



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
SANDRA MARIA ZIMMERMANN

LEI N° 9307/96 - A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
TRABALHISTAS

Palhoça
2009

SANDRA MARIA ZIMMERMANN

**LEI N° 9307/96 - A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
TRABALHISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Martha Lúcia de Abreu Brasil

Palhoça
2009

SANDRA MARIA ZIMMERMANN

**LEI N° 9.307/96 - A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
TRABALHISTAS**

A presente monografia foi aprovada como requisito para obtenção do grau em bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL / Palhoça/SC.

Palhoça, 27 de novembro de 2009

Professora. Martha Lúcia de Abreu Brasil – Orientadora
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. – Membro
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. - Membro
Universidade do Sul de Santa Catarina

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia: A Deus pelo que já
consegui em minha vida; In memoriam, Ilton
Luiz Zimmermann e Alvina Coutinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a professora Martha pelo grande esforço realizado como orientadora desta monografia, indicando e mostrando as diretrizes a serem seguidas.

Aos meus filhos que souberam respeitar e entender o tempo que estive afastada, ajudando desta maneira com que eu concluí-se com serenidade este estudo, principalmente meu filho Christian que me incentivou para que eu prosseguisse tranqüila.

Aos meus amigos acadêmicos que caminharam comigo durante todo o curso de Direito, aprendendo conteúdo e as diversas formas de convivência para alcançarmos o mesmo objetivo.

“Achei que convinha mais correr perigo com o que era justo que, por medo da morte e do cárcere, concordar com o injusto” (Sócrates)

RESUMO

Esta monografia tem o objetivo de analisar a Arbitragem nos Conflitos Trabalhistas. Diante das características próprias da questão-problema a ser elaborada na pesquisa em questão, pode-se definir que o tipo de pesquisa é de natureza exploratória. Quanto aos procedimentos técnicos a serem utilizados na obtenção dos dados, opta-se pela pesquisa bibliográfica. O método de abordagem é o dedutivo. E o procedimento é o monográfico. Para desenvolver o presente trabalho, no primeiro capítulo procurou-se definir o conceito de Arbitragem e sua natureza jurídica. A história da arbitragem na legislação brasileira. Em ato contínuo, desenvolveu-se a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96. Verificou-se a estrutura da lei da arbitragem e a convenção arbitral relativo à cláusula compromissória e o compromisso arbitral. No segundo capítulo, foi abordada a natureza jurídica do direito do trabalho e sua definição. Em seguida definiu-se a teoria do direito público, direito privado e direito social. Verificaram-se os princípios que regem as relações trabalhistas, bem como as formas de resolução de conflitos trabalhistas. No terceiro capítulo foram apontados os principais impedimentos para a aplicabilidade da arbitragem nos conflitos trabalhistas. Demonstrou-se através da doutrina e jurisprudência que, o único meio de aplicar a arbitragem segundo a Lei n. 9.307/96 nos conflitos trabalhistas, seria inserindo a cláusula compromissória arbitral na convenção coletiva de trabalho, que por sua vez proporcionar-se-ia à possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos individuais de trabalho. Essa possibilidade encontra-se na Constituição Federal de 1988 em seu art. 7º, inciso XXVI que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho. Entretanto, a única possibilidade concreta que existe para a aplicação da arbitragem em conflitos trabalhistas remete-se ao art. 114, §1º e §2º da Constituição Federal de 1988. Considera-se como um avanço, na medida em faculta as partes a eleição da arbitragem. Desse modo, constatou-se além do impedimento cultural, o impedimento legal absoluto e relativo para a utilização da arbitragem nos conflitos trabalhistas, uma vez que o direito do trabalho protege o trabalhador sob o manto de suas normas de ordem pública e de interesse social.

