

ARBITRAGEM NA JUSTIÇA DO TRABALHO: SUA UTILIZAÇÃO NA SOLUÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS.

Sergio Cayres Santos¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Colapso da Via Judicial Trabalhista e Ameaça ao Princípio do Acesso à Justiça. 3. Arbitragem como meio de solução de conflitos. 4. Arbitragem nos Dissídios Individuais Trabalhistas e a (in)disponibilidade. 5. Conclusões. 6. Referências.

Resumo: Em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, a tramitação de processos esbarra-se em diversas dificuldades, com pautas de audiência abarrotadas, e prateleiras cada vez mais lotadas de autos, que não cessam a se multiplicar mais e mais a cada dia, colocando à prova a eficácia da tutela estatal aos direitos do trabalhador. Diante deste cenário de colapso em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro, surge a necessidade de se pensar em meios alternativos de solução de conflitos sem que o princípio do acesso à Justiça reste ameaçado. É neste sentido que o presente trabalho se desenvolve: apresentando a relativização da indisponibilidade dos direitos do trabalhador, sugere a adoção da arbitragem como instrumento hábil a solucionar dissídios individuais na seara trabalhista de forma célere e eficaz.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho. (In)disponibilidade. Arbitragem.

1. Introdução

A sociedade contemporânea encontra-se em constante e acelerada mudança. Os fatos sociais não param um instante sequer. Apesar disso, nas últimas décadas, lamentavelmente nenhum processo de modernização fora efetivamente incrementado ao Poder Judiciário.

Ante a enxurrada de demandas, a atual realidade judiciária brasileira encontra um aparelhamento insuficiente e por vezes ineficaz à satisfação, em tempo hábil, dos direitos postos à tutela estatal. O que vemos, em verdade, é um número de juízes, funcionários e auxiliares da justiça incapaz de dar vazão ao crescente fluxo de feitos.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

A tramitação de processos, em todas as três instâncias da Justiça do Trabalho, esbarra-se em diversas dificuldades, tendo pautas de audiência abarrotadas, e prateleiras cada vez mais lotadas de autos, que não cessam a se multiplicar.

Tais dificuldades resultam, conseqüentemente, em um declínio da qualidade jurisdicional estatal, seja pela morosa tramitação dos processos, seja pelo atendimento precário oferecido às partes litigantes, bem como a seus advogados ou, ainda, pela evidente sobrecarga de trabalho conferido aos juízes, que estão encarregados de julgar e instruir um número excessivo de processos, ante ao quadro deficiente de juízes e servidores.

O Poder Judiciário brasileiro já não atende aos anseios sociais da forma como deveria ou como esperam os cidadãos, sofrendo de deficiência que se acentua cada vez mais. Disso decorre o atual desprestígio da atividade jurisdicional do Estado, gerando insegurança jurídica.

Neste cenário, torna-se evidente a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos, aptos a oferecer possibilidade de aliviar a sobrecarga do Judiciário, cumprindo o objetivo da Constituição Federal, previsto no art. 5.º, XXXV, como forma de garantir a celeridade e efetividade ao direito pretendido pela parte.

É nesse momento em que surge o questionamento sobre a possibilidade de implementar à Justiça do Trabalho meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, por exemplo, que poderia se apresentar como uma saída eficaz à essa grave crise. O presente artigo busca depositar na arbitragem a possibilidade de superar ou ao menos reduzir o atual cenário da Justiça do Trabalho. O instituto já se faz presente na seara trabalhista, tendo, inclusive, expressa previsão no texto constitucional, autorizada, no entanto, apenas para solução de conflitos coletivos.

O estudo a ser desenvolvido perpassa pelo histórico da arbitragem e concentra-se em reconhecer a natureza jurisdicional da mesma, para, a partir daí, analisar se a falta de menção do texto constitucional à possibilidade de sua utilização na solução de dissídios individuais implicaria em sua recusa. Busca-se também relativizar a natureza indisponível dos direitos dos trabalhadores, vez que, conforme a Lei de Arbitragem, apenas será possível convenção arbitral que verse acerca de questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

O objetivo é superar os óbices apresentados pela doutrina e jurisprudência, alimentando a corrente que entende por viável a utilização da arbitragem, pois, ante as circunstâncias de carência do Poder Judiciário brasileiro, mais especificamente na seara individual trabalhista, não permitir a opção por um método certamente mais célere e igualmente eficiente é obstar, na verdade, o seu efetivo acesso à Justiça.

2. Colapso da Via Judicial Trabalhista e Ameaça ao Princípio do Acesso à Justiça.

Embora a sociedade contemporânea esteja em constante mudança, nas últimas décadas nenhum processo de modernização foi efetivamente marcante dentro do Poder Judiciário.

