

A CONTROVÉRSIA DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Matheus Guilherme Varela Costa¹

Humberto Lima de Lucena Filho²

RESUMO

Analisa-se a partir do método logico-dedutivo a controvérsia da utilização da arbitragem nos conflitos que tenham como objeto direitos individuais dentro do direito do trabalho, a partir da análise do instituto enquanto método extrajudicial de resolução de conflitos, levando em consideração a lei nº 9307/96, o conceito de direitos disponíveis e o posicionamento dos tribunais sobre o assunto. Uma vez que sua criação visa inicialmente o direito civil e comercial, a discussão também engloba os elementos substanciais do direito do trabalho e a sua compatibilidade com as características do método em questão.

Palavras-chave: Arbitragem. Dissídios individuais. Controvérsia.

THE CONTROVERSY OF THE ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR AGREEMENTS

ABSTRACT

This work aims to evaluate the controversy of the arbitration process to settle individual labor disputes. By using the deductive reasoning method, we analyze arbitration as an extrajudicial method of conflict resolution by looking at Law number 9.307/1996, the concept of disposable rights and the rulings of the courts on the subject. Since its use was initially aimed at civil and commercial law, our discussion further covers key elements of labor law and their compatibility with the characteristics of arbitration.

Keywords: Arbitration. Individual agreements. Controversy.

¹Graduando em Direito pelo UNI-RN

²Professor do UNI-RN, Orientador, Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, Doutor em Ciências Jurídicas - Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB, Mestre em Direito Constitucional pela UFRN, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UnP/Laureate International Universities.

INTRODUÇÃO

Os conflitos sempre fizeram parte do cotidiano do ser humano, em todas as épocas possíveis, apresentando as mais diversas motivações e disciplinada em diferentes territórios, com o surgimento do Estado Democrático de Direito não foi diferente, uma vez que a jurisdição passou a se mostrar uma ferramenta eficaz para resolvê-los, a consequência foi que esta passou a ser o método preferido para resolvê-los, não sendo, contudo, o único. Nosso Código de Processo Civil prevê outras possibilidades, dentre elas a arbitragem, que consiste em transferir a um terceiro o poder de decisão para a solução do litígio. Em conflitos que versam sobre Direito do Trabalho, tal método também é utilizado, ainda que apenas em conflitos coletivos, em virtude do entendimento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho sobre não ser possível utilizá-lo em dissídios individuais, contudo, a possibilidade da sua aplicação nesta situação possui relevância e sua discussão ainda é válida, conforme será exposto a seguir.

O trabalho a seguir tem o objetivo de discutir sobre a aplicabilidade da arbitragem especificamente dentro dos conflitos individuais do trabalho, através da interpretação da legislação atual sobre o assunto e abordando todas as características específicas do direito do trabalho que estejam relacionadas ao tema, a problemática apresentada é: Qual a possibilidade de aplicar a arbitragem nos dissídios individuais do trabalho?

A pesquisa do tema é importante, pois vivemos em um momento de crise do judiciário, no qual está sendo prejudicando o acesso à justiça para os cidadãos. De acordo com o relatório justiça em números do Conselho Nacional de Justiça(2015, p.181), a justiça do trabalho apresentou relativo sucesso entre os anos de 2013 e 2014, isto porque o número de processos novos surgidos entre este período foi de aproximadamente 4 milhões, enquanto o número de processos baixados foi próximo aos 4,2 milhões, conferindo à justiça do trabalho posição de destaque em relação às demais, contudo, tal avanço ainda é lento, e a alta carga de processos, como será discutido no tópico adiante, é apenas um dos problemas que integra a crise do judiciário, assim como o conceito de acesso à justiça hoje é maior do que apenas o direito de acionar o poder judiciário. Diante de tal situação, a aplicação de todo e qualquer método extrajudicial para solução de litígios torna-se necessária, contudo, também é verdade que o Direito do Trabalho possui peculiaridades que outros ramos não possuem, o que impede que a

ferramenta discutida seja aplicada diretamente, portanto, é necessária a discussão para chegar a uma conclusão, seja pela impossibilidade de sua aplicação devido a questões específicas do Direito do Trabalho, seja pela possibilidade de sua aplicação em virtude da necessidade atual e pela existência de formas de compensar quaisquer peculiaridades que venham a se tornar um obstáculo.

Utilizando o método lógico-dedutivo, serão usados como base de pesquisa livros dos mais diversos estudiosos sobre o tema arbitragem, associando-os com a legislação existente sobre o assunto com diferentes interpretações e acrescentando o conteúdo das discussões e fundamentos presentes dentro e fora dos tribunais. O Desenvolvimento do tema iniciará discorrendo sobre a arbitragem enquanto método extrajudicial de resolução de conflitos, apresentando suas características gerais, vantagens e desvantagens e em que consiste o procedimento. O segundo ponto trará a legislação sobre o assunto, com diferentes interpretações e a discussão sobre o conceito de direitos patrimoniais disponíveis dentro do Direito do Trabalho, será feita a associação entre a legislação atual que disciplina a arbitragem e as particularidades do direito do trabalho, apontando as possibilidades de aplicação da referida lei e quais são os pontos incompatíveis ou que precisam ser mudados. O terceiro e último ponto trará as discussões sobre o assunto presentes na jurisprudência, indicando quais detalhes foram discutidos, quais foram os fundamentos utilizados e quais são os principais argumentos. Posteriormente, finalizará com as considerações finais, apresentando um resumo de todos os pontos discutidos e a conclusão obtida após analisá-los.

1 A arbitragem como método consensual de solução de disputas

Os conflitos sempre foram comuns no cotidiano do ser humano, sendo as razões as mais diversas possíveis, os indivíduos são naturalmente diferentes e como consequência possuem interesses distintos, interesses estes que inevitavelmente entram em choque com frequência, criando assim a necessidade de métodos de resolução destes litígios, métodos estes que se mostraram os mais diversos possíveis, a autotutela, até a jurisdição exclusiva do estado.

Como explica Lucena Filho(2012, p.7-8), o conflito faz parte do cotidiano, pois a colisão de ideias é algo inevitável quando se vive em sociedade, não apenas inevitável como importante até certo ponto, pois são os conflitos resultantes do choque de ideias

que criam o substrato necessário para que as sociedades evoluam e adaptem-se às novas realidades que surgem. Por essa razão, o Direito não possui qualquer objetivo de extinguir o conflito de forma definitiva, nem descobrir as causas que favorecem o seu surgimento, e sim resolver as controvérsias que lhe são submetidas, muito embora se utilize dos conhecimentos relativo ao surgimento do conflito para garantir que sua aplicação terá resultados positivos.

Nas sociedades mais antigas a preferência para solucionar disputas era através da autotutela, popularmente conhecida como justiça com as próprias mãos, tal método, entretanto, entregava a vitória do conflito para aquele que demonstrasse ser mais poderoso, seja através da força, seja através do poder aquisitivo, seja através da influência, resultando muitas vezes na sucumbência da parte que possuía o direito. Conforme as sociedades se desenvolviam, novas formas de resolução passaram a ganhar destaque, sendo a arbitragem uma delas.

