desobrigação do árbitro de julgar os litígios, com base apenas em fundamentos jurídicos, mas sim, alicerçado em seu livre convencimento, possuindo, destarte, maior liberdade para decidir. Contudo, deve-se ressaltar que, tal discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade.

E por fim, quanto à liberdade de decisão do árbitro, esta pode ser de “oferta final” onde o árbitro fica limitado a optar por uma das propostas oferecidas por cada parte, sem a possibilidade de uma decisão mista, ou seja, que abarquem ambas as ofertas; Já a arbitragem “pacote”, por sua vez, consiste naquela onde as propostas devem ser analisadas conjuntamente pelo árbitro, possuindo este, maior flexibilidade; Por sua vez, a arbitragem medianeira é aquela onde o árbitro incumbido da função de solucionar a lide, atua inicialmente, apenas como mediador

buscando uma solução só, sendo esta frustrada cabe ao mesmo realizar a arbitragem propriamente dita; E por fim, têm-se a "arbitragem de queixas" conhecida também como convencional, a qual ocorre sem qualquer condição específica.

3.5 Institutos Afins e Distinções Relevantes

Feitas as distinções entre, a mediação, a conciliação e a solução jurisdicional, torna-se imprescindível distinguir o instituto da arbitragem de outras figuras afins, quais sejam: transação, a peritagem e o arbitramento.

A transação conforme o ensinamento de Monteiro (1994, p.32):

É um ato jurídico bilateral, através do qual os interessados extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas, fazendo mútuas e recíprocas concessões, de tal forma que o ato se caracteriza pela reciprocidade de ônus e vantagens e pela existência de litígio, dúvida ou controvérsia.

Assim, aduz-se que a transação é negócio jurídico, onde os interessados previnem ou terminam um litígio, mediante concessões recíprocas. Apesar de ambas serem formas extrajudiciais de solução de conflitos, diferenciam-se pelo fato de que na transação as partes interessadas resolvem por elas próprias as suas controvérsias, por meio de concessões mútuas, enquanto que no instituto arbitral, as partes assistem a um processo como demandantes, onde as divergências são julgadas por um árbitro.

A arbitragem também se diferencia da peritagem. Esta que para Delgado (2003, p. 28): "é a simples modalidade de prova, seja no âmbito extrajudicial, seja no interior do processo. Quem a realiza é o *expert*, profissional qualificado para o exame da matéria objeto da perícia. Concluída a diligência, a mesma integrará o processo a que serve". Não obstante os dois institutos em tela terem como ponto comum a intervenção de um terceiro estranho às partes na resolução dos conflitos, o ponto que os diferenciam é o modo em que se realiza esta intervenção. Já, que ao árbitro compete julgar, enquanto que, ao perito cabe informar, através do seu

parecer técnico sobre a questão (CARAJELESCOV, 2010). Outrossim, enquanto que o instituto arbitral funda-se na administração da justiça, a peritagem consiste em um meio de prova.

E por fim, a arbitragem também se diferencia do arbitramento, que apesar da semelhança de termos não se confundem. Já que o arbitramento consiste em um meio de prova que procura determinar o valor dos fatos ou coisas que se deseja avaliar ou estimar e que não vincula o juiz. Em contrapartida, a arbitragem é uma forma de solução de conflitos, conforme já exposto.

3.6 Características da Arbitragem

Partindo-se do pressuposto que a arbitragem refere-se à solução de conflitos entre as partes, mediante árbitros inerentes ao referido procedimento, as principais características no seu aspecto positivo são: a celeridade; informalidade do procedimento, confiabilidade, especialidade do árbitro, confidencialidade ou sigilo e flexibilidade.

Diante do retardamento dos diversos ritos legais previstos na legislação processual referentes ao processo judicial, que ultrajam a dignidade humana, torna-se profícuo destacar a celeridade do procedimento arbitral, que consiste na brevidade da declaração da sentença. Sobre a celeridade faz-se oportuna as lições de Flenik (2009, p. 100) onde preleciona que:

É voz corrente que um dos maiores atrativos da arbitragem é a agilidade de seu procedimento, que conduz a um resultado infinitamente mais rápido que uma ação judicial. É interessante destacar que as partes podem ter total controle sobre os prazos e etapas do processo, reduzindo-os ou dilatando-os, de acordo com suas conveniências.

Com efeito, é possível afirmar que a escolha pelas partes da solução do conflito através do juízo arbitral, traz a opção por um sistema que impera a regra da irrecorribilidade das decisões, o que torna a decisão mais célere.

Ainda sobre o assunto indispensável são as palavras de Carmona (1993, p. 71) onde afirma que:

Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tem condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a seguir, fica claro que muitos atos poderão ser simplificados a cada caso para evitar demora inútil.

Destarte, um dos pontos que torna o procedimento arbitral rápido é o fato de que cabe as próprias partes fixar o prazo de entrega da sentença final, pois, conforme o *caput* do artigo 23 da lei de nº9.307/96, caso as partes não estipulem nada acerca de tal prazo, a apresentação da sentença será de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Característica essa, que torna o instituto arbitral muito atrativo, visto, não precisar as partes ficarem na constante incerteza do momento em que seu processo seria julgado, como na decisão pelo Poder Judiciário.

A informalidade do procedimento, por sua vez, caracteriza-se pelo fato de os litigantes estipularem as regras aplicáveis no caso concreto, dispensando-se um rigor legal no seu processamento, não se enquadrando diretamente na questão de procedimento.

Acerca da característica da informalidade afirma Gagliano, e Pamplona Filho (2007, p.217) que: “Na arbitragem, busca-se o afastamento do procedimento quase “litúrgico” previsto legalmente para a obtenção da prestação jurisdicional, com a estipulação/escolha, pelas próprias partes, de regras aplicáveis ao caso concreto.”

É de bom alvitre ressaltar, que a característica da informalidade não significa a falta de seriedade, mas sim, a não realização de todos aqueles atos solenes que ocorrem pela via judicial. Não impedindo assim, os atos simples de alcançar os objetivos pretendidos pelas partes.

Outra característica da arbitragem é a confiabilidade, que é um dos requisitos indispensáveis àquela, pois, advém da vontade das partes na escolha do árbitro que decidirá suas divergências. Diante do exposto, não se afirma que os magistrados atuam de maneira ineficiente e promíscua, versa apenas que a confiabilidade invoca uma legitimidade que não é imposta pelo Estado, mas oriunda das partes.

No tocante à arbitragem, a especialidade do árbitro é de extrema importância, visto que o árbitro precisa ser bom e experiente na matéria que julgará, além de ser imparcial, ético e criterioso.