Os fatos sociais não param um instante, e o Poder Judiciário brasileiro não tem se aparelhado para enfrentar de maneira suficiente e eficaz a enxurrada de demandas que são levadas ao exame do Estado. Na atual realidade brasileira, temos no Poder Judiciário um número insuficiente de juízes, funcionários e auxiliares da justiça. Algo que deveria ser reestruturado para que fosse possível dar vazão ao fluxo crescente de feitos.

Obviamente esse colapso atinge também a via judicial trabalhista.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em seu relatório de 2011², a justiça do trabalho recebeu nesse mesmo ano, um total de 2.781.918 casos novos, atingindo uma média de 1.446 casos novos para cada 100.000 habitantes. A justiça do trabalho, em regra, é célere, mas frente ao imenso número de demandas a serem julgadas e à falta de aparelhamento adequado, ela acaba por se tornar morosa.

Em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, a tramitação de processos esbarra-se em diversas dificuldades, com pautas de audiência abarrotadas, e prateleiras cada vez mais lotadas de autos, que não cessam a se multiplicar diariamente.

Essa dificuldade resulta, conseqüentemente, na queda da qualidade dos serviços prestados, seja pela morosa tramitação dos processos, seja pelo atendimento precário oferecido às partes litigantes, bem como a seus advogados ou, ainda, pela evidente sobrecarga de trabalho conferido aos juízes, que estão encarregados de julgar e instruir um número excessivo de processos, ante ao quadro deficiente de juízes e servidores no atual cenário brasileiro.

Nesse mesmo sentido são as lições do professor Wagner Giglio (2007):

Nos últimos tempos a Justiça do Trabalho vem descumprindo sua missão de ser célere: nos grandes centros industriais, os processos se arrastam nas Juntas durante meses e anos, com outros anos despendidos percorrendo os Tribunais para, ao voltar às Juntas de origem, levarem ainda meses e, às vezes, mais de um ano para completar o processo de execução. Por falta de verbas, as instalações são freqüentemente precárias, o material é insuficiente e o pessoal administrativo é reduzido.

É nesse momento em que surge o questionamento sobre a possibilidade de implementar à Justiça do Trabalho meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, por exemplo, que poderia se apresentar como uma saída eficaz à essa grave crise. No entanto, ante tal crise da via judicial trabalhista, pode restar por ameaçado o princípio do acesso à Justiça.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estabelece como sendo um direito e garantia fundamental de todos os cidadãos o acesso ao Poder Judiciário, preconizando, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A constituição Federal de 1988 consagrou, então, o princípio do acesso à justiça, se preocupando não somente com a defesa do direito já lesionado, mas também tratou de garantir a quem quer que seja o direito à proteção quanto à possível ameaça de um direito.

O sistema jurídico brasileiro deve tornar possível aos cidadãos dois direitos constitucionais: o direito de invocar a tutela jurisdicional e o direito de ter seus litígios resolvidos pelo Estado. Em conformidade com o que fora prescrito por nossa Norma Maior, tais direitos devem ser conferidos a todos os cidadãos de maneira indistinta, pouco importando a capacidade econômica ou o nível cultural de cada um, onde o que realmente deve importar é a garantia de condições igualitárias para todos dentro do processo. Deve-se garantir, na luta pela satisfação de seus direitos, a igualdade de armas.

Na lição de José Afonso da Silva (1998, p.222):

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, [...] Os pobres têm acesso muito precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons

² Disponível em: < [http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-
anuais/atividades/revista_relatorio_anual2011_web.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-
anuais/atividades/revista_relatorio_anual2011_web.pdf) >. Acesso em: 01 jun. 2014.

advogados. O patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV). Referimo-nos à institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134).

Tornar possível o acesso irrestrito de todos ao Poder Judiciário é indispensável para o desenvolvimento de um processo democrático e para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Para Mauro Cappelletti (1988, p.13), acesso à justiça significa a possibilidade de o indivíduo invocar o Estado e que este, ao receber o seu pleito, resolva o litígio, permitindo que o cidadão tenha acesso aos mais adequados instrumentos processuais e ,segundo os ditames da dignidade da pessoa humana, estes tornem-lhe possível a garantia de um resultado justo.

Nesse sentido:

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Para a concretização de um Estado democrático de Direito, imprescindível é não apenas o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, mas também o bom funcionamento dos órgãos que o compõem. A sociedade contemporânea depositou no Estado a confiança de solução dos seus conflitos e passa a exigir cada vez mais agilidade no andamento dos processos, sendo que mudanças voltadas a melhorias na prestação da tutela estatal também são importantíssimas na contribuição para o fortalecimento da democracia que se almeja.

Apesar de frequentemente ocorrerem mudanças e inovações no sentido de se garantir cada vez mais o acesso à justiça, muitos são os entraves que o cidadão brasileiro e o Poder Judiciário enfrentam para a efetivação deste acesso. A desigualdade social, econômica, cultural dos cidadãos, o número insuficiente de juízes e de órgãos do Poder Judiciário, a legislação bastante complexa, um número grande de recursos dentre outros, são fatores que dificultam ou impedem o acesso dos cidadãos à justiça ou à obtenção, em tempo hábil, de uma tutela estatal eficaz.