Apesar de o instituto ser pouco utilizado e disciplinado, sobretudo no Brasil, A arbitragem já era utilizada nas sociedades mais antigas, ainda que de forma secundária se comparada a outras formas. Silva(p.12-15, 2005) cita o direito romano como exemplo, destacando a função de juiz do pai de família, que além de responsável pelos atos dos filhos, também possuía legitimidade para aplicar a justiça aos próprios filhos, posteriormente, mencionando também a liberdade que as partes possuíam para recusar a utilização da jurisdição, dando preferência a um árbitro particular e aos tribunais privados, prevendo também a possibilidade de adotá-la previamente por meio de um contrato, garantindo também ações próprias apenas para este instituto, sendo mais tarde modificado por Justiniano, dando aos magistrados a possibilidade de executar o laudo arbitral, caso a parte sucumbente se recusasse a cumpri-lo, Figueira Junior(1997, p.17) aponta a evolução da justiça em quatro etapas: A resolução por meio da força individual; caracterizada pela autotutela; do arbitramento facultativo, quando as próprias partes concordavam em dar a um terceiro a responsabilidade de decidir como resolver o conflito; do arbitramento obrigatório, quando o próprio estado indicava o árbitro nas situações em que as partes não o fizessem e a justiça pública, caracterizada pelo uso jurisdição estatal na resolução do conflito, que posteriormente passou a ser a forma o método preferido de resolução de litígios, compreendendo a arbitragem apenas como um método secundário, sendo o império romano um forte exemplo de civilização que passou por todas as fases, exemplificando a primeira com a lei das doze tábuas, a

segunda durante todo o tempo, uma vez que a arbitragem sempre foi admitida, a terceiro com os sistemas de processo civil de *legis acciones* e *per formulas* e a quarta com o sistema *cognitio extraordinária*.

No Brasil, a Arbitragem foi disciplinada pela primeira vez através das ordenações Filipinas, especificamente no seu livro 3, títulos XVI e XVII, posteriormente também foi mencionada na constituição imperial de 1824, especificamente em seu artigo 160, chegando a ser obrigatória para determinadas matérias em leis infraconstitucionais a partir de 1831, destacando-se o código comercial que a tornava obrigatória quando o conflito tratasse de locações mercantis ou questões entre sócios, contudo, recebeu severas críticas de juristas durante a época, o que resultou no retorno da voluntariedade em 1867.

Após a proclamação da república, a constituição de 1891 não fez qualquer referência ao instituto, que voltou a ser mencionado no código civil de 1916 e na constituição de 1934, com esta atribuindo exclusivamente à união a competência para legislar sobre arbitragem comercial e tornando-a obrigatória antes de declarar guerra, sendo esta última hipótese mantida na constituição de 1946 e sendo acrescida posteriormente pela constituição de 1967, que passou a prever a arbitragem para conflitos internacionais em geral, nossa atual constituição, de 1988, passou a prever a hipótese de arbitragem em matéria trabalhista, em caso de negociação coletiva.

O instituto também foi incluído na lei dos juizados especiais, contudo, foram poucos os efeitos sentidos, pois a referida lei assegurava a eficácia obrigatória, abrindo espaço para que a parte sucumbente se recusasse a reconhecer a decisão do árbitro após a sentença arbitral, deixando a população insegura e consequentemente causando aversão ao método, a arbitragem apenas começou a ganhar mais relevância e a ser disciplinada de forma mais adequada com o surgimento da lei nº 9307/96.

Atualmente vive-se um momento denominado crise do poder judiciário, no qual o acesso à justiça se mostra insuficiente para ser garantido a todos, é importante esclarecer que o acesso à justiça mencionado não se resume ao simples direito de acionar o judiciário, mas sim quanto à concretização dos direitos na prática, Santos (2004, p.35-36) explica que a visão de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao judiciário se trata de uma concepção do liberalismo do século XIX, contudo tal entendimento não se encaixa mais em nossa realidade, uma vez que o acesso ao

judiciário é apenas um dos fatores limitantes, o mencionado autor destaca outros como a falta de informações da população sobre seus direitos, o formalismo exagerado e a demora na prestação jurisdicional, os custos e as desigualdades socioeconômicas entre as partes, dessa forma a concepção liberal ignora pontos responsáveis por impedir parcela da população de concretizar os seus direitos, esclarecendo que dentre as novas possíveis medidas, está a busca constante de novas formas de resolução de conflitos, pois uma vez que a sociedade muda com o passar do tempo, novos conflitos também surgem, junto com a necessidade de novas formas de resolvê-los.

Também é importante destacar, como afirma Figueira Junior (1997, p.54) que a crise do judiciário não é um sinônimo de crise do processo, ainda que exista relação entre ambos, por se tratarem de problemas com causas diferentes, é diante deste cenário que a arbitragem demonstra ser uma alternativa válida para contribuir com o objetivo de ampliar o acesso à justiça para a população. É importante destacar que a arbitragem não é um método perfeito capaz de solucionar todos os problemas, tal instituto, assim como os outros, possui suas peculiaridades, que lhe conferem características positivas e negativas, tornando-o assim recomendável para determinadas situações e dispensável para outras.

De acordo com Lucena Filho(2012, p.4-9) é importante fazer a distinção entre a cultura do conflito e a cultura da litigância, segundo o autor, a primeira se trata da forma como o conflito surge na sociedade, como este se desenvolve e como as pessoas lidam com estas situações, trata-se de como o conflito se manifesta em determinado meio, é um conhecimento que se mostra útil para os aplicadores do direito, bem como para aqueles que se encontram responsáveis pela pacificação dos conflitos, é a base para a elaboração de ideias que possam melhorar a qualidade dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, bem como aumentar a preferência por tais métodos no lugar da jurisdição.

A cultura da litigância, em contrapartida, consiste na ideia de que a via judicial é a melhor forma de resolução dos conflitos e que esta deve sempre ser a prioridade, tal pensamento predomina, inicialmente, devido ao conceito de acesso à justiça ainda seguido atualmente, que já se mostra ultrapassado, bem como o temor daqueles responsáveis pela aplicação do direito em ter sua influência nas decisões e na construção de entendimentos, somada com a desconfiança quanto à efetividade da utilização de métodos alternativos, contudo, não são as únicas razões para o crescimento

cada vez maior do uso da jurisdição, nosso direito também jamais deu importância a métodos alternativos, sempre priorizando aquela em detrimento destes, e mesmo com as diversas tentativas de reforma do judiciário, nenhuma destas tentou tornar o conflito um objeto também de políticas, mantendo-o sempre como matéria do judiciário. As medidas aplicadas sempre tiveram como foco a quantidade de acordos realizados e processos evitados, contudo, não deu atenção à qualidade dos procedimentos, se ambas as partes de fato estavam satisfeita com o resultado, se os métodos alternativos estavam recebendo novos adeptos, ou se apenas se sentiram coagidos a realiza-los, em virtude da disseminação da ideia de que se deve conciliar sempre que possível apenas por ser o mais correto a se fazer.

Como mencionado anteriormente, a arbitragem é um instituto com particularidades, assim como qualquer outro, o princípio básico da arbitragem é a autonomia da vontade, é esta que confere às partes a liberdade de decidir quem será o árbitro mais confiável e competente para tratar da causa, definir como será o procedimento, listar quais as normas de direito material deverão ser aplicadas ao caso concreto ou se o julgamento será baseado na equidade.