Decerto a arbitragem, por ser uma forma alternativa na qual a solução dos conflitos é atribuída a um árbitro escolhido pelas partes, onde ele na maioria das vezes é uma pessoa de outra área, que não a jurídica, acaba por contribuir, em muito, para a obtenção de uma decisão mais adequada e com maior precisão. Faz-se oportuna as palavras de Flenik sobre o assunto (2009, p.107-108):

Quando o objeto do litígio refere-se a uma questão técnica, os juízes se socorrem de peritos, que averiguam, analisam e proferem a conclusão, e é com base neste resultado que o julgador emite sua sentença. No juízo arbitral, sendo o árbitro um especialista na matéria que se debate, este procedimento pode ser economizado, fazendo às vezes do perito, o próprio árbitro. Reduzem-se custos, tempo, e o principal é que a decisão, ou a elaboração de um acordo é feita com conhecimento de causa. Em grande parte dos procedimentos, forma-se um "tribunal arbitral", que é composto por mais de um árbitro (geralmente três), e, sendo de áreas diferentes, o julgamento tem chances triplicadas de ser mais justo e coerente.

Dessa forma, entende-se que em temática que exige um conhecimento mais apurado e específico em determinada área, a arbitragem torna-se mais apropriada por ter sua decisão proferida por um especialista naquele campo do conhecimento, se o fosse por um juiz, mesmo auxiliado por peritos, não daria o conhecimento aprofundado acerca da matéria ou não conheceria as particularidades e práticas de determinadas situações concretas.

No juízo arbitral, há a predominância da confidencialidade ou sigilo, que constitui um ponto diferencial para as partes que dela se valem, pois o procedimento é sigiloso, ficando restrito ao conhecimento das partes, seus procuradores e árbitros.

Sobre o tema, o Desembargador do Estado de Goiás, o Dr. Vitor Barbosa Lenza afirma peremptoriamente em artigo publicado a Revista Consulex (2006, p. 35):

Em face do sigilo que caracteriza o sistema arbitral, o árbitro ou tribunal arbitral, ao exaurir seu mister proferindo a sentença não publica, mas científica as partes, terminando a sua função com a

sentença ou a resolução de erro material, obscuridade, dúvida ou contradição da sentença. (Consulex, ano X, nº222, 2006, p.35).

Ressalta-se, que a lei não impõe o sigilo, mas por ser um acordo celebrado pelas partes, somente a elas o processo deve servir. Contudo, nada impede que elas próprias divulguem seu andamento ou seu resultado, mas é vedado ao terceiro "árbitro", ou instituição arbitral fazê-lo.

No que concerne à flexibilidade, enquadra-se na possibilidade da não limitação do árbitro à lei, pois, permite ao árbitro se libertar da legalidade estrita, podendo dar à causa a solução que a seu juízo, represente a justiça no caso concreto, tornando assim, a decisão mais justa e equânime.

3.7 Constitucionalidade da Lei de Arbitragem

Cumprе destacar que o instituto da arbitragem evoluiu no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, muitos ainda questionam a sua constitucionalidade. Os debates ficaram ainda mais acirrados com a promulgação Lei nº 9. 307/9 - Lei de Arbitragem.

Nos termos do inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito." Ou seja, nenhuma lei poderá conter determinação de que os litígios decorrentes de assuntos por ela tratados, possam deixar de ser apreciados pelo Poder Judiciário, sob pena de ser considerada inconstitucional, e os interessados sempre terão o direito de recorrer e de ter acesso ao Poder Judiciário para resolver as eventuais controvérsias decorrentes da aplicação da lei.

Destarte, verificam-se duas posições acerca da constitucionalidade de tal instituto. Em uma das correntes encontram-se aqueles que argumentam que a Lei da Arbitragem estaria violando direito estabelecido na Constituição ao excluir da apreciação do Judiciário, a lesão ou ameaça de direito. Já a outra os defensores argumentam que a referida lei não estaria causando a mencionada exclusão, já que, a pessoa física ou jurídica pode sim, optar pela renúncia dos seus direitos

disponíveis. E mais, a utilização deste instituto não é compulsório e sim uma mera faculdade, e ensejadora da autonomia de vontade equilibrada entre as partes, que não tem o escopo de impedir o Poder Público ofereça ao particular a diligência devida. Sobre o tema torna-se indispensável às palavras de Reale, em seu artigo publicado na Revista de Arbitragem e Mediação (2005, p.11) ao afirmar:

Pois bem, somente uma errônea interpretação poderia ver na arbitragem uma violação desse mandamento, sobretudo nos termos em que a disciplina a citada Lei 9.307/96, que diversas vezes, prevê a interferência do juiz, quer para superar qualquer dúvida quanto à natureza efetiva de direitos patrimoniais disponíveis em discussão; quer porque é lícito às partes pleitear ao órgão do Poder Judiciário a nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos na Lei especial.

Desta forma, é correto afirmar que a lei da Arbitragem não impõe o juízo arbitral, e sim apenas faculta a sua utilização às partes, como uma das formas alternativas dentre outras, para a solução do litígio. Sendo necessário frisar que, se umas das partes não anuir com o uso da arbitragem, pode ela recusar o procedimento arbitral e exigir que seu litígio seja apreciado pelo Poder Judiciário, pois, nada obsta que a parte não satisfeita busque o judiciário e o seu poder irrefutável.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal em decisão plenária, proferida em 12/12/01, no julgamento do agravo Regimental, em homologação de Sentença estrangeira nº 5.206 (Espanha), declarou por sete votos a quatro, a constitucionalidade das normas mais controversas da Lei de Arbitragem, conferindo-lhe maior estabilidade na sua utilização como forma heterocompositiva de resolução de conflitos.

Desta feita, conclui-se que o presente instituto é amplamente constitucional, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, mostrando-se o presente instituto como instrumento apto à resolução alternativa de conflitos.

3.8 Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho

Têm-se que a utilização da arbitragem na resolução dos conflitos individuais trabalhistas ocorre entre um trabalhador ou diversos individualmente considerados e o empregador, com base no contrato individual do trabalho. Dessarte, difere-se dos conflitos coletivos devido aos sujeitos da relação, neste caso, empregado e empregador, em consenso, podem escolher o juízo arbitral como meio de dirimir as divergências existentes.

Ademais, serão tecidos adiante, breves comentários acerca da flexibilização, bem como sobre a indisponibilidade dos direitos trabalhista. As quais propiciarão uma melhor compreensão a respeito dos aspectos processuais da arbitragem, bem como, as vantagens oriundas da utilização do presente instituto.

3.8.1 Acesso à Justiça

O acesso a justiça pode ser entendido como uma garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, inserta no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Contudo, sua moderna concepção trouxe um sentido bem mais abrangente, servindo para designar não apenas o direito ao ajuizamento da ação, mas sim, como um instrumento apto a buscar a verdadeira pacificação social.

Assim, sob este prisma, o acesso à justiça deve ser compreendido no sentido de visar à satisfação das partes envolvidas, garantindo a elas um acesso amplo e irrestrito o que, por conseguinte, pode se efetivar através de formas não estatais de solução de conflitos.