O acesso à justiça deve ser pleno. O desejo de toda a sociedade é que exista um Estado justo, onde não existam diferenças, onde injustiça e pobreza não façam parte do plano da realidade. E é em busca desse ideal que se deve combater a morosidade do Poder Judiciário, buscando novas técnicas processuais, como a arbitragem, e adaptar a legislação a o processo ao tempo de modernidade e tecnologia em que estamos todos inseridos. Com vistas a atender esse fim que o judiciário deve acolher o conflito e processá-lo de maneira adequada, com qualidade, concedendo a ele a tutela jurisdicional, em tempo razoável e de forma eficaz. E se assim não for possível fazer, que disponibilize meios alternativos para solução dos conflitos, de sorte que o acesso à justiça seja resguardado e se cumpra o que foi dito na Constituição Federal quando consagrou tal princípio.

Como afirma Cappelletti (1988, p.10), “a titularidade de direitos, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação é destituída de sentido”.

É neste ponto que a arbitragem se apresenta não apenas como um meio alternativo de solução de controvérsias, mas como uma via de acesso à Justiça e, assim, de direitos.

Não é de hoje que o processo vem se apresentando como instrumento moroso, incapaz de uma prestação jurisdicional célere e eficaz, o que fez com que Rui Barbosa, em discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1920, proferisse tais palavras:

(...) justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

O Poder Judiciário brasileiro, ante a crise, já não atende aos anseios sociais, sofrendo gradativa deficiência e, por vezes, sendo ineficaz. Disso decorre o atual desprestígio da atividade jurisdicional estatal, gerando insegurança jurídica.

Neste cenário, torna-se evidente a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos, aptos a oferecer possibilidade de desafogamento do Judiciário, cumprindo o objetivo da Constituição Federal, previsto no art. 5.º, XXXV, como forma de garantir a celeridade e efetividade ao direito pretendido pela parte.

Mais especificamente na seara trabalhista, ante as circunstâncias de carência de profissionais, bem como de verbas orçamentárias e a pequena quantidade de juízes em relação ao elevado número de processos que fazem parte da atual realidade brasileira, não permitir que o trabalhador opte por um método certamente mais célere e igualmente eficiente é obstar o seu efetivo acesso à Justiça.

3. Arbitragem como meio de solução de conflitos.

Sabendo do atual cenário de colapso em que se encontra a Justiça do Trabalho, cabe pensar na possibilidade de utilização de meios diversos de solução de conflitos. Sendo meio heterocompositivo apto a resguardar o princípio constitucional do acesso à justiça, a arbitragem merece, neste momento, estudo mais detalhado.

A arbitragem pode ser conceituada como uma técnica de solução de conflitos mediante os possuidores de interesses conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, uma amigável solução e, também, imparcial, por não ser feita diretamente pelas partes, mas por terceiro interessado apenas na solução do conflito.

Não há que se falar em qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem. Não é técnica compulsória, mas trata-se, sim, de uma faculdade que é conferida a pessoas capazes de solucionar conflitos. Nesse sentido, explica Fredie Didier Jr. (2012, p.112):

Ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado. É possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio de seu exercício. O Estado brasileiro autoriza, não só pela Lei, mas também em nível constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/88), o exercício da jurisdição por juízes provados. Perceba-se, ainda, que, ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão das suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade da decisão.

Assim, Didier compreende não haver que se falar em renúncia à jurisdição quando a arbitragem é a ferramenta de solução de litígios escolhida pelas partes, vez que os árbitros e as partes estão submetidos ao princípio constitucional do devido processo legal, que envolve tantos outros princípios e normas em nível constitucional, sendo que o descumprimento de uma delas poderia acarretar a invalidade da decisão arbitral. Aduz, ainda (p.39), que os árbitros não tomam do Estado o exercício da jurisdição pública, uma vez que estão no exercício de um tipo especial de jurisdição privada, autorizada pelo Estado. Então, não há que se falar em delegação de poderes.

A arbitragem é definida por Carmona (1999, P.19) como:

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

No mesmo sentido, Scavone Júnior (2008, p.21) afirma ser a técnica:

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

Para Leonardo Beraldo (2014, págs.2 e 3), a arbitragem pode ser conceituada como um processo em que as partes, através de pacto privado, elegem um árbitro e delegam a ele o poder de decidir a lide, respeitando os limites previamente estabelecidos na convenção. Este árbitro não precisa ser bacharel em Direito, bastando ser pessoa capaz e que decida, sem a intervenção do Judiciário, litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis. O autor também reconhece que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, tendo autoridade de coisa julgada e sendo passível de execução, nos moldes do Código de Processo Civil.