Palavras-chave: Conflitos Trabalhistas. Arbitragem. Constituição Federal.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A ARBITRAGEM.....	11
2.1	CONCEITO DE ARBITRAGEM.....	11
2.2	ALGUNS ASPECTOS DA ORIGEM DA ARBITRAGEM.....	12
2.2.1	Contexto histórico universal.....	12
2.2.2	História da arbitragem na legislação brasileira.....	17
2.2.3	Lei Federal n. 9.307/96 – A Nova Lei da Arbitragem.....	23
2.2.4	Lei Modelo da UNCITRAL.....	24
2.3	NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	25
2.3.1	Estrutura da lei da Arbitragem.....	25
2.3.2	Autonomia da Vontade das Partes.....	26
2.3.3	Convenção da Arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral	27
2.3.4	Do Árbitro e da Sentença Arbitral.....	31
2.4	ASPECTOS CONTROVERTIDOS QUANTO Á ARBITRAGEM.....	33
2.4.1	Natureza jurídica da Arbitragem.....	33
2.4.2	A constitucionalidade no Direito do Trabalho.....	36
2.4.3	Constitucionalidade da Lei da Arbitragem – Lei n. 9.307/96.....	37
2.4.4	A Constitucionalidade da Arbitragem no Supremo Tribunal Federal.....	38
3	NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O DIREITO DO TRABALHO.....	40
3.1	DEFINIÇÃO DE DIREITO DO TRABALHO.....	40
3.2	NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO.....	40
3.2.1	Teoria do Direito Público.....	42
3.2.2	Teoria do Direito Privado.....	42
3.2.3	Teoria do Direito Social.....	43
3.3	PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	44
3.3.1	Definição de Princípio Jurídico.....	44
3.3.2	Princípio da Irrenunciabilidade do Direito do Trabalho.....	45
3.3.3	Princípio da Proteção ao Trabalhador.....	47
3.3.4	Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.....	48
3.4	FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS.....	53
3.4.1	Classificação.....	53

3.4.2 Meios Autocompositivos de Solução de Conflitos Trabalhistas: negociação coletiva, conciliação e mediação.....	54
3.4.3 Meios Heterocompositivo de Solução de Conflitos Trabalhistas.....	57
4 APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM EM DIREITO DO TRABALHO.....	60
4.1 ASPECTOS CONTROVERTIDOS QUANTO Á APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS COLETIVOS E DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO.....	60
4.1.1 Possibilidades da Arbitragem nos Conflitos Coletivos de Trabalho.....	60
4.1.2 Possibilidades da Arbitragem nos Conflitos Individuais de Trabalho.....	62
4.2 PRINCIPAIS IMPEDIMENTOS PARA A APLICABILIDADE DA NOVA LEI DA ARBITRAGEM – LEI N.9.307/96.....	72
4.2.1 Impedimento Legal: absoluto e relativo.....	72
4.2.2 Impedimento Financeiro.....	77
4.2.3 Impedimento Cultural.....	77
5 CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS.....	84
ANEXO.....	87
ANEXO A - Lei n. 9.307/96 - Nova Lei da Arbitragem	88

1 INTRODUÇÃO

Nesta monografia investiga-se e tem como tema, a possibilidade da aplicabilidade da arbitragem segundo a Lei n. 9.307/96, como meio de solução dos conflitos trabalhistas.

Para tanto, procurar-se-á dar um enfoque especial para a utilização da arbitragem nos conflitos de trabalho, tanto individuais quanto coletivos, bem como analisar as causas de impedimento à sua aplicabilidade no direito do trabalho.

A Arbitragem caracteriza-se como sendo um meio heterocompositivo de solução de conflitos, ao lado da solução jurisdicional, com a diferença de que, nesta, o julgador tem sua função atribuída por um órgão público, o Estado, enquanto que o árbitro é um terceiro particular, escolhido pelas partes para solucionar litígio particular e para decidir sobre direitos patrimoniais disponíveis. Aliás, arrisca-se à indagação: os direitos trabalhistas são ou não direitos patrimoniais disponíveis?

Esta pesquisa foi motivada pela insegurança jurídica que ainda cerca o instituto da arbitragem, especialmente, quando em um dos pólos da relação jurídica se encontra para possível solução, por meio da arbitragem, um conflito individual trabalhista. Haja vista que em relação à aplicação da arbitragem na solução dos conflitos coletivos, essa questão está pacificada, uma vez que a Constituição Federal de 1988 expressamente dispõe a respeito no §1º, do art.114.