Já que não se mostra suficiente para o jurisdicionado envolvido em uma lide judicial que o Estado diga apenas o direito aplicável ao caso concreto. Mas, sim, que este direito seja conferido materialmente a quem realmente tenha razão, e que a pretensão se torne efetiva por meio do mecanismo colocado à disposição da parte

vencedora, em consonância com os princípios constitucionais (FIGUEIRA JUNIOR, 1999).

É de se destacar, que o direito de acesso à justiça encontra-se ligado ao princípio da igualdade, no sentido de que, se todos são iguais perante a lei, a condição social não pode ser considerada como elemento de diferenciação na distribuição da justiça. Assim, o acesso à justiça deve corresponder à igualdade não apenas formal, mas também material.

Sobre o assunto faz-se imprescindível as lições Capelletti e Garth (1988, p.8) onde afirmam que:

[...] a expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Nesse sentido, é correto afirmar que o acesso a justiça é um direito fundamental de todos os indivíduos, não apenas do ponto de vista formal, mas também, como uma forma de efetiva pacificação social, ou seja, o acesso à justiça não deve ser compreendido apenas como acesso aos tribunais, mas sim, como forma de alcançar a solução do conflito de modo que esse seja efetivo.

Compartilha do mesmo entendimento Canotilho (2002, p. 433) ao afirmar que o acesso a justiça visa:

Não apenas garantir o acesso aos tribunais, mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdicção. Em termos gerais - e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade-, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar num prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada um das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras (Cf.Ac. TC 86/88,DR,II,22.08.1988). Significa isto que o direito à tutela jurisdicção efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicção equitativo-due process.

Destarte, o Estado tem por objetivo proporcionar a tutela jurisdicional célere, efetiva e de forma adequada. Lembrando-se que não basta a previsão do acesso à justiça no ordenamento jurídico, fazendo-se imprescindível, mecanismos que possibilitem a realização dos objetivos pretendidos pelo autor da demanda. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999).

Hodiernamente, o Estado tem viabilizado o acesso à Justiça através de garantias dadas aos cidadãos, para que possam exercer seus direitos de modo não apenas formal, mas também de forma efetiva, célere e equânime, o que pode dá-se inclusive, através de formas alternativas à jurisdição estatal, entre elas, a Arbitragem tema do presente estudo, visto encontrar-se o nosso Judiciário superlotado de processos, o que, conseqüentemente, vem ocasionando ocasiona a morosidade na resolução de conflitos. Sobretudo no Judiciário trabalhista em que o número de processos cresce exacerbadamente, aumentando, por conseguinte, as pautas de audiências a serem realizadas.

Entretanto, é importante destacar que parte da doutrina não admite o uso do instituto arbitral na resolução de conflitos individuais trabalhistas. Um dos argumentos é que tal instituto restringe o acesso amplo e irrestrito do trabalhador ao judiciário. Contudo, tal argumentação pode ser rebatida, visto possuir a arbitragem o mesmo propósito do que aquele buscado pelo Poder Judiciário, qual seja, o de decidir um conflito entre partes.

O instituto em estudo vem proporcionando soluções mais adequadas ao interesse das partes, além de ser considerada a forma de solução de conflitos mais célere e produzida por pessoas especializadas no assunto.

Assim, é possível afirmar que a utilização da arbitragem no direito do trabalho deve ser compreendida como uma forma de ampliar o acesso à justiça, conforme previsto em nossa Carta Magna. Mostra-se tal instituto não apenas como uma possibilidade de acesso à justiça, mas apresenta-se também, como uma garantia de obtenção de uma justiça equânime, em tempo hábil, não contendo a morosidade do trâmite processual estatal que inviabiliza o resultado justo pretendido.

3.8.2 Flexibilização dos Direitos Trabalhistas

É sabido que o ordenamento jurídico pátrio impõe certas limitações à aplicabilidade do instituto arbitral, como forma de resolução de conflitos na esfera trabalhista individual, tendo em vista matérias de ordem pública e direitos indisponíveis. Tornando-se assim, imprescindível, ante o exame da aplicabilidade ou não da arbitragem aos conflitos individuais trabalhistas, analisar a flexibilização das normas trabalhista.

O direito do trabalho como ramo jurídico especializado, possui como fim precípua, a tutela dos direitos dos trabalhadores, sendo constituído por um conjunto de normas, que em sua grande maioria, são de ordem pública e de caráter imperativo as quais criam direitos inderrogáveis à vontade das partes sobre as quais incidem.

Destarte, não se pode olvidar que a ciência jurídica, principalmente, na esfera trabalhista, suporta e requer alterações para se adaptar às transformações (econômicas, políticas, culturais e sociais) desta nova realidade.

Assim, a flexibilização do direito do trabalho surgiu exatamente dessa busca de adaptação as leis trabalhistas e às alterações sofridas pela economia e pelos meios de produção. Neste contexto, é bom salientar que o termo "flexibilização" em sua essência, opõe-se ao conceito de rigidez, ou seja, flexibilizar consiste exatamente em tornar menos rígido as normas que regulamentam as relações de trabalho.

Interessante questão é levantada por Flenik sobre em que situação seria possível haver ou ser aplicada a flexibilização ante o caráter imperativo de grande parte das normas trabalhistas. Afirma assim, a própria autora que a resposta encontra-se nas próprias leis, pois, a flexibilização mostra-se como instrumento de adequação às necessidades sociais. Haja vista, ser o direito trabalhista, um ramo da atividade jurídica extremamente dinâmico, o qual precisa sempre estar adequado às mudanças que a sociedade sofre, acompanhando a realidade laboral vivenciada em cada época. E mais, sustenta ainda a presente autora Flenik (2009, p. 25):

Afinal, flexibilizar direitos não significa revogá-los ou eliminá-los. Ao contrário, permite a manutenção dos direitos existentes, com a possibilidade das partes interessadas negociarem de forma diversa do que a lei dispõe se assim lhe for conveniente. E não contribui para o bem-estar do indivíduo, e nem assegura maior respeito a lei o império da vontade do Estado sobre a vontade do indivíduo, como queriam os defensores da inflexibilidade da lei.

Neste modo, a flexibilização no direito juslaboral pode ser compreendida como um mecanismo capaz de compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social, existentes na relação entre capital e o trabalho. Servindo como instrumento de adequação às necessidades das partes, bem como, favorecendo a possibilidade de prevenir e minorar os conflitos (MARTINS, 1997).

Entretanto, o que não se pode permitir, sob a égide da flexibilização das garantias trabalhistas é a mitigação de direitos adquiridos pelos trabalhadores em prol de interesses meramente econômicos.

Conclui-se, portanto, que diante o atual panorama da Justiça do Trabalho, que não consegue abarcar todas as demandas a ela incumbidas, mostra-se a flexibilidade como um instrumento apto na busca de modos alternativos de resolver conflitos, com observância no melhor direito.