É importante destacar que a autonomia da vontade, assim como qualquer princípio, não é absoluta, estando sujeita a limitações, estas geralmente encontram-se previstas no ordenamento jurídico de cada estado e tem como base a ordem pública, conceituada por Santos(2004, p.40-41) como valores e princípios tidos como indispensáveis para o ordenamento jurídico, que modificam-se, conforme a sociedade e seus valores também mudam, sendo também aplicáveis em relações de direito privado, apresenta ainda a distinção entre a ordem pública interna e internacional, sendo a primeira, como já mencionado, aquela aplicada ao ordenamento jurídico de um estado específico, e a segunda, aplicável em situações ocorridas no estrangeiro, sendo caracterizada pelos tratados internacionais e regras de direito internacional privado.

Silva(2005, p.146) distingue características e vantagens, conceituando características como sendo os aspectos peculiares ao instituto, enquanto as vantagens tratam-se dos benefícios que se pode adquirir ao utilizá-lo, tal distinção entretanto, é muito tênue, a própria autora afirma que nem sempre é possível estabelecer limites bem definidos e que não é raro que ambos se relacionem diretamente. Uma das características, derivada do princípio da autonomia da vontade é a possibilidade de o árbitro disciplinar como será conduzido o procedimento, dentro da autonomia da

vontade está incluída a possibilidade de as partes se omitirem sobre como ocorrerá o processo, desta forma, uma das hipóteses é a de que o próprio árbitro, através de seu conhecimento sobre o objeto do conflito e o objetivo das partes, indique o procedimento que considere ser mais adequado, a outra hipótese é que se utilize da previsão legal, caso exista, do estado em que a arbitragem está sendo realizada.

Outra característica que implicitamente traz uma vantagem, é a confidencialidade, enquanto na jurisdição a regra é a publicidade do processo, salvo nos casos em que a própria lei lhe confere o segredo de justiça, na arbitragem a regra é o procedimento ser restrito ao árbitro e às partes, sendo vedado qualquer compartilhamento com terceiros, entretanto, esta vantagem só é garantida nos casos em que a sentença arbitral seja devidamente cumprida, pois, nos casos em que a parte sucumbente se recusar a cumprir o pedido, a parte vencedora deverá iniciar um processo de execução por meio do judiciário, utilizando a sentença arbitral como título executivo, consequentemente tornando público o procedimento realizado durante a arbitragem.

Outra vantagem é a celeridade, Santos (2006, p. 258-259) aponta que a arbitragem tende a ser mais rápida em relação a outros métodos em razão de dois fatores específicos, o primeiro se trata do árbitro, cargo para o qual as partes costumam eleger pessoas com um vasto conhecimento técnico sobre o objeto do conflito, tal conhecimento técnico se mostra útil para agilizar o processo de produção de provas, assim como para determinar as provas que são necessárias e evitar pedidos meramente protelatórios de qualquer uma das partes, o segundo se trata da vantagem já comentada anteriormente, porém que está diretamente relacionada com a celeridade, a liberdade de escolha quanto às normas que disciplinarão o procedimento, tal fator permite que se descartem os formalismos que não são raros dentro da jurisdição, focando-se apenas nas normas essenciais, ao mesmo tempo que permite a supressão de recursos, garantindo maior rapidez no desenvolvimento de uma decisão definitiva, outro ponto importante indicado por Silva(2005, p.149) em relação ao Brasil, é a dispensa da necessidade de homologação pelo judiciário, tornando a sentença arbitral válida de maneira mais célere.

Como mencionado anteriormente, a arbitragem não se trata de um método perfeito, menos ainda da solução para a crise no judiciário, por essa razão também é importante destacar os defeitos que o instituto possui. A primeira desvantagem inclui uma relativização da celeridade, embora esta seja uma vantagem em relação às partes que optam pela arbitragem de forma autônoma, ocorre um aumento significativo de

instituições especializadas, aumento este com pouco ou nenhum controle, que consequentemente abre espaço um aumento do formalismo do procedimento, aproximando-o da jurisdição, além de facilitar a prática de fraudes e atos abusivos por parte das instituições.

Outro fator negativo, também presente na jurisdição e que a arbitragem não foi capaz de solucionar, se trata dos custos, que continuam sendo um detalhe determinante na desigualdade material entre as partes, pois ainda é necessário o pagamento dos honorários do árbitro e demais custas do procedimento, e embora haja argumentos demonstrando que estas são menores em relação à justiça tradicional, os valores continuam onerosos, evitando assim que o instituto seja acessível à população em geral.

Além das vantagens e desvantagens já destacadas, também existem determinadas afirmações sobre o instituto que se mostram equivocadas e podem vir a confundir sobre sua aplicação.

Welber Barral(2000, p. 95-104) demonstra alguns dos equívocos que não são difíceis de serem escutados, o primeiro deles é o da motivação legislativa espúria, trata-se da ideia de que a arbitragem se propaga por ordem dos detentores do poder econômico, como estratégia para afastar a população do judiciário e consequentemente obter vantagens para si durante a realização de contratos de adesão, pois dessa forma as outras partes se manteriam mais frágeis e não teriam qualquer oportunidade de se igualar à sua posição, e teriam maior dificuldade em obter sucesso ao tentar corrigir eventuais abusos encontrados nos contratos. Segundo o autor, tal afirmação está equivocada por presumir que o instituto surgiu sem qualquer prévio conhecimento, contudo, seu projeto de lei foi discutido durante 5 anos antes de integrar o ordenamento jurídico, tendo esta discussão, contado com a participação de inúmeros juristas com vasto conhecimento, também teve suas ideias discutidas por diversas obras publicadas durante a década de 1980.

Também ressalta que a arbitragem não se resume a um mero resultado do neoliberalismo, uma vez que o instituto, em sua essência, já foi utilizado inúmeras vezes no decorrer da história, incluindo as épocas em que tal pensamento ainda não existia, é importante não confundir tal afirmação, com o fato de a arbitragem compactuar com as ideias liberais, pois embora não seja um mero elemento do pensamento liberal, é fato que este, junto com a globalização que veio posteriormente, facilitaram a utilização e o

desenvolvimento do instituto. Outro ponto trata da ideia de que a arbitragem oprime o consumidor, o equívoco da afirmação está inicialmente no fato de que uma vez selecionado o Código de Defesa do Consumidor como norma aplicável ao procedimento, o árbitro não poderá ignorá-lo baseado no simples achismo de que é o certo a se fazer, devendo obedecer às disposições da norma no momento da sentença arbitral. Tomando como base a utilização do instituto em territórios estrangeiros, também não existem sinais de opressão ao consumidor, tendo dentre suas principais razões, o fato de o custo que o procedimento exige ser inviável em comparação ao que se ganharia em uma causa cujo objeto é um contrato de pequenos valores, o outro motivo é o costume existente entre os árbitros de interpretar os contratos de forma mais rígida que o próprio judiciário, desta forma, afastando o interesse dos fornecedores, por essas razões, segundo o autor, a arbitragem é pouco utilizada no mundo quando o objeto envolve o direito do consumidor.