Assim, a arbitragem caracteriza-se por dois principais e essenciais aspectos: são as partes do conflito de interesses que escolhem livremente quem vai decidi-lo, e são também as partes que conferem a eles, os árbitros, o poder e autoridade para proferir tal decisão.

Na seara trabalhista, consoante José Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho (2001, p.43), com os problemas decorrentes da Revolução Industrial, ficou clara a preferência pela heterocomposição como forma de solução de dissídios individuais entre patrões e empregados, isso porque seria impossível pensar em negociação entre o patrão detentor de poder econômico e autoridade e que não via razão em abrir mão disso e o inseguro e frágil trabalhador. Outrossim, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagrou tal instituto a nível constitucional (art. 114, parágrafos 1º e 2º, CF/88).

A arbitragem está equiparada, de fato, ao processo judicial, expandindo o Poder Judiciário através dessa forma de solução de litígios. Com felicidade é possível ver, então, a consolidação da arbitragem, cujo próprio Poder Judiciário tem reconhecido sua eficácia, notável em diversos precedentes: em pesquisa desenvolvida pela parceria entre a Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem, constatou-se que, das 678 decisões judiciais analisadas no período entre 1996 e 2008, em apenas 14 delas houve invalidação da sentença arbitral.³

³ Dados disponíveis em: < <http://www.conjur.com.br/2009-jun-30/justica-mantem-maioria-decisoes-arbitrais-mostra-levantamento> > Acesso em: 20 de agosto de 2014.

4. Arbitragem nos Dissídios Individuais Trabalhistas e a (in)disponibilidade.

Analisados os aspectos que giram em torno da aplicabilidade da arbitragem como forma de solução conflitos, bem como a arbitrabilidade objetiva, que, aparentemente, seria um impedimento à utilização do instituto em face de dissídios individuais do trabalho, cumpre agora o aprofundamento no tema, apresentando posicionamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais contrários e favoráveis.

4.4.1 Posicionamentos contrários

Questiona-se a possibilidade de arbitragem no tocante aos conflitos individuais em razão da natureza indisponível dos direitos trabalhistas. Argumentam que o princípio da indisponibilidade de direitos imanta de invalidade qualquer renúncia ou transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato, e questionam se a fórmula arbitral, que poderia reduzir ou suprimir consideravelmente direitos teria força para esterilizar ou atenuar tal princípio basilar do Direito do Trabalho, afirmando a incompatibilidade do instituto da arbitragem com a seara trabalhista (Mauricio Godinho Delgado, 2011). Neste sentido, a jurisprudência é refratária ao seu cabimento nestes casos:

RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE. As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob pena de a mesma ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário lembrar a absoluta prevalência que a Carta Magna confere à pessoa humana, à sua dignidade no plano social, em que se insere o trabalho, e a absoluta preponderância deste no quadro de valores, princípios e regras imantados pela mesma Constituição. Assim, a arbitragem é instituto pertinente e recomendável para outros campos normativos (Direito Empresarial, Civil, Internacional, etc.), em que há razoável equivalência de poder entre as envolvidas, mostrando-se, contudo, sem adequação, segurança, proporcionalidade e razoabilidade, além de conveniência, no que diz respeito ao âmbito das relações individuais laborativas. Recurso de revista não conhecido (TST-RR 192700-74.2007.5.02.0002, j. 19.05.2010, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª T., DEJT 28.05.2010).

Em decisão da Primeira Turma da Seção de Dissídios Individuais, de relatoria do ministro João Batista Brito Pereira reafirmou-se a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, em razão do princípio da proteção e de um aparente desequilíbrio entre as partes litigantes:

ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

1. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e

irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem (E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SDI-1, Data de Publicação: 30/03/2010).

Também baseado na natureza indisponível dos direitos trabalhistas é o entendimento que o Tribunal Superior do Trabalho tem firmado no sentido de vedar a convenção arbitral, seja por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, para fins de resolução dos conflitos individuais na seara trabalhista, conforme o seguinte aresto:

RECURSO DE REVISTA. SENTENÇA ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. COMPROMISSO ARBITRAL. EFEITOS. Esta corte entende que a aplicação de cláusula compromissória arbitral, ou a adoção de compromisso arbitral, para a resolução de conflitos perante a justiça do trabalho é vedada, ante a natureza indisponível dos direitos aqui tutelados. Tal entendimento celebra o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, na medida em que a cláusula ou o compromisso arbitral impedem que o trabalhador tenha sua pretensão analisada de imediato pelo poder judiciário. Recurso de revista conhecido e provido. (TST: RR 148400-18.2004.5.02.0039; Sexta Turma; Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho; DEJT 10/12/2010; Pág. 899).