3.8.3 Indisponibilidade de Direitos Trabalhistas

Faz-se oportuno, diante da análise da aplicabilidade ou não do juízo arbitral aos dissídios individuais trabalho, tecer breves comentários acerca da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Visto a Lei de nº 9. 307/96 (Lei de Arbitragem) possibilitar a utilização de tal instituto apenas se o litígio não for de caráter patrimonial indisponível, pois o artigo 1º da referida lei dispõe como requisitos obrigatórios, além da capacidade das partes para poder contratar o instituto da Arbitragem, que o objeto do litígio deve versar, necessariamente, sobre direitos patrimoniais disponíveis. Caracterizando tal requisito, como exigência necessária imposta pela lei arbitral.

Depreende-se como direito patrimonial disponível aquele suscetível de livre disposição por parte de seu titular, e mais, ao qual se possa valorar economicamente, e que seja passível de conversão pecuniária, ou seja, que possam ser doados, cedidos, negociados, livres de quaisquer ônus. Segundo Carmona (1993, p.48):

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

Noutras palavras, é correto afirmar que o direito patrimonial disponível é aquele ao qual o titular pode dele livremente dispor, transigir ou renunciar. Os quais não abrangem os direitos pessoalíssimos, os políticos e os direitos de natureza pública em geral, insuscetíveis de transação ou renúncia. Enfim, entende-se por direitos patrimoniais disponíveis, aqueles que têm valor econômico e que as partes podem dispor, trata-se de um poder de auto-regulação dos interesses, ficando limitada a esfera particular do indivíduo. Alcançando assim, todos os direitos ou bens que compõem o patrimônio das partes, sobre os quais existe a possibilidade de disposição, de acordo com suas vontades.

No âmbito trabalhista, a indisponibilidade dos direitos advém do caráter imperativo das normas de direito do trabalho. No qual, torna-se inviável ao trabalhador despojar-se, por sua própria vontade, de determinados direitos e vantagens que lhe são garantidos pela ordem jurídica e pelo contrato, assim, não é permitido que o trabalhador, seja por renúncia ou transação, possa dispor de seus direitos trabalhistas, sendo nulo o ato desse despojamento (DELGADO, 2006).

Todavia, é de salientar que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não possui a mesma austeridade e extensão. Sendo possível distinguir em indisponibilidade absoluta ou relativa. Na de caráter absoluto o titular não possui liberdade de dispor de seus bens ou direitos, já na relativa pode o titular, dispor de certos direitos em determinadas circunstâncias.

Sobre o tema faz-se necessária a lição de Maranhão *apud* Carajalescov (2010, p.107):

Em matéria de trabalho, a indisponibilidade dos direitos prende-se à natureza predominante dos interesses em jogo. Pode ser:

a) absoluta, quando a tutela legal do trabalho envolve, predominantemente, interesse público (salário mínimo) ou interesse abstrato de categoria (normas resultantes de convenção coletiva ou sentença normativa). Nesses casos, o interesse imediato e predominantemente tutelado não é o do indivíduo como tal, mas como membro de uma classe social ou de uma categoria profissional;

b) relativa, quando por ser o direito, em princípio, disponível, tutelando, predominantemente, interesse individual, cabe a seu titular a iniciativa de defendê-lo, como no caso do salário do contrato.

Diante dos ensinamentos acima supracitados, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas pode ser dividida em absoluta e relativa. A primeira é centrada no direito individual do trabalho, onde envolve direitos de interesse público, visto que o direito protegido não é apenas do indivíduo e sim de toda uma categoria, tendo como, por exemplo, o direito à assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, ao salário mínimo etc. Diferentemente dos de caráter relativo onde, o direito protegido diz respeito apenas a seu titular, e que não evidencia um padrão civilizatório geral, como no caso, do salário fixo pago ao empregado, já que esta modalidade salarial, pode ser alterada, desde que tal modificação não produza prejuízo ao trabalhador. Esta acontecerá quando o direito não estiver no patamar mínimo determinado pela sociedade, podendo ser objeto de transação desde que não haja prejuízo ao trabalhador (DELGADO, 2006).

Todavia, é de salientar que apesar das normas trabalhistas serem de ordem pública não obsta a adoção do instituto da arbitragem, visto que, a imperatividade das leis de trabalho não justifica a inaplicabilidade do referido instituto, quando no julgamento arbitral, haja estrita observância a tais características, pois a lesão à ordem pública é que seria inadmissível, e não se o objeto referir-se a uma questão de ordem pública.

Destarte, cumpre mencionar que alguns doutrinadores utilizam do critério da transigibilidade para determinar o conceito de disponibilidade de direitos. Assim, preleciona Yoshida (2003, p.181) que:

[...] a indisponibilidade se traduz na impossibilidade do detentor de um direito dele poder livremente dispor, ainda que através de transação. A transação se define como negócio jurídico através do qual as partes, mediante concessões mútuas, previnem ou terminam um litígio.

Diante do entendimento acima, é possível afirmar que não se pode dispor de direitos dos quais, não é permitido transigir. Contudo, sustenta parte dos doutrinadores que apesar dos direitos trabalhistas se mostrarem inicialmente como indisponíveis, podem-se configurar disponíveis, na medida em que, a transação e a renúncia se tornem possíveis, diante dos efeitos patrimoniais decorrentes desses direitos. Assim, compartilha do mesmo entendimento, Martins (2007, p.65) ao afirmar que:

Se não há mais contrato de trabalho entre empregado e empregador, não se pode falar que o trabalhador está sofrendo pressão do empregador para renunciar a verbas trabalhistas, principalmente diante do fato de que a controvérsia está sendo submetida ao árbitro.

Nesse sentido, o cabimento da instituição do juízo arbitral para solução de conflitos individuais do trabalho será possível no momento ou após a rescisão do pacto laboral, desde que o conflito tenha por objeto a discussão acerca de verbas de natureza efetivamente indenizatória. As controvérsias que tenham por objeto as verbas de natureza salarial, por sua irrenunciabilidade (e indisponibilidade), não podem ser submetidas ao juízo arbitral, haja vista a indisponibilidade constituir pressuposto de validade desse procedimento (art. 1º, da Lei n.º 9.307/96).

Assim, não obstante o caráter da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas, como analisado anteriormente, não há impedimento para a aplicação da arbitragem, contudo, a sua utilização será um tanto quanto restrita, por força da natureza do direito material tutelado, de modo que, apenas casuisticamente, mediante o criterioso sopesamento da supremacia do interesse público frente à autonomia da vontade em cada caso concreto, é que será possível afirmar se determinado conflito individual trabalhista poderá ou não ser, de fato, submetido ao juízo arbitral.

3.9 Implementação da Arbitragem nos Conflitos Individuais: Compromisso Arbitral e Cláusula Compromissória

A instituição da arbitragem como forma de solução de litígios oriundos de contratos trabalhistas, depende da existência de uma convenção de arbitragem, conforme preceitua o artigo 3º da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem): “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

A escolha pela arbitragem parte do princípio da autonomia de vontade, que pode ser tomada antes ou depois do conflito ou controvérsia referente ao contrato. Sendo assim, a convenção de arbitragem, constitui o gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies, e ambos são aptos a proporcionar a instituição da arbitragem. Assim, conceitua Strenger (1998, p.35) que a convenção de arbitragem:

É uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir-se a forma de cláusula compromissória num contrato ou a de uma convenção autônoma.