Outro mito existente é o de que a arbitragem prejudica a advocacia, o equívoco mais uma vez está no fato de não ter sido identificado nenhum sinal que indicasse a veracidade de tal afirmação, sendo observado o exercício da advocacia ocorrendo normalmente mesmo depois do surgimento do instituto, ao mesmo tempo, também permite aos advogados a oportunidade de novos trabalhos, uma vez que as grandes empresas costumam trazer a assessoria de um advogado ao participar de um procedimento arbitral, e pelo fato de ser comum que juristas exerçam a função de árbitro.

2. A LEI 9307 E O CONCEITO DE DIREITOS DISPONÍVEIS NO DIREITO DO TRABALHO

É necessário, primeiramente, mencionar a divisão do direito do trabalho em direito individual, caracterizado pela relação na qual existem direitos específicos entre empregadores e empregados que são analisados individualmente, e direito coletivo, caracterizado pela discussão de direitos gerais aplicados a toda a categoria. Com uma maior valorização da arbitragem, conferida pela lei 9307/96, é possível extrair uma aproximação maior a ideia do liberalismo, este ideal tem como fundamento principal a liberdade dos indivíduos tomarem suas próprias decisões sem que o estado interfira nas suas ações, tendo como base a premissa de que a maior parte dos fatores que compõem a

vida em sociedade podem ser regulados através do exercício da liberdade individual, pelo fato de os indivíduos terem mais conhecimento sobre a defesa de seus interesses do que o Estado, tal elemento também está presente na arbitragem, seja na decisão de incluir a arbitragem no contrato ou optar por ela após o surgimento de um litígio, seja ao realizar um acordo com um árbitro determinado para que ele julgue a causa, seja no momento de escolher quais normas irão disciplinar o procedimento.

O Direito do Trabalho, em oposição à concepção individualista presente nos pensamentos liberais, surgiu como uma consequência do período da revolução industrial, no qual a exploração do trabalho atingia níveis mais extremos a cada dia, com homens, mulheres e crianças realizando jornadas extremamente longas em troca de uma remuneração muito baixa e sob as piores condições de trabalho possíveis, levando a classe trabalhadora a reivindicar um estado mais ativo no que diz respeito a proteger seus direitos e lhes garantir a sua dignidade, a ideia de cada indivíduo manifestando sua vontade livremente já não era o suficiente para regular a situação, visto que a situação de necessidade em que se encontravam os empregados os colocava em uma posição hipossuficiente em relação ao empregador, em virtude da grande procura desproporcional em relação à baixa oferta de empregos.

Uma vez que o Direito Civil com suas ideias voltadas ao individualismo se mostrava incapaz de regular este aspecto da vida social, o contexto favoreceu o surgimento do Direito do Trabalho, do qual se comprometeria a disciplinar as relações trabalhistas, atentando para os fatores específicos de uma relação trabalhista que eram anteriormente ignorados, e garantindo aos trabalhadores o mínimo de proteção que necessitavam. Com base nesses preceitos, surge o princípio da Proteção, com o objetivo de dar ao trabalhador todo o suporte necessário para estar em posição semelhante ao empregador dentro da relação trabalhista, a partir deste princípio geral, surgiram outros específicos, dentre eles merece destaque o da Irrenunciabilidade e Intransacionabilidade, do qual proíbe ao empregado abrir mão ou reduzir direitos trabalhistas de caráter público ou indisponíveis, ou seja, aqueles regulados pelo estado e cujo interesse é coletivo, acima do trabalhador individual, diferente daqueles disponíveis, que consistem em direitos especificamente patrimoniais, segundo Cassar (2014, p.9), estes consistem naqueles que possuem expressão econômica, ou seja, cujo valor pode ser determinado por uma quantia específica de dinheiro, contudo, também destaca que em virtude da proteção conferida ao trabalhador, os direitos de natureza privada, ainda que patrimoniais, não podem ser objeto de renúncia, uma vez que esta é

considerada prejudicial, o mesmo raciocínio é aplicado quanto à transação, que embora seja permitida neste caso, somente é tolerada enquanto não prejudicar o empregado, sendo vedada a partir do momento em que demonstre ser prejudicial.

Um ponto importante a ser destacado é o artigo 9º da Consolidação das leis do Trabalho, um dos principais exemplos da materialização do princípio da proteção dentro da norma escrita, tal artigo torna nulo qualquer ato visando retirar do empregado os direitos presentes na CLT, evitando assim a perda destes direitos. Saad (2004, p. 57-60), ao comentar este artigo, faz uma pequena comparação ao código civil, especificamente sobre a parte que trata de manifestação de vontade de incapaz, com o empregado que consente em determinado contrato, porém, percebe posteriormente que seu cumprimento não lhe é benéfico, manifestando seu entendimento de que o direito do trabalho não comporta um tratamento semelhante ao direito civil, principalmente em se tratando da transação de direitos.

A lei 9307/96 em seu artigo 1º especifica de forma geral que a arbitragem apenas pode ser utilizada nos litígios em que se envolvam direitos patrimoniais disponíveis, isto é, que não sejam imperativos e de ordem pública, Furtado e Bulos (1998, p. 27-28) explicam melhor, ao mencionar que se tratam daqueles direitos que podem ser abarcados em um negócio jurídico, sendo restritos àqueles que se mantenham nos limites do interesse particular do indivíduo, excluindo os coletivos e os individuais homogêneos, citando como exemplo o direito de família e conflitos cujo objeto envolva direito previdenciário. Entretanto, como sugerido anteriormente, o conceito de disponível não possui interpretação única para todos os ramos do Direito, sendo possível que haja variações de acordo com qual destes será analisado.

O direito do trabalho é um dos ramos que possui suas peculiaridades no conceito de disponibilidade, considerando que trata de relações com desigualdade presumida entre as partes, conforme mencionado anteriormente, dentre elas, é possível mencionar os limites do “imperativo e de ordem pública”, que para alguns não inclui aqueles direitos criados no contrato a partir da discussão entre as partes, pois boa parte destes se trata de questão somente patrimonial, fator que os excluiria da ordem pública e o tornaria disponível.

Outra divergência existente diz respeito à aplicação do conceito de “imperativo e de ordem pública”, pois, embora determinado direito seja considerado de ordem pública sem qualquer controvérsia, a simples classificação não seria o suficiente para proibir a aplicação da arbitragem, o que estaria proibido é a sua redução atingindo

níveis prejudiciais ao empregado, portanto, neste entendimento a transação através da arbitragem pode ser aplicada, devendo apenas haver o questionamento após a sentença arbitral, caso seja detectada situação que cause lesão à ordem pública e ao empregado.