Tal entendimento visa também exaltar o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, pois ao ser estabelecida cláusula compromissória ou compromisso arbitral, estar-se-ia impedindo que a pretensão do trabalhador fosse levada ao poder judiciário de imediato, o que violaria o direito de ação.

Posicionamento contrário à possibilidade de utilização da arbitragem em dissídios individuais trabalhistas também pode ser encontrado na doutrina, a exemplo de Carlos Henrique Bezerra Leite (2011):

Não obstante a sua previsão constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º) como meio de solução dos conflitos coletivos de trabalho, a convenção de arbitragem não tem sido adotada na prática trabalhista, sendo certo que, quanto aos conflitos individuais de trabalho, a convenção arbitral (CPC, art. 301, IX, e § 4º) é de duvidosa aplicação na seara laboral, mormente porque o Direito do Trabalho é informado pelo princípio da indisponibilidade dos direitos individuais dos trabalhadores. É por isso que a convenção de arbitragem nos dissídios individuais oriundos da relação de emprego se mostra incompatível com os princípios da proteção do empregado hipossuficiente e da irrenunciabilidade.

É evidente que durante a vigência do contrato de trabalho não há que se falar em arbitragem. Diante da hipossuficiência do empregado perante o empregador, possuindo fragilidade e merecendo, assim, proteção aos seus direitos decorrentes desta relação, sendo os mesmos revestidos pelo princípio da indisponibilidade, prudente é negar a eficácia da cláusula arbitral (ou cláusula compromissória) estabelecida no contrato de trabalho.

Francisco José Cahali (2013, p.359) nos dá notícia de que houve um momento em que algumas câmaras de arbitragem possibilitavam, após a assinatura de compromisso arbitral, o

uso da arbitragem para dissídios individuais do trabalho. No entanto, como visto, o Tribunal Superior de Trabalho adotou posição contrária à possibilidade de uso do instituto na seara trabalhista no tocante aos dissídios individuais, ainda que após a rescisão devidamente homologada do contrato de trabalho. Assim, por imposição do Ministério Público Federal, através de assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta, ou até mesmo espontaneamente, as principais instituições arbitrais deixaram, no momento, de se dedicar a esta matéria a que se dedicavam.

O posicionamento predominante no Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, talvez não seja o mais adequado, nos levando a analisar a possibilidade da arbitragem trabalhista firmada por compromisso arbitral após o encerramento do contrato de trabalho.

4.4.2 Posicionamentos favoráveis

A despeito do posicionamento majoritário da jurisprudência no sentido de negar a aplicabilidade da arbitragem em matéria individual trabalhista, há de ser observado que a Lei nº 9.307 não proibiu expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem como forma de solução dos dissídios individuais trabalhistas, permitindo questionamentos por parte da doutrina, a exemplo de Bernardo Lima (2010, p.89), ao indagar: “o silêncio quanto à resolução de conflitos trabalhistas individuais representa a sua impossibilidade?” Questionamentos estes que podem ser respondidos com a afirmação de Sergio Martins (2013, p.67): “o que não é proibido é permitido. A Constituição não veda a arbitragem nos dissídios individuais”.

Diante da omissão da CLT sobre a arbitragem e a compatibilidade desta com os princípios processuais trabalhistas, a Lei 9.307/96 há de ser aplicada com base no artigo 769 da própria CLT, quando autoriza: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. Há jurisprudência também neste sentido:

JUÍZO ARBITRAL NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS. SENTENÇA ARBITRAL. COISA JULGADA. Cumpridas todas as exigências legais, e desde que respeitadas as garantias mínimas previstas no ordenamento jurídico trabalhista, é possível a solução dos conflitos individuais trabalhistas pela utilização da arbitragem, ainda mais quando assistido o reclamante pelo sindicato, ou quando houver norma coletiva dispendo a respeito. Todavia, até que a matéria seja amadurecida no âmbito das relações laborais, entendo, por enquanto, que a sentença arbitral não pode fazer coisa julgada no processo do trabalho, devido, principalmente, ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos laborais, dependendo cada caso dos seus contornos fáticos e jurídicos, cabendo ao magistrado dar-lhe o valor que entender devido, como equivalente jurisdicional de solução dos conflitos. (TRT/3ª Região. RO 14832/2001, Rel. Juiz Maurílio Brasil, 1ª T, j. 25.2.2002, DJMG 8.3.2002).

Assim, a arbitragem no direito do trabalho não seria estabelecida através de cláusula compromissória (quando da assinatura do contrato, momento em que há hipossuficiência do empregado em relação ao empregador), mas por compromisso arbitral (quando já instaurada a situação de conflito, após o término do contrato). Importando princípios gerais do Direito Civil, ora compatíveis com o Direito do Trabalho, o compromisso arbitral seria firmado revestido pelo princípio da autonomia privada, correlato à liberdade contratual. No entanto, esbarrar-se-ia no dirigismo contratual e na função social do contrato. Vejamos.