Neste contexto, é correto ressaltar que a convenção de arbitragem poderá consistir em um compromisso arbitral ou em uma cláusula compromissória. Esta se diferencia do compromisso arbitral pelo fato deste possuir como objetivo a solução de um litígio já existente enquanto aquela, inserida no bojo de um contrato, versa sobre controvérsias futuras e eventuais.

A cláusula compromissória, conforme o artigo 4º da Lei de Arbitragem pode ser entendida como uma convenção preparatória ou preliminar, onde as partes se obrigam no próprio contrato, ou em ajuste posterior, a submeter todas ou algumas das controvérsias que se originam da execução contratual. Esta deverá ser estipulada por escrito, podendo estar inserida em um contrato, que verse sobre

direitos patrimoniais disponíveis ou firmada separadamente, referindo-se ao contrato principal.

Já o compromisso arbitral, conforme previsto no artigo 9º da Lei de Arbitragem constitui um negócio jurídico de natureza contratual, por meio do qual, as partes submetem ao procedimento arbitral um litígio já existente, cujos traços encontram-se previamente definidos. Sobre o tema Furtado e Bulos (1997, p.47) prelecionam que:

Já o compromisso é o veículo do juízo arbitral. É o negócio jurídico por meio do qual as partes em litígio se submetem à decisão de um ou mais árbitros, sobre suas controvérsias. É o ato pelo qual as partes em dissídios resolvem constituir o juízo arbitral, fixando-lhe o objeto, e escolhem o árbitro. Por ele as partes se comprometem a acatar o decidido.

Compreende-se que o compromisso arbitral se consubstancia na convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a submeter à decisão dos árbitros por elas indicados. Assim, trata-se de um contrato de direito privado sempre pactuado posteriormente ao litígio surgido entre as partes, que poderá ser celebrado em juízo ou extrajudicialmente, celebrado por escrito, por meio de instrumento público ou particular, exigindo-se para este último, assinatura de duas testemunhas (CÂMARA, 2005).

Impende destacar que há crescente corrente a favor da utilização da arbitragem nos conflitos individuais. Seus adeptos asseveram que o trabalhador somente pode aceitar uma convenção arbitral quando já cessada a relação de emprego, visto que o seu estado de subordinação impede a manifestação livre de sua vontade em admitir uma cláusula compromissória de arbitragem. Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa do Tribunal Regional do Trabalho 2º Região *apud* Shiavi (2008, p. 47):

Conflito trabalhista. Aplicação da Lei n.9.307/96. A lei de arbitragem tem aplicação ao Direito do Trabalho, mas exige comprovação real de objeto litigioso, não admitindo mera renúncia do empregado. Assim ocorrendo tem-se o ato como fraude, por ausência de litígio a ensejar a transação entre as partes e livre manifestação TRT 2ªR-RO 02741200003302003-Ac. N.20040118732-5ª T-Rel. Pedro Paulo Teixeira Manus-DOE/SP 2/04/04).

De acordo com o julgado supracitado, percebe-se que, a arbitragem possui aplicação no âmbito trabalhista. Contudo, deve-se comprovar a real existência do objeto litigioso, não se permitindo a renúncia do trabalhador.

Nesse mesmo diapasão, adverte com sapiência Souto Maior (2000, p.147):

[...] Uma cláusula compromissória, isto é, o comprometimento de se submeter eventuais litígios de uma relação de emprego a um árbitro, importaria, por si só, renúncia ao direito de ação, que embora possa até ser renunciável, sob o ponto de vista das pessoas que estão no livre exercício de suas prerrogativas, sob ângulo dos empregados é inaceitável, já que todo um aparato jurídico, de ordem material e processual, fora criado, exatamente, para proteção dos direitos do trabalhador, e não seria mera manifestação de vontade, cujo vício já se demonstraria pelo simples fato de não ter o empregado cumprido o compromisso, que poderia derrogar e tornar letra morta esse ordenamento. Assim, se o empregado move uma reclamação trabalhista, apesar de ter assinado um contrato no qual se inseria uma cláusula compromissória, há de se entender, sem maiores investigações, que tal vontade não fora livremente firmada, acolhendo-se a ação intentada, passando-se aos demais exames processuais (pressupostos processuais e condições da ação) até se atingir o mérito da pretensão.

No que tangencia os argumentos da hipossuficiência do trabalhador, das peculiaridades das relações oriundas do contrato de trabalho e do caráter irrenunciável do crédito trabalhista, têm-se acertadamente, que se pode aplicar de forma restrita, a arbitragem para resolução de dissídios individuais trabalhistas, em circunstâncias em que não exista direitos absolutamente indisponíveis.

Nesse mesmo sentido corrobora Melo, (1997) que entende ser possível a arbitragem de dissídios individuais trabalhistas pelo compromisso arbitral não como regra, porém como exceção, embora reconheça que na prática, isso será muito difícil, a não ser em se tratando de altos empregados, pessoas mais esclarecidas e capazes de escolher o árbitro de sua confiança. Sustenta, ainda, que em hipótese alguma deverá estabelecer-se previamente a arbitragem de conflitos individuais no contrato de trabalho, por meio de cláusula compromissória.

Assim, ressalte-se que para o referido autor, a inclusão da cláusula compromissória no contrato individual do trabalho é inadmissível, sendo, todavia, admitida em algumas espécies de contratos trabalhistas a utilização de tal instituto pelo compromisso arbitral. Dessa forma, admite-se nos casos em que o trabalhador

apresenta uma dependência mais tênue, podendo vislumbrar tal assertiva, por exemplo, nos denominados “altos cargos executivos” nos quais a arbitragem poderá ser pacificamente utilizada.