Nascimento(2011, p. 419-422) discorre sobre a inderrogabilidade da lei trabalhista, mencionando o conceito criado pela doutrina, denominado “ordem pública absoluta”, ideia presente no direito público que foi passada para o direito do trabalho, tinha o objetivo de proteger o trabalhador e garantir a efetividade das normas trabalhistas, contudo, tal conceito quase resultou em uma estabilização total das relações de trabalho, conseguindo impedir alterações que se tornassem prejudiciais ao empregado, porém, também impediu alterações que fossem benéficas, o que levantou questionamentos sobre até que ponto esta ideia de fato beneficiava ao empregado, tais questionamentos resultaram em sua substituição pela ordem pública social, do qual era mais flexível e permitia modificações. É importante esclarecer que o critério meramente cronológico não é uma garantia de avanço, O autor entende que se por um lado a ideia de ordem pública social permitiu alterações benéficas para os trabalhadores, por outro contribuiu para que normas meramente protetivas sem qualquer perspectiva de aumento, como as de saúde por exemplo, pudessem ser alteradas negativamente para o trabalhador, por essa razão o autor afirma que a ideia de ordem pública social deve ser interpretada como uma alternativa para os casos em que a ordem pública absoluta não seja aplicável, não como uma inovação que representa um avanço absoluto e que deve ser aplicada em todas as situações possíveis em virtude de uma falsa crença de que suprimiu a ideia anterior, exemplificando com a possibilidade de aplicação da ordem pública absoluta em direitos individuais com interesses sociais, ao mesmo tempo em que reconhece que outras podem ser mais abertas a alterações, acrescentando ainda que tais aplicações não são permanentes, pois é fato que a sociedade é dinâmica e está se alterando constantemente, forçando o direito a tentar acompanhá-la, tal fenômeno é ainda mais forte em relação ao direito do trabalho, pois este apresenta uma vulnerabilidade maior em relação às transformações políticas e econômicas conforme estas ocorrem.

Barros(2011, p. 68) ao discorrer sobre a flexibilização, cita a crise do petróleo da década de 1970, a inovação tecnológica e a competitividade com países orientais como exemplo de mudanças na sociedade que refletem diretamente no direito do trabalho, forçando-o a se adaptar à realidade. Segundo a autora, um dos principais resultados destas mudanças é a aplicação da flexibilização autônoma, impedindo que o

estado prejudique o trabalhador por meio de decisão unilateral, e restringindo-o apenas às regras consideradas de maior importância, dessa forma, dando mais espaço às negociações coletivas e possibilitando a adaptação das relações em relação às mudanças ocorridas no mundo, entretanto, a autora entende que tal pensamento não se aplica às relações individuais, como fica evidenciado ao não considerar uma sentença arbitral uma fonte do direito do trabalho nesta situação. Santone Carajelescov (2010, p.103-104) ao discorrer sobre o assunto, também atenta para não confundir a flexibilização com desregulamentação, sendo a primeira uma forma de abertura a novas alternativas, sem no entanto, abandonar o trabalhador por conta própria, enquanto a segunda pressupõe o abandono total, se limitando à igualdade formal, sem preocupar-se com a igualdade material.

Também é possível explicar a indisponibilidade através das formas de intervenção da ordem pública, sendo estas a proibitiva, da qual impede qualquer discussão que cogite diminuir determinado direito, visto ser ele de extrema importância e de interesse geral, e a restritiva, que admite a transação, e conseqüentemente a utilização da arbitragem, no qual a ordem pública serve como parâmetro para analisar o possível conteúdo abusivo dentro da sentença arbitral.

Outro ponto importante é a confusão que eventualmente ocorre entre direitos trabalhistas e crédito de natureza trabalhista, João Correia, citado por Santone Carajelescov (2010, p. 117), menciona que existe o entendimento de que uma vez que ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho, é possível a aplicação da arbitragem, uma vez que o empregado já não se encontra mais em posição hipossuficiente, pois já não está mais subordinado ao empregador, podendo assim dispor livremente sem temer a pressão de um superior hierárquico ou a possibilidade de perder o emprego do qual depende, ao mesmo tempo em que explica o pensamento de que créditos trabalhistas após a relação de trabalho passam a ter natureza patrimonial, desta forma, passando a ser um direito disponível, ideia semelhante também é mencionada por Veiga Damasceno(2002, p. 34), ao distinguir as formas de renúncia, o autor discorre sobre o princípio da irrenunciabilidade fazendo a distinção entre a renúncia anterior à vigência do contrato, sendo esta nula de pleno direito por se tratar de direitos dos quais o empregado nunca possuiu, a renúncia durante a vigência do contrato, sendo esta a que o princípio se refere diretamente, pelas razões já discutidas anteriormente, e a renúncia após a rescisão contratual, admitindo a possibilidade em princípio.

Santone Carajescov cita ainda, que as hipóteses em que a jurisdição seja a única opção válida estão disciplinadas expressamente pela lei, deixando aberta a interpretação de que as situações não especificadas admitem a utilização da arbitragem, uma vez que não há qualquer previsão legal disciplinando o contrário.

Pereira (2008, p. 2) faz uma análise do instituto da arbitragem separando entre a visão social, econômica e jurídica, destaca que o artigo 764 da CLT presume a disponibilidade, uma vez que adota a conciliação como possibilidade geral, demonstrando assim que a transação é possível, e consequentemente admitindo que a disponibilidade também é uma regra geral, legitimando assim a utilização da arbitragem mesmo em conflitos individuais. Um fato importante é que com a inexistência de qualquer legislação que discipline a aplicação da arbitragem adequando-a especificamente ao direito do trabalho, assim como inexistência qualquer disposição explícita na lei vedando a sua aplicação em dissídios individuais, desta forma, a lei 9307/96 é aplicada de forma subsidiária, em observância ao artigo 769 da CLT, cabendo à doutrina e ao judiciário a interpretação de qual a melhor forma de aplicação.

Adepto do entendimento da indisponibilidade, Godinho(2016, p. 220) aplica tal princípio com a separação entre indisponibilidade absoluta e relativa, o autor explica que a indisponibilidade absoluta, do qual veda qualquer disponibilidade, seja esta a supressão ou a transação, se aplica às relações direito individual que tenham como objeto direitos já consagrados ao longo da história, como por exemplo o salário mínimo, as normas de proteção à saúde do empregado, e direitos previstos em lei de maneira geral, também inclui nesta classificação aqueles direitos originados de negociação coletiva no âmbito individual, ou seja, caso algum acordo coletivo ou convenção coletiva resulte em uma nova garantia para os trabalhadores de determinada categoria, tal garantia não poderá ser diminuída dentro de um contrato entre um empregado específico e o empregador, tal garantia só poderá ser alterada por outra negociação coletiva, respeitadas as devidas regras. A indisponibilidade relativa, de forma diferente, admite a transação parcialmente, vedando-a a partir do momento em que esteja evidente o prejuízo ao trabalhador, tal classificação engloba os direitos surgidos a partir da relação individual entre um empregado específico e o empregador, uma vez que estes não se tratam de conquistas consagradas na história previstas em lei, como por exemplo a modalidade de salário a ser pago, podendo este ser fixo ou variável, porém sempre dentro dos limites benéficos ao trabalhador. Tal classificação, contudo, não é totalmente aceita, Cassar(2014, p. 206-207)) entende que o termo indisponibilidade relativa é

inadequado por se basear na hipótese excepcional ao invés da principal, demonstrando ser mais adequada do termo “disponibilidade relativa”, pois pelo fato de tratar-se de normas de interesse exclusivo do indivíduo criadas especificamente no contrato, a disponibilidade torna-se a regra, sendo a hipótese de indisponibilidade por prejuízo ao trabalhador apenas uma exceção.

3. PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIAIS E ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

A discussão sobre a possibilidade de aplicar a arbitragem em dissídios individuais também está presente nos tribunais, com destaque para o Tribunal Superior do Trabalho, o órgão citado profere suas decisões em favor do entendimento da não aplicação do instituto em conflitos individuais, exemplo deste entendimento é possível notar no recurso de embargos nº 217400-10.2007.5.02.0069, na qual um recurso de revista havia sido interposto anteriormente e foi conhecido, contudo, o mérito foi negado, sendo posteriormente interposto embargo, com objetivo de mudar a decisão e garantir a aplicação da arbitragem, utilizando como fundamento inicialmente a ausência de proibições, alegando que a legislação se resume a disciplinar a aplicação em dissídios coletivos, permitindo indiretamente que o instituto fosse utilizado, ainda que sem uma forma definida por lei. Na discussão do mérito, foram utilizados diversos precedentes entre os entendimentos manifestados pela Subseção especializada em dissídios individuais I, dentre eles, um que utilizava como fundamento para negar provimento ao recurso a interpretação de que a redação do artigo 114, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal restringe a arbitragem apenas aos conflitos coletivos, descartando qualquer possibilidade de aplicá-la fora da situação especificada nos parágrafos, outro fundamento utilizado foi a desigualdade entre as partes, em virtude da posição do trabalhador que em regra não possui o mesmo poder de negociação que o empregador, por causa de sua posição hierarquicamente inferior, razão pela qual entende que sua mera manifestação de vontade não pode ser aceita de qualquer forma, mencionando ainda que tais fundamentos são a base do princípio da proteção e da irrenunciabilidade, cujo entendimento é o de que se aplicam nesta situação. Outro fundamento não muito comum, porém utilizado, foi o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que garante o acesso ao judiciário por parte dos empregados, adotando o entendimento de que uma vez que a garantia está expressa na constituição, não é cabível a eleição de

arbitragem, de forma a renunciar a utilização do judiciário em favor de um terceiro, também é utilizado como fundamento o artigo 876 de Consolidação das Leis do Trabalho, que, mesmo com a previsão expressa da possibilidade de utilização do direito processual comum de forma subsidiária, é este artigo que define as hipóteses de títulos executivos aplicáveis à justiça do trabalho, a partir do entendimento de que se trata de um rol taxativo, a sentença arbitral não é uma opção, uma vez que não está prevista neste artigo. Como resultado, foi conhecido o recurso por embargos de divergência, sendo negado o mérito.

No agravo de instrumento nº 160800-39.2008.5.02.0002 também é possível encontrar a discussão sobre o instituto, trata-se de um recurso interposto pela empresa que estava no polo passivo da ação, questionando o recurso de revista denegado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, sob o fundamento de não estar entre as hipóteses do artigo 896 da Consolidação da Leis do Trabalho. O recurso foi conhecido por preencher os requisitos de admissibilidade, por parte do mérito, foram discutidos os fundamentos utilizados pela empresa reclamada para ter se utilizado do recurso de revista, dentre eles, estava o de que o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a utilização da arbitragem como método de resolução dos conflitos, uma vez que o artigo prevê a possibilidade de utilização do direito processual comum nas situações em que o direito processual do trabalho não possua previsão legal, também acrescentou que a irrenunciabilidade dos direitos apenas existe enquanto vigente o contrato de trabalho, de forma que uma vez extinta a relação empregatícia, a indisponibilidade não existe mais, seguindo a mesma linha daqueles que adotam o entendimento favorável à ideia de que créditos de natureza trabalhista são disponíveis em virtude de não existir mais uma relação desigual de subordinação em que uma parte hierarquicamente superior estaria exercendo influência sobre outra parte hierarquicamente inferior, ao mesmo tempo em que tais créditos possuem apenas natureza patrimonial, tornando-os disponíveis. A 7ª turma do Tribunal Superior do Trabalho, SDI-1, no entanto, adotou o entendimento de que a transação depende do acompanhamento do sindicato ou do Ministério do Trabalho e Emprego, ao mesmo tempo em que é necessária a especificação das parcelas quitadas, conforme está previsto no artigo 477, §1º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. Também afirmou o entendimento de que a sentença arbitral não possui a qualidade de coisa julgada, de forma que considerar a quitação baseado apenas nela é ignorar completamente as particularidades que formam o direito do trabalho e resumir o conflito a apenas mais um

litígio envolvendo contratos de Direito Civil. Afirmou ainda que a situação de vulnerabilidade do empregado não cessa com o fim da relação empregatícia, de forma que a indisponibilidade de seus direitos se mantém mesmo após este momento, destacando o contexto da situação de desemprego, que agrava a já existente vulnerabilidade por parte do empregado, ao mesmo tempo em que mesmo os sindicatos que em teoria possuem igualdade na relação acabam sendo afetados e também se tornando mais vulneráveis, destacando ainda a necessidade de observar a boa-fé como princípio que deve ser aplicado a todo contrato, incluindo aqueles relacionados ao Direito do Trabalho. Também foi utilizada como fundamento a súmula 330 deste tribunal, uma vez que esta prevê que a quitação de verbas rescisórias, mesmo quando acompanhada por sindicato, não é irrestrita, com maior razão a quitação limitada a procedimento arbitral não deve ser válida. Por fim, esclarece que a solução extrajudicial adequada para resolver dissídios trabalhistas é através das comissões de conciliação prévia, que estão previstas na lei 9958/2000.

No recurso de revista nº 192700-74.2007.5.02.0002, a discussão ocorre em virtude da negação de um recurso ordinário interposto anteriormente, seguida do conhecimento do recurso quanto à admissibilidade junto com o não conhecimento quanto ao mérito. Dentre os fundamentos apontados pela 6ª turma do TST para tomar a sua decisão, iniciou-se dando destaque ao fato de o artigo 1º da lei 9307/96 prever a utilização da arbitragem apenas para direitos disponíveis, sendo, portanto, aplicável apenas para conflitos que tomem como base o Direito Civil, sendo inaplicável para o Direito do Trabalho, em virtude deste envolver a relação de trabalho, elemento específico que inviabiliza a utilização do instituto, alegou ainda que o artigo 114, parágrafos 1º e 2º deixa claro que a utilização da arbitragem pode ocorrer apenas quando se tratar de direito coletivo, excluindo qualquer possibilidade de ser utilizada em situações que envolvam direitos individuais, completa ainda o raciocínio citando as Comissões de Conciliação Prévia, que estão previstas pela lei como sendo o método extrajudicial selecionado especificamente para resolver tais conflitos que versem sobre direitos individuais, sendo portanto o único adequado, acrescentando ainda que mesmo a referida lei já foi objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, por também possibilitar, ainda que de maneira mais branda em relação à arbitragem, a exclusão do poder judiciário da discussão sobre direitos prejudicados. O conteúdo da sentença arbitral do caso em questão prevê a quitação de todas as verbas trabalhistas, com previsão expressa de nunca poderem ser reclamadas, o entendimento predominante