Francisco Amaral (2003, p.347-348) define a autonomia privada como o poder conferido aos particulares de “regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.” Ou seja, trata-se da liberdade que pessoas capazes possuem para regular seus próprios interesses da forma que lhes seja interessante. Maria Helena Diniz (2009, p.363) destaca que da autonomia privada decorre a *pacta sunt servanda*, através da qual a vontade expressa no contrato cria lei “entre as partes contratantes, a relatividade dos contratos em relação a terceiros e o respeito à vontade das partes, que têm liberdade de contratar se, com quem, o que e como quiserem”.

A liberdade contratual, por sua vez, diz respeito ao conteúdo do negócio jurídico, sendo a liberdade de se formular as condições do contrato, mas passível de sofrer grandes limitações, como o dirigismo contratual e a observância à função social do contrato.

Dados estes conceitos é possível afirmar que, em regra, a vontade dos contratantes permanecerá. No entanto, a manifestação de vontade não é totalmente livre. Na concepção moderna de Estado, este exerce o Dirigismo Contratual, através de sua intervenção na relação entre os particulares objetivando garantir princípios mínimos à coletividade. São estabelecidas, então, normas de ordem pública destinadas à proteção dos economicamente mais fracos, resguardando o empregado, através da criação do Direito do Trabalho e o consumidor, através de legislação específica, por exemplo.

Nestes termos, o dirigismo contratual se faz presente para limitar o princípio da Autonomia Privada, com vistas a proteger o lado economicamente mais fraco de uma relação contratual.

Na mesma senda do dirigismo contratual também se apresenta o princípio da função social do contrato, que irá limitar a autonomia privada. Dispõe o artigo 421 do Código Civil que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Da leitura deste dispositivo é possível perceber que a função social destina-se a limitar o conteúdo da liberdade contratual, e não a liberdade de contratar, consoante o enunciado n. 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, evento promovido em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que estabelece:

23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Deve ficar claro que o objetivo deste princípio não é contratar em função da coletividade. Ao contrário, o que se busca são os interesses particulares, mas sem que terceiros sejam prejudicados. A função social do contrato, então, se apresenta não como razão para se contratar, mas forma de limitar a autonomia contratual.

Neste momento é prudente esclarecer, no entanto, que a arbitragem como forma de solução de conflitos individuais do trabalho apenas poderá ser buscada após o término do contrato de trabalho. Se o contrato de trabalho não mais existe entre o empregado e o empregador, não há se falar em pressão deste sobre aquele, fundada na hipossuficiência, para que renuncie verbas trabalhistas. Não há se falar em princípio da proteção ou da indisponibilidade dos direitos trabalhistas quando o contrato já está encerrado e submetido ao juízo estatal ou juízo arbitral.

Vale lembrar, ainda, que, apesar de a maioria dos conflitos na seara trabalhista versarem com uma das partes economicamente mais fraca, há situações que envolvem funcionários que ocupam altos cargos em tradicionais empresas, onde não é tão clara a hipossuficiência. Nestes casos a arbitragem passa a ser interessante às partes não apenas pelo intuito de uma decisão mais célere, mas também em razão do sigilo que reveste o

procedimento arbitral, pois é sabido que este escalão de funcionários possui informações confidenciais da empresa, não sendo interessante para ambos que tais dados sejam divulgados pela publicidade inerente ao processo trabalhista clássico.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas se mostra clara na própria mesa de audiência da Justiça do Trabalho, como lembra, de forma precisa, Francisco José Cahali (2013, p.358):

É sabido que a primeira pergunta feita pelo juiz trabalhista na audiência é relativa à possibilidade de acordo entre as partes. Ora, se há possibilidade de acordo, é porque o empregado pode transacionar sobre o direito discutido e, principalmente, os valores, o que nos permite afirmar sobre a disponibilidade do discutido.

Tal possibilidade de transação feita em juízo⁴ nos permite pensar numa relativização da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, passando-se a reconhecer que eles são indisponíveis quando se está diante de uma transação fora do juízo, com o contrato ainda em vigência entre as partes, caso contrário, não seria autorizado o acordo na Justiça do Trabalho, ato este que tem, aqui, prioridade absoluta, como afirma Paulo Roberto Sifuentes Costa, Presidente do TRT da 3ª Região. Neste mesmo sentido, manifestou-se o TST em 2005:

[...] O juízo arbitral tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho. É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há que se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que empregado não mais está dependente do empregador. (RR 1.650/1999-003-15-00 — juíza convocada Maria Doralice Novaes).