Nesse sentido, faz-se mister destacar a seguinte ementa do Tribunal Regional do Trabalho 15º Região *apud* Schiavi (2008, p. 47):

Arbitragem. Dissídio Individual. Cabimento. Na seara coletiva, sem dúvida alguma, a arbitragem é um procedimento altamente salutar, reconhecido, inclusive, pela CF (art.114,§1º). A questão, contudo, merece maiores reflexões no que se refere ao dissídio individual. O art.1º da Lei n.9.307/96 é explícito ao afirmar que a arbitragem somente é cabível para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência têm-se dividido entre aqueles que repelem totalmente o instituto, em razão da irrenunciabilidade e, conseqüente, indisponibilidade dos direitos trabalhistas; aqueles que o aceitam em termos e, por fim, outros que querem aplicá-lo na sua forma mais ampla. A arbitragem no campo individual trabalhista só deve ser admitida em casos excepcionalíssimo, quando envolvidos empregados graduados, executivos etc., e estabelecida por compromisso arbitral após a eclosão do conflito, mas nunca por cláusula compromissória, quando da realização do contrato de trabalho, que é um contrato de adesão, em que o trabalhador não tem condições de negociar em condições de igualdade o que entende correto. Tais disposições não se chocam com o estatuído pelo princípio da inafastabilidade do Poder judiciário para a lesão de qualquer direito, como preceituado no inciso XXXV, do art.5º da CF, visto que o Poder Judiciário poderá rever a questão, desde que haja evidências da nulidade da sentença arbitral (art.33 da Lei 9.307/96) (TRT-15ª R.-Proc. 1048-2004-032-15-00-0-RO-Ac. 9503/06-11ª C-Rel.Flávio Nunes Campos-DOESP 3/03/06).(grifo nosso)

Ante o exposto, têm-se compreendido que a utilização do instituto arbitral tem maior aceitação nos contratos firmados por trabalhadores de nível superior, de modo que se supera, de certo modo, a hipossuficiência intrínseca à relação de trabalho. Coaduna-se que, quando se trata de cargos de chefia ou altos cargos executivos, o profissional enquadrando-se nestas posições, já possui condição de propor acordos mais vantajosos, de modo que a utilização da arbitragem seria a forma mais célere e informal de resolver a questão.

3.10 Aspectos Processuais Vantajosos da Arbitragem nos Conflitos Individuais Trabalhistas

Sabe-se que até o presente momento, no Brasil, não há legislação específica que discipline o instituto arbitral como forma alternativa de solução de conflitos no âmbito do Direito individual do trabalho. Entretanto, a arbitragem, encontra-se prevista em algumas leis específicas trabalhistas, como na Lei nº7. 383/89 (Lei da greve), a Lei de Reorganização de Portos (Lei nº8. 630/93) e a Lei sobre participação nos lucros e resultados.

Contudo, é no Direito Coletivo do Trabalho que se verifica uma maior abertura ao Instituto arbitral, na medida em que os seus §§ 1º e 2º do artigo 114 Constituição Federal dispõe que:

Art. 114 [...]

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

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

Neste contexto, depreende-se que em determinadas situações, o legislador expressamente previu a arbitragem nas relações laborais, e no caso de dissídio coletivo, enfatize-se que a tentativa arbitral anterior ao seu ajuizamento é obrigatória. Assim, a utilização da arbitragem nos conflitos coletivos do trabalho apresenta-se como um direito constitucional, onde os sindicatos podem e devem usar, por ser a melhor via de alcançar a pacificação entre fatores de produção e trabalho (MARTINS, 2005).

Portanto, diante de tal previsão constitucional é correto afirmar que não há óbice para a aplicação do instituto no âmbito dos conflitos coletivos do trabalho. Contudo, é no campo do direito individual do trabalho que encontra a arbitragem maior resistência, visto não possuir norma legal que a preveja como forma de solução de controvérsias na esfera dos conflitos individuais.

Tangenciando tal aspecto cita-se:

[...] não há, porém, uma lei específica da Arbitragem Trabalhista, o que, sob nosso prisma focal, seria o ideal, tendo em vista as peculiaridades próprias da relação jurídica laboral, notadamente o que chamamos de 'alta carga de eletricidade social' do vínculo empregatício. (PAMPLONA FILHO¹, 2004)

Neste aspecto, percebe-se que perdura ainda certa relutância, tendo em vista a não existência de enunciado legal que regule tal matéria. Entretanto, é possível afirmar que a ausência de diploma legal não obsta a aplicabilidade da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas, devendo-se aplicar o direito vigente de forma subsidiária, conforme o que prescreve o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho: "Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas desde título".

Corroborando assim, Cláudio Armando Couce de Menezes (1998, p.147) que a: "ausência de norma trabalhista acerca da arbitragem de modo algum autoriza a conclusão de ser o instituto inaplicável na esfera especializada das relações de trabalho".

Desta forma, afirma o autor que nada obsta que o legislador discipline, em lei específica o instituto arbitral no âmbito laboral, acrescentando que, enquanto isso não aconteça, deverá ser utilizada a legislação específica em vigor, sendo levados em consideração as peculiaridades do direito laboral, como por exemplo, a proibição de cláusulas de adesão ao juízo arbitral, restrições à estipulação de procedimentos arbitrais que tragam prejuízos ao trabalhador.

Destarte, no que se refere aos aspectos processuais da arbitragem, uma de suas principais características é a intervenção de uma terceira pessoa de livre escolha e da confiança das partes, a quem caberá decidir o conflito de interesse entre elas existente, segundo regra inserta no artigo 13 da Lei de Arbitragem, onde reza: "Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes." Desta forma, às partes podem optar por escolher seus próprios árbitros. Sobre o assunto preleciona Figueira Júnior (1999, p.103):

Se as partes optarem em escolher seus próprios árbitros, devem escolher aqueles que tenham sólida formação jurídica, experiente, operoso, detentor de confiança de ambas, porém, podem optar pela indicação de uma entidade arbitral, que se encarregue da nomeação de árbitros, de seu corpo de julgadores. Estes cuidados são imprescindíveis, embora estejam diante de jurisdição privada, devem obedecer certos requisitos de tramitação processual, a princípios, inclusive constitucionais, como contraditório, igualdade entre as partes, imparcialidade dos árbitros, fundamento nas decisões. O número de árbitros deverá ser ímpar, com ou sem suplente, para evitar empates. Poderá a nomeação recair a única pessoa, conforme disposto no art.13 § 1º, e se as partes nomearem árbitros em número par, estes ficam autorizados, a nomear mais de um árbitro. Se os árbitros nomeados não chegam a um acordo acerca da indicação de outro, os litigantes recorrerão à jurisdição estatal, que decidirá a matéria e fará a nomeação. As partes podem estabelecer a forma de escolha dos árbitros ou, adotar regras de uma entidade especializada.

Pelo exposto, é correto afirmar que a designação do árbitro ou dos árbitros, deverá constar na convenção de arbitragem firmada pelas partes. Contudo, é de salientar que na arbitragem trabalhista, a questão de escolha dos árbitros deverá ser apreciada pela Justiça do Trabalho.

O procedimento arbitral em si, rege-se basicamente pelo princípio da autonomia de vontade. Contudo, não tendo sido o procedimento escolhido pelas partes, é dado ao árbitro ou ao tribunal arbitral a escolha do procedimento a ser aplicado, conforme disciplina o artigo 21 da supracitada lei onde dispõe:

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 tribunal arbitral, regular o procedimento.

Outrossim, fica evidenciado no dispositivo acima supracitado, a prevalência da liberdade de escolha das partes, em relação as regras e ritos a serem seguidos no procedimento arbitral. As essas estarão os árbitros ou o tribunal arbitral vinculados não podendo delas se afastar, sob pena de vício formal do procedimento.