sobre tal previsão é o de que ela é vedada, pois além de violar expressamente o princípio de proteção, deixando o empregado a mercê da relação desigual entre as partes, também retira do trabalhador o seu direito de acionar o judiciário previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que quebra a hierarquia das fontes formais do direito, na qual a constituição está acima da sentença arbitral, cuja legislação trabalhista em nenhum momento confere à sentença arbitral essa possibilidade, sob o argumento de que ao conferir a qualidade de coisa julgada para a sentença mencionada, estaria sendo criada uma justiça privada, sendo algo inadmissível. Também foi feita menção aos artigos 18 e 31 da lei nº 9307/96, que dispõem respectivamente sobre a qualidade de juiz que o árbitro possui, juntamente com a dispensa da necessidade de homologação da sentença arbitral pelo poder judiciário e sobre as qualidades de sentença judicial e título executivo concedidas à sentença arbitral, entretanto, o acórdão segue o entendimento de que estes artigos entram em conflito com o inciso da Constituição Federal citado anteriormente, e que ainda que exista alguma possibilidade de aplica-los de forma excepcional, esta aplicação é exclusiva dos ramos do direito em que predomina o princípio da autonomia da vontade, tais como o Direito Civil, Direito empresarial e Direito Internacional, encontrando-se o Direito do Trabalho excluído de qualquer possibilidade no que diz respeito aos direitos individuais, uma vez que este ramo do direito possui natureza protetiva e o princípio da autonomia da vontade limitado por outros, como o princípio da proteção e o princípio da irrenunciabilidade. Diante de todos os fundamentos discutidos, o fundamento relativo à aplicação da arbitragem não foi conhecido.

No recurso de revista nº TST-RR-189600-42.2008.5.07.0001, trata-se de um contrato no qual foi inserida cláusula arbitral ainda durante a sua vigência, passando assim para o árbitro a competência para resolver quaisquer conflitos que viessem a surgir, o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª região deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, cujo pedido era afastar a extinção do processo sem resolução de mérito, fundada em sentença arbitral, e pedir o retorno dos autos à vara de trabalho de origem. Com o provimento do recurso ordinário, a reclamada interpôs o mencionado recurso de revista, com o objetivo de garantir a produção dos efeitos da sentença arbitral. O recurso foi conhecido, quanto aos requisitos de admissibilidade, quanto ao mérito relativo à aplicabilidade da arbitragem, a reclamada argumentou em favor da aplicação da cláusula, usando como fundamento a violação dos artigos 23 e 25 da lei nº 9307/96, que tratam respectivamente da possibilidade das partes definirem um

prazo para que a sentença arbitral seja proferida, sendo o prazo padrão de 6 meses caso nenhum seja definido, e sobre a necessidade de suspender o procedimento arbitral e remeter as partes ao poder judiciário, caso fosse verificada alguma controvérsia quanto a existência ou não de direito disponível que necessitasse de julgamento, sendo este último atualmente revogado pela lei nº 13129/15, contudo, ainda eficaz na época em que o acórdão foi proferido . Também afirmou existir violação dos incisos II e XXXV da Constituição Federal, que dispõem respectivamente da não obrigação de fazer nada, salvo por força da lei e da impossibilidade de ser excluído o poder judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, do §1º do artigo 114 também da Constituição Federal, que versa sobre a possibilidade de eleger árbitros em caso de negociação coletiva frustrada, também alegou violação do inciso VII do artigo 267 do Código de Processo Civil de 1973, que garantia a extinção do processo sem resolução de mérito por meio de sentença arbitral, seguindo a ideia de que é possível neste caso aplicação subsidiária do direito processual civil no direito processual do trabalho, importante ressaltar que tal dispositivo foi alterado pelo Código de Processo Civil de 2015, porém ainda era válido durante a época em que foi proferido o acórdão. Julgando improcedente o pedido de aplicação da sentença arbitral, a 8ª turma se baseou em precedentes que confirmam ser este o entendimento adotado pelo tribunal sobre o assunto, dentre os fundamentos apontados nos precedentes, está a incompatibilidade do artigo 1º da lei 9307/96 com o princípio da proteção, pelo fato de o referido artigo deixar claro em sua redação que a aplicação de Arbitragem está restrita aos direitos disponíveis, ao mesmo tempo em que o referido princípio restringe o conceito de disponibilidade dentro do Direito do Trabalho, excluindo totalmente qualquer possibilidade em relação à aplicação em direitos individuais, visto que estes se tratam de direitos específicos e de pessoas específicas, prejudicando o acesso às garantias mínimas conferidas ao trabalhador, enquanto o artigo 114, §1º e 2º da Constituição Federal prevê excepcionalmente a possibilidade de aplicação nos conflitos que tenham como objeto o direito coletivo, pelo fato de se tratarem de direitos gerais e abstratos aplicados à categoria profissional, que não prejudicam o trabalhador no que diz respeito às suas garantias mínimas, bem como por existir a intervenção do sindicato e possuir um contexto em que os empregados e o empregador se encontram em posição semelhante para negociar. Por fim, o recurso teve seu provimento negado quanto ao mérito, em decisão por unanimidade.

No Recurso Ordinário nº 0001601-58.2010.5.02.0471, discutido no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região se trata de um recurso interposto pela reclamada cuja

decisão da 1ª vara do trabalho de São Caetano do Sul não lhe havia sido favorável, na discussão do mérito do recurso, a reclamada afirmou que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, pois a reclamante teve a oportunidade de se manifestar no momento em que se encontravam na câmara arbitral, tendo se recusado a realizar novas alegações por decisão própria, não poderia voltar a discutir sobre o conflito novamente. A 4ª turma do referido tribunal, ao fundamentar a sua decisão destacou a impossibilidade de encaixar o direito individual presente no Direito do Trabalho dentro do conceito de disponibilidade presente no artigo 1º da lei 9307/96, pois a sentença arbitral teria o poder de suprimir até os direitos mais básicos do trabalhador, violando diretamente a Constituição Federal, uma vez que esta prevê expressamente a dignidade da pessoa humana e diversas garantias dela decorrentes, além de o princípio da irrenunciabilidade que visa proteger o próprio trabalhador de optar por medida que venha a prejudicar a si mesmo em virtude de influências externas, para materializar tal ideia cita também os artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, que garantem respectivamente a nulidade para qualquer ato que tenha como objetivo impedir as garantias presentes na norma citada, e a nulidade de alterações em contratos individuais de trabalho que venham a prejudicar o empregado direta ou indiretamente, ainda que tenha existido consentimento, também fez questão de mencionar o desequilíbrio de poder existente em uma relação individual, estando o trabalhador submisso ao poder econômico do empregador. Outro fundamento mencionado foi a qualidade de juiz concedida ao árbitro junto com a dispensa da apreciação por parte do judiciário da sentença arbitral, contidos no artigo 18 da lei nº 9307/96, assim como a qualidade de título executivo, junto com a qualidade equivalente a uma sentença judicial conferidas à sentença arbitral previstas pelo artigo 31 da mesma lei, e o conflito existente entre o conteúdo de ambos os artigos com o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição federal, que garante o acesso ao judiciário em qualquer caso em que direitos sejam prejudicados. Desta forma, decidiu por negar provimento ao recurso, seguindo o entendimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

CONCLUSÃO

Conforme toda a discussão realizada sobre o instituto da arbitragem, foi possível observar que este já era aplicado em sua essência durante os mais diversos períodos na

história, observou-se o caminho que o instituto percorreu desde o início de sua utilização em território brasileiro, desde a forma como era disciplinada no período das ordenações, até a sua presença nas constituições e legislações infraconstitucionais posteriores.