É possível perceber, então, que o Tribunal tem acolhido o entendimento que os direitos trabalhistas tornam-se disponíveis a partir do encerramento do contrato, sendo possível a utilização do juízo arbitral nos dissídios individuais que a eles digam respeito, o que concretiza a clara linha de raciocínio seguida por Bernardo Lima (2010, p.92):

O titular já não mantém relação jurídica de natureza trabalhista com o empregador. A relação jurídica agora tem natureza civil (embora originária de relação jurídica trabalhista), relativamente à exigibilidade do cumprimento de obrigação contratual, bem como os prejuízos decorrentes de sua injusta privação. O direito à percepção de hora extra pelo empregado é situação jurídica indisponível; o direito à indenização pela não percepção das horas extras no momento devido é uma situação jurídica disponível. Ali, o legislador precisa proteger o vínculo de emprego, impedindo que o exército de reserva que se candidata à sua vaga prejudique suas condições de trabalho. Aqui, o

⁴ À situação, aplica-se o artigo Art. 269 do Código de Processo Civil, que dispõe: “Haverá resolução de mérito: III - quando as partes transigirem”.

credor do montante indenizatório já não necessita de tanta proteção, sendo, por vezes, de seu próprio interesse dispor de parte do montante indenizatório a que faz jus, para fruí-lo imediatamente.

Estando encerrado o vínculo contratual que subordina juridicamente o empregador ao empregado, o princípio da proteção deixa de possuir força, pois este já não necessita de tamanha proteção, permitindo relativizar a natureza indisponível dos direitos trabalhistas.

Também é possível encontrar na doutrina e jurisprudência argumentos no sentido de que estabelecer a convenção arbitral por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral seria um ato lesivo ao princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, pois, mediante a arbitragem, o trabalhador não teria sua pretensão analisada de imediato pelo Poder Judiciário. Assim, violaria o direito de ação do trabalhador. O princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional está presente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5^a, inciso XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal argumento perde força quando do reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, como visto no item 3.2 deste estudo.

Quando as partes elegem a arbitragem como forma de solução dos conflitos, elas estão elegendo, em verdade, uma ou mais pessoas para decidir a questão controversa, conforme previsto na Lei de Arbitragem. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2012, p.111 e 112):

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. (...) É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada).

Assim, ao instaurar o procedimento arbitral, as partes estão provocando a própria jurisdição, pois assim foi autorizado, pelo Estado, por meio de Lei, bem como o poder de julgar conferido aos árbitros, formando coisa julgada material. A arbitragem seria forma de exercício da função jurisdicional vez que os árbitros recebem das partes o poder de decidir o litígio que a eles é apresentado e aplicam a norma ao caso concreto, emitindo, assim, decisão que Haroldo Duclerc Verçosa (2008, p.242) reconhece como obrigatória e vinculativa, onde os efeitos da sentença judicial são atribuídos ao laudo arbitral. Ademais, o procedimento arbitral estaria substituindo a jurisdição estatal no tocante ao mérito do litígio levado ao juízo arbitral.

Não há razão, então, em afirmar que a arbitragem fere o princípio da inafastabilidade e viola o direito de ação. O que faz isso, em verdade, é a letargia que domina a justiça do trabalho. Nas palavras de Rui Barbosa (1920):

(...) justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Outro argumento favorável à aplicabilidade da arbitragem na solução de dissídios individuais trabalhistas pode ser encontrado quando a analisamos sob o aspecto social. Sua aplicação na seara trabalhista traria o atendimento dos anseios e expectativas das partes,

principalmente do trabalhador, vez que a solução dos litígios se daria em tempo muito mais hábil que o visto hoje.

Tendo como suas principais características a rapidez e o sigilo, a arbitragem também propicia um ambiente mais informal e acolhedor, promovendo a solução dos conflitos de maneira mais amigável.

Apesar de tantos argumentos que tornam sólida e viável a utilização da arbitragem como método de solução de dissídios individuais trabalhistas, lamentavelmente a cultura brasileira se mostra relutante em aceitá-la, onde as pessoas preferem clamar por socorro ao moroso Poder Judiciário brasileiro, esperando, num exercício de fé, que seus direitos sejam reconhecidos e garantidos pelo Estado. Cabe aqui a observação de Ana Lúcia Pereira (2009, p. 89):

Os operadores do direito na área trabalhista (advogados, magistrados, Ministério Público, sindicatos, empregados e empresas) muitas vezes resistem aos novos paradigmas, no caso específico, a utilização da arbitragem. Demonstramos que não existe proibição legal para a sua aplicação: existe, sim, a resistência pelo novo, pelo diferente, pelo desconhecido, e a arbitragem ainda é desconhecida de grande parcela da sociedade brasileira.

Com a autorização da arbitragem, haveria uma descentralização de demandas na Justiça do Trabalho, pois, pelo menos uma considerável quantidade seria levada ao juízo arbitral, o que garantiria decisões mais rápidas e de melhor qualidade pelos juízes trabalhistas, bem como maior satisfação aos anseios sociais.