Já a sentença é o ato processual que põe fim ao juízo arbitral. O prazo para o árbitro proferir a sentença será aquele estipulado na convenção de arbitragem. Na hipótese de omissão da partes em relação ao prazo, a lei de arbitragem determina o prazo de seis meses para a prolação da sentença, conforme o artigo 23 da referida Lei onde disciplina:

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

[...]

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

Noutras palavras, o prazo para ser proferida a sentença é aquele estipulado em convenção arbitral pelas partes, contudo, não havendo a convenção, o prazo será de seis meses, a partir da data da instituição do instituto arbitral ou da substituição do árbitro que rejeitar a nomeação.

É importante ressaltar que a sentença deverá conter todos os elementos dispostos no artigo 26 da Lei de arbitragem, pois, a ausência destes é causa de nulidade da sentença, conforme se depreende do texto legislativo:

Art.26 São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

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

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

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.

[...]

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Assim, é possível afirmar, que é a sentença arbitral a decisão definitiva do árbitro sobre o conflito de interesses submetido ao julgamento do juízo arbitral. Desta forma, se os requisitos acima elencados não forem observados, considera-se nula a sentença.

Cabe destacar, que a decisão definitiva, proferida pelo árbitro não se encontra sujeita a recurso ou a homologação pelo Judiciário. Tendo os mesmos efeitos da sentença prolatada pelos órgãos do Poder Judiciário. Sobre o assunto afirma Penido (1998, p.1.065):

A sentença arbitral constitui-se em verdadeiro julgamento e é uma sentença em sentido técnico e moral. Como, entretanto, é proferida por um juiz privado, não investido no exercício da função jurisdicional estatal, tem essa decisão força executória, independentemente de sua homologação, por juiz estatal. A sentença arbitral é revestida da mesma autoridade e eficácia produzida pelo Poder Judiciário. O árbitro conhece e decide uma relação litigiosa, como dela conheceria e dar-lhe-ia solução o juiz togado.

Assim, a sentença arbitral é ato privativo do árbitro que detém o poder de solucionar definitivamente o conflito que lhe foi submetido à apreciação, com eficácia vinculante na qual prescinde de homologação por parte do Poder Judiciário.

Doravante, embora deva ser vista com reservas na esfera do conflito individual do trabalho, não é proibida pela lei, tampouco é contrária aos princípios que regem o processo do trabalho. Haja vista, que o fato de a Constituição Federal não ter tratado de forma explícita a possibilidade da utilização do juízo arbitral nos dissídios individuais não enseja a inaplicabilidade de tal instituto, pois, não o proíbe, e o que não é proibido é permitido.

Destarte, é sabido que a arbitragem mostra-se como uma das formas alternativas mais simples na resolução de conflitos, na medida em que essa só acontece por opção espontânea das partes, ou seja, a sentença só se realiza por decisão das próprias partes, e não de forma imposta, como nos processos perante o Poder Judiciário. Assim, na visão de Bacellar *apud* Flenik (2009, p.92):

A verdadeira justiça só se alcança quando os casos “se solucionam” mediante consenso. Não se alcança a paz resolvendo só parcela do problema (controvérsia); o que busca é a pacificação do conflito com a solução de todas as questões que envolvam o relacionamento dos interessados.

Diante o entendimento acima exposto, pode-se afirmar que a arbitragem mostra-se como verdadeira forma de pacificação efetiva do conflito, visto, não

resolver apenas o litígio em si, pois, vai mais além, buscando dirimir de forma consensual, todas as questões que envolvam as partes.

Ademais por meio da arbitragem trabalhista nos dissídios individuais torna-se possível prestigiar a manutenção da relação entre empregador e empregado, como bem versa Flenik (2009, p.95):

Em processos judiciais, não raro, já de início se estabelece uma verdadeira inimizade entre as partes envolvidas, que muitas vezes alcança até as pessoas dos advogados. Ingressar com ação trabalhista pode representar um confronto, uma forma de “medir forças” (e fôlego), ou até mesmo pode ter uma conotação de vingança, o que abruptamente faz com que se rompa o relacionamento anteriormente existente. [...] [na arbitragem] O espírito adversarial é substituído pelo cooperativo, por que ambas as partes buscam uma solução conjunta, e não individual, ocorrendo acordo, que sempre deve satisfazer todas as partes envolvidas, o relacionamento é resgatado ou mantido. [...] Desta forma, em muitas situações pode ser evitado o abalo do relacionamento, seja pessoal ou profissional, fazendo com que as partes retomem o diálogo e a convivência.

Desta forma, através da utilização da arbitragem evita-se o desgaste de um processo judicial, que importa em conseqüências, muitas vezes negativas, para ambas as partes. Um argumento insuperável e que consiste em característica própria do instituto arbitral é o sigilo, que pode inclusive, influenciar na vida profissional do trabalhador posteriormente ao fim do processo judicial, quando da busca de uma nova oportunidade laboral, no mercado de trabalho.

Ressalte-se que nos grandes centros têm-se banalizado a pesquisa, por parte do contratante, das ações trabalhistas que porventura tenham sido demandas pelo trabalhador em face de seus ex-patrões. Desta feita, existe logicamente uma resistência em contratar aqueles que tenham ingressado em juízo, pois nada obsta que o faça novamente. No mesmo sentido, acontece nos centros menos desenvolvidos, sendo, todavia, desnecessária a pesquisa, pois questões dessa natureza tornam-se do conhecimento de todos e tem uma importante repercussão local. Contudo a arbitragem constitui um meio na qual essa relação estaria resguardada, prevalecendo o sigilo para ambas as partes.

Destarte, outra vantagem de tal instituto é a não observância da limitação sobre a competência territorial ou de foro, como estabelecido na Justiça Laborativa

em que é competente a jurisdição da Comarca onde foi consumada a contratação do serviço, ou onde este foi habitualmente desenvolvido. Já na arbitragem, as partes convencionam determinada instituição, ou árbitro, de um local comum, que convenham a ambos.

Diante o exposto é notório que a arbitragem oferece vários benefícios à justiça do trabalho, não resta razão justificadora para negar a aplicabilidade da arbitragem, nos conflitos individuais trabalhistas, uma vez que, tal instituto, só pode auxiliar a justiça trabalhista.

4 CONCLUSÃO

Ao analisar o instituto da arbitragem constatou-se a possibilidade da utilização da mesma na resolução dos conflitos individuais trabalhistas. Neste ínterim, verificou-se ante as definições e classificações dos conflitos e suas formas de solução, que os meios alternativos consistem numa benesse para a atividade jurisdicional. Outrossim, da efetividade dos meios alternativos depende todo o sistema, visto que o Estado isoladamente não consegue abarcar o crescente número de demandas.

No que se refere ao instituto da arbitragem vislumbrou-se que este é um mecanismo utilizado pelo homem desde seu surgimento na terra, todavia somente a partir da idade média ganhou um maior relevo e adentrou no Brasil com as Ordenações Filipinas implantadas por Portugal. Não obstante, em 1996 a arbitragem destacou-se na legislação nacional, com a publicação da Lei nº 9.307, que ficou conhecida por lei Marco Maciel.