A crise no judiciário, que é frequentemente comentada, não pode ser ignorada, e apesar de existirem diferentes opiniões sobre seu significado, deve esta ser discutida e a partir das discussões, extrair medidas que possam solucionar os principais empecilhos que causa, sendo um deles adaptar o conceito de acesso à justiça para nossos tempos atuais, ou seja, não apenas dar a qualquer cidadão o direito de acionar o judiciário, mas sim dar esta possibilidade a todos junto com a garantia de que os direitos discutidos serão garantidos para aqueles que os possuam, tendo a arbitragem se mostrado uma possibilidade, ao considerar todos os seus benefícios e defeitos, ao mesmo tempo em que foram descartadas determinadas afirmações sobre o instituto que se mostraram equivocadas.

Embora o instituto seja um método alternativo válido ao se considerar o judiciário como um todo, é importante garantir que a qualidade não seja comprometida em detrimento da quantidade, isto é, não passar uma ideia genérica de que evitar a jurisdição é a coisa certa a se fazer simplesmente por supostamente ser o correto apenas para diminuir o número de processos, mas sim garantir que quando utilizado, produza resultados que satisfaçam as partes e assim aumentem a preferência pela utilização do método pela confiança das próprias partes.

Os princípios que regem o direito do trabalho surgem com base em um período na história em que a exploração aos trabalhadores chegava a situações extremas, de forma que a simples concepção individualista mostrava-se incapaz de protegê-los de abusos, demonstrando assim, a necessidade não apenas de uma legislação, mas também de princípios que os protegessem.

A lei 9307/96 em seu primeiro artigo exige de forma expressa que o objeto de um procedimento de arbitragem seja um direito disponível, porém, para tentar aplicar tal lei ao direito do trabalho, é necessário que o instituto esteja devidamente consolidado para a obtenção de um resultado conclusivo, ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho já autorize indiretamente a outra legislação como forma subsidiária para assuntos que não esteja disciplinando.

Ao considerar a divisão entre direito individual, caracterizado por aqueles devidamente definidos para um empregado específico, e direito coletivo, que diz

respeito àqueles que são discutidos e negociados pela própria categoria, diante de tal divisão ocorre um choque, uma vez que os princípios possuem um caráter protetor, de forma a limitar a definição do que é disponível, sendo este o principal empecilho para decidir se a arbitragem pode ou não ser aplicada no direito do trabalho ao discutir sobre direitos individuais, dentro as controvérsias envolvendo tal conflito, destacam-se o compromisso arbitral, e a utilização da arbitragem após o fim do contrato.

Entre as concepções de disponibilidade existente, estão a de que não são disponíveis aqueles direitos que se refiram conquistas históricas devidamente reconhecidos, pois estes se tornaram cristalizados, por serem compreendidos como sendo o mínimo necessário para a dignidade do trabalhador, enquanto outros direitos que não se encaixem nesta definição podem ser considerados disponíveis. Outra concepção é a de que enquanto o empregado estiver em posição desigual em relação ao empregador, não terá disponibilidade de seus direitos para aplica-los à arbitragem, sendo bastante utilizada nesta concepção a ideia de que a situação de desigualdade somente existe durante a elaboração e a vigência do contrato, cessando a partir do fim do contrato, onde o direito se tornaria patrimonial, desta forma, disponível.

Ao ser discutida dentro dos tribunais, o entendimento é pacífico no sentido de que a arbitragem não pode ser aplicada aos direitos individuais, seguindo o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, de que não apenas os princípios inviabilizam tal aplicação, como também a própria legislação infraconstitucional não abre qualquer margem para isso.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. **A Arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª região. Recurso Ordinário, nº 0001601-58.2010.5.02.0471. Transbraçal – Serviços de transporte e limpeza geral e recursos humanos LTDA e Município de São Caetano do Sul junto a Aldina De Lurdes Aires. Relatora: Desembargadora Maria Isabel Cueva Moraes. **PROCESSO Nº 0001601-58.2010.5.02.0471-4a Turma**. São Paulo, n. 20140854880, p.1-9, out. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, nº 160800-39.2008.5.02.0002. Icomon Tecnologia LTDA e Leandro Ferreira

Leite junto a Telefônica S.A. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. 19 de novembro de 2014. **PROCESSO Nº TST-AIRR-160800-39.2008.5.02.0002**. Brasília, p.1-7, nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de embargos, nº 217400-10.2007.5.02.0069. Icomon Tecnologia LTDA e José Edilberto Mota Ferreira junto a Telefônica Brasil S.A. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa. 25 de abril de 2013. **PROCESSO Nº TST-RR-217400-10.2007.5.02.0069 - FASE ATUAL: E**. Brasília, p.1-11, maio. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista, nº 189600-42.2008.5.07.0001. Brazil Properties S/C LTDA e Renato Prates Corrêa junto a Brasil USA Vacations LTDA. Relator: Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria. 14 de novembro de 2012. **PROCESSO Nº TST-RR-189600-42.2008.5.07.0001**. Brasília, p.1-15, nov.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista, nº 192700-74.2007.5.02.0002. Comércio De Tecidos Silva Santos LTDA e Josimar Santana De Souza. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. 19 de maio de 2010. PROCESSO Nº TST-RR-192700-74.2007.5.02.0002. Brasília, p.1-11, maio. 2010.

CARAJELESCOV, Paula. Corina. Santone. **A arbitragem nos conflitos individuais do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. **Direito, processo e justiça do trabalho: Princípios e perspectivas**. Barueri: Manole, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

FILHO, Humberto Lima de Lucena. **A CULTURA DA LITIGÂNCIA E O PODER JUDICIÁRIO: NOÇÕES SOBRE AS PRÁTICAS DEMANDISTAS A PARTIR DA JUSTIÇA BRASILEIRA**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>. Acesso em: 30 dez. 2016.

FILHO, Humberto Lima de Lucena. **AS TEORIAS DO CONFLITO: CONTRIBUIÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA UMA SOLUÇÃO PACÍFICA DOS LITÍGIOS E PROMOÇÃO DA CULTURA DA CONSENSUALIDADE**.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c2>.

Acesso em: 30 dez. 2016.

FURTADO, Paulo.; BULOS, Uadi Lammêgo. Lei da arbitragem comentada. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUNIOR, Joel. Dias. Filgueira. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Ana Lúcia. CARTAS - Arbitragem trabalhista é segura? **Gazeta Mercantil**, São Paulo Abril 15 2008.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. 37 ed. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi Dos. Arbitration and access to justice. **Seqüência ; Estudos Jurídicos e Políticos**, Santa Catarina, v. 27, n. 53, p. 253, dez. 2006.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi Dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: Um caminho para o judiciário**. Barueri: Manole, 2005.