5. Conclusões

A partir do estudo desenvolvido, é possível concluir que não há razão para que seja negada a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas. Concluimos que não há impedimento legal, mas apenas cultural, pois vivemos no Brasil a ideia de que todo e qualquer litígio deve ser apresentado diretamente ao Estado, sob pena de não ter a efetiva tutela do direito pretendido. Grande erro. A arbitragem apresenta-se como meio seguro, eficaz e célere de solução de conflitos. Porque não utiliza-la na seara individual trabalhista?

O principal argumento contrário repousa no critério de arbitrabilidade definida pela Lei 9.307, que estabelece que apenas deva haver convenção arbitral quando para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. É evidente que durante a vigência do contrato de trabalho não há que se falar em arbitragem.

Diante da hipossuficiência do empregado perante o empregador, possuindo fragilidade e merecendo, assim, proteção aos seus direitos decorrentes desta relação, sendo os mesmos revestidos pelo princípio da indisponibilidade, prudente é negar a eficácia da cláusula arbitral (ou cláusula compromissória) estabelecida no contrato de trabalho, mas é possível aceitar a instituição da arbitragem por meio de compromisso arbitral (quando já instaurada a situação de conflito) após o término do contrato. Importando princípios gerais do Direito Civil, ora compatíveis com o Direito do Trabalho, o compromisso arbitral seria firmado revestido pelo princípio da autonomia privada, correlato à liberdade contratual.

Assim, conclui-se que a arbitragem como forma de solução de conflitos individuais do trabalho apenas poderá ser buscada após a rescisão do contrato de trabalho. Se o contrato de trabalho não mais existe entre o empregado e o empregador, não há se falar em pressão deste

sobre aquele, fundada na hipossuficiência, para que renuncie verbas trabalhistas. Não há se falar em princípio da proteção ou da indisponibilidade dos direitos trabalhistas quando o contrato já está encerrado e submetido ao juízo estatal ou juízo arbitral. Tal fato fica constatado na própria mesa de audiência da justiça trabalhista, pois, ao juiz perguntar sobre a possibilidade de acordo entre as partes, é possível entender que os direitos discutidos podem ser transacionados.

Assim, é possível reconhecer que os direitos do trabalhador são indisponíveis quando transacionados fora do juízo, com o contrato ainda em vigência entre as partes, caso contrário, não seria autorizado o acordo na Justiça do Trabalho, ato este que tem, aqui, prioridade absoluta.

Sob o aspecto social, sua aplicação na seara trabalhista traria o atendimento dos anseios e expectativas das partes, principalmente do trabalhador, vez que a solução dos litígios se daria em tempo muito mais hábil que o visto hoje. Tendo como suas principais características a rapidez e o sigilo, a arbitragem também propicia um ambiente mais informal e acolhedor, promovendo a solução dos conflitos de maneira mais amigável.

Apesar de tantos argumentos que tornam sólida e viável a utilização da arbitragem como método de solução de dissídios individuais trabalhistas, lamentavelmente a cultura brasileira se mostra relutante em aceitá-la, onde as pessoas preferem clamar por socorro ao moroso Poder Judiciário brasileiro, esperando, num exercício de fé, que seus direitos sejam reconhecidos e garantidos pelo Estado.

6. Referências

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Rui. **Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo**, 1920. Disponível em: < <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=191&sid=146> >. Acesso em 14 de out 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem** : nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo : Atlas, 2014.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Como Ordenar as Ideias**. 9. ed. São Paulo: Ática, 2009.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

COSTA, Paulo Roberto Sifuentes. **A CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO**. Disponível em: < https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/85_conciliacao_processo_trabalho.pdf > Acesso em 06.10.2014.

DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado: Contém notas à Licc**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11ª edição: São Paulo. Editora LTr, 2013.

LIMA, Bernardo. **A Arbitrabilidade do Dano Ambiental**. São Paulo, Atlas, 2010

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista** - Página 2/3. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/6831/atualizando-uma-visao-didatica-da-arbitragem-na-area-trabalhista> >. Acesso em: 25 ago. 2014.

PEREIRA, Ana Lúcia. Resolução de Conflitos: se bem feita, a arbitragem trabalhista é juridicamente segura. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de abril de 2008, 0h01. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-abr-25/arbitragem_trabalhista_juridicamente_segura >. Acesso em 14 de out. de 2014.

PEREIRA, Ana Lúcia. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais do trabalho. **Revista de Mediação e Arbitragem**. Vol. 23. Out. 2009.

RODOLFO PAMPLONA FILHO E BERNARDO SILVA DE LIMA. **Arbitrabilidade de conflitos trabalhistas**. Disponível em: <http://www.posbaiana.com.br/files/Arbitrabilidade%20de%20conflitos%20trabalhistas.pdf> >. Acesso em 29 set. 2014.

Rodrigues Pinto, José Augusto e Pamplona Filho, Rodolfo. **Manual de Conciliação Preventiva e do Procedimento Sumaríssimo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2001.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª. Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008.