Após a explanação acerca do conceito, classificação, características e natureza jurídica do instituto arbitral, percebeu-se que este encontra amplo amparo legal na Constituição Federal, afastando-se quaisquer argumentos que pugne por sua inconstitucionalidade. Destarte, os argumentos sustentados pela corrente contra a utilização do instituto, devido sua suposta inconstitucionalidade, esvaem-se na decisão do Supremo Tribunal Federal, que corroborando com a corrente contrária pacificou a questão, julgando-a constitucional e plenamente aplicável.

A arbitragem em nenhum momento exclui do judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, como sustentam os que a julgam inconstitucional, dessa forma reafirma-se que o juízo arbitral é facultativo, inclusive cabendo a qualquer das partes que decidir pela não utilização do instituto, recorrer ao poder judiciário para resolução da questão.

Ponderou-se sobre a relevância do acesso à justiça, aproximando-o de sua moderna concepção, que ostenta-o não apenas como um direito constitucional, mas sobretudo como instrumento capaz de alcançar a justiça e a efetividade.

Percebeu-se que na busca por uma adaptação das leis trabalhistas às alterações sofridas pela economia e pelos meios de produção, insurgiu a flexibilização das normas trabalhistas, opondo-se ao conceito de rigidez que regulamenta ainda as relações de trabalho.

Salientou-se que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não possui a mesma austeridade e extensão. Sendo possível distinguir em indisponibilidade absoluta ou relativa, de modo que nesta o titular pode dispor de certos direitos em determinadas circunstâncias.

Tal assertiva, de *per sí*, exclui o argumento de não aplicação da arbitragem na seara dos conflitos individuais trabalhistas, pois tem-se por inquestionável a relatividade dos direitos em contenda em face de circunstâncias específicas.

Ademais, sobre a implementação da cláusula compromissória, verificou-se por prejudicada sua efetivação nos contratos individuais, em face do flagrante desrespeito à hipossuficiência do trabalhador. O mesmo não ocorre, de forma absoluta, com a utilização do compromisso arbitral. Decerto, não se busca a generalização desse em detrimento das históricas conquistas do trabalhador, ao contrário, aspira-se pela efetivação dos direitos e pela celeridade na resolução dos conflitos.

Dessarte, existindo relatividade no que tange a indisponibilidade de direitos, não se pode simplesmente negar a possibilidade de resolução de conflitos, por meio do compromisso arbitral, por tratar-se de contratos trabalhistas individuais.

Outrossim, em respeito à crescente corrente doutrinária nesse sentido, concluiu-se que existem duas possibilidades satisfatórias onde a aplicação do compromisso arbitral não fere nenhum direito indisponível relativo, nem afasta a posição de hipossuficiência do trabalhador.

Assim, quando cessada a relação de emprego e/ou quando se tratar de cargos de chefia ou altos cargos executivos, tem-se que a utilização da arbitragem consiste na forma mais célere e informal de resolver a questão. Ademais, profissionais enquadrados nas posições supracitadas, possuem certamente condições de propor ainda acordos que lhes sejam mais vantajosos.

Impende retratar ainda, como outrora glosado, que a utilização do instituto arbitral prestigia a relação entre empregado e empregador e preserva o que na

maioria das vezes é desfeito por uma demanda judicial. É de fácil percepção o constrangimento e a insatisfação gerados em decorrência da morosidade do processo judicial, e tem-se ainda a comoção social muitas vezes despertada pela posição de “opositores” que os litigantes personificam ante o julgamento estatal.

Em termos gerais, evidenciou-se que a arbitragem não configura a panacéia para o judiciário, em outras palavras, não consiste na solução imediata de todos os problemas. Entretanto, entre as modernas formas de solução de conflitos, a arbitragem desponta como aquela em que as partes em consenso buscam um juízo arbitral, e através deste sanam suas diferenças, evitando maiores desgastes.

Não obstante, os obstáculos para uma efetiva implementação do instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas solidifica-se no desconhecimento e desinformação da sociedade. No Brasil percebe-se uma dependência histórica da população em face do Estado, de modo que rejeita-se a arbitragem simplesmente por não vislumbrar-se na mesma a figura estatal.

Dessarte, existe a latente necessidade de mudança da postura social frente a arbitragem, deve-se ponderar que um árbitro, escolhido em consenso pelas partes e especialista na questão em contenda possui um conhecimento que não se pode esperar do magistrado, e que na prática, aproxima-se muito mais da equidade.

Outrossim, a efetiva utilização da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas deixaria a cargo do ente estatal tão somente questões de maior relevância, o que certamente influiria no “desafogamento” do sistema judiciário trabalhista.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2010.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Nelson Mannrich.(org.). 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Trbibunais, 2007.

_____. **Lei Federal 9.307, de 23.09.1996. Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 26 mar. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº. 9.307/96**. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARAJELESOV, Paula Corina Santone. **Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2006.

CELSO MARTINS, José. **Arbitragem, mediação e conflitos coletivos do trabalho**. São Paulo: Ed. do autor, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr., 2003.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo, LTr., 2006.
DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. ed. 9. Salvador: Podivm, 2008. v.1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da língua portuguesa. Folha/Aurélio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FLENIK, Giordani. **Arbitragem nos Litígio Trabalhistas Individuais**. Florianópolis: Insular, 2009.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lemmêgo. **Lei de arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos**. *In:* Consulex - Ano X - nº 245 – 31 de março/2007.

LENZA, Vitor Barbosa. **Tribunal Multiportas**. *in:* Consulex, Ano X – nº 222 - 15 de abril/2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo:Malheiros, 1997.

_____. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **A Arbitragem como mais uma alternativa à solução dos Conflitos Trabalhistas**. *In:* Trabalho e Doutrina: Processo e Jurisprudência. n. 14. São Paulo, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.v.4

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1998.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo.Ed.24ª.São Paulo:Saraiva,2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Competência no processo civil**. São Paulo: Método, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. Postado em 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=6831>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

PENIDO, Laís de Oliveira. **Arbitragem instituto Antigo com Perspectivas Revitalizadas**. In: Revista LTr, n.8, São Paulo, 1998. v.62

REALE, Miguel. **Crise da Justiça e Arbitragem**. In: WALD, Arnold (coord.). Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, abr./jun.2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996) uma avaliação crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Temas de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, Conciliação, Mediação nos Conflitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr., 2004.

STRENGER, Irineu. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTr., 1998.

VALÉRIO, Marcos Aurélio Gumieri. **Arbitragem no Direito Brasileiro: Lei 9.307/96**. São Paulo: LEUD, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das obrigações e Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2007. v 2.

YOSHIDA, Márcio. **A arbitralidade dos Direitos Trabalhistas**. *in*: Revista de Arbitragem .n.0, Porto Alegre: Síntese, 2003.