A Constitucionalidade da nova lei da Arbitragem, também será tratada nesta monografia, sobretudo que alguns doutrinadores a questionam, sob o fundamento de que a lei estaria violando os princípios da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, do devido processo legal, entre outros.

Para alcançar os objetivos desta pesquisa, adotou-se o método dedutivo. Partiu-se de conteúdos históricos universais, haja vista que a arbitragem é um instituto jurídico milenar, como também, pesquisou-se a origem da arbitragem na legislação brasileira desde a época da colonização portuguesa até a sua instituição com a Nova Lei da Arbitragem sob n. 9.307/96 para tentar investigar as causas de impedimento para sua aplicabilidade nos conflitos trabalhistas.

Assim, para tal mister, os procedimentos técnicos utilizados para obtenção de dados, baseou-se em fontes doutrinárias, jurisprudenciais, selecionados em documentos materiais e eletrônicos.

O trabalho está dividido em três capítulos para melhor compreensão dos assuntos a serem tratados.

Trata-se o primeiro capítulo de análise sobre aspectos históricos relativos ao desenvolvimento da arbitragem na legislação brasileira para obter a informação em que aspectos a Arbitragem evoluiu e qual foi essa inovação, dada pela Lei n. 9.307/96. Abordam-se também noções fundamentais da arbitragem como: sua estrutura dispositiva, natureza jurídica e sua convenção dada através do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, do árbitro e da sentença arbitral bem como suas implicações legais.

No segundo capítulo são descritas as principais teorias de que se fundamenta o Direito do Trabalho, bem como, sua natureza jurídica. São abordados também os princípios basilares que regem o Direito do Trabalho. Analisam-se as formas de resolução de conflitos trabalhistas.

Finalmente, no terceiro capítulo analisam-se os aspectos controvertidos quanto à aplicação da arbitragem em dissídios coletivos e dissídios individuais. Abordam-se os principais impedimentos para a aplicabilidade da Arbitragem segundo a Lei n. 9.307/96 em Direito do Trabalho.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE ARBITRAGEM

2.1 CONCEITO DE ARBITRAGEM

Antes de conceituar a Arbitragem, faz-se necessário esclarecer que a arbitragem possui várias definições, oriunda de sua natureza jurídica, da qual falaremos mais adiante, mas que se reflete nos conceitos da arbitragem adotada por seus respectivos autores, uma vez que possui duas correntes antagônicas: a contratualista ou privatista e a publicista ou jurisdicional. Citarei como exemplos: o conceito com versão jurisdicionalista e outra citação com vertente contratualista, como ensina, Gumiere Valério “[...] a arbitragem tem sido definida por vários estudiosos que analisaram esse instituto, somando-se várias definições, sendo algumas mais bem ilustrativas que outras, merecendo assim, maior destaque.”¹

Na versão publicista, Carmona com muita propriedade conceitua que:

A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.²

Sobre a versão contratualista, Irineu Strenger escreveu:

Arbitragem é instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsia entre pessoas de direito privado e/ ou público, com procedimentos próprios e força executória perante os tribunais estatais.³

Observa-se que de um lado, concebem a Arbitragem desligada da função estatal de julgar e, de outro, os publicistas, que concebem, nesse instituto, o exercício de jurisdição.

¹ GUMIERE VALÉRIO, Marco Aurélio. **Arbitragem no Direito Brasileiro. Lei n. 9307/96 SP.** Ed.LEUD. 2004, p. 22

² CARMONA, 1998 apud CANDEMIL, 2006, p.27

³ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio.** São Paulo: Rev.Tribunais,1986, p.196-197

2.2 ALGUNS ASPECTOS DA ORIGEM DA ARBITRAGEM

2.2.1 Contexto Histórico Universal (períodos: arcaico e clássico)

A Arbitragem é um dos institutos mais antigos do direito. As comunidades primitivas utilizavam esse recurso para dirimir seus conflitos, pois ainda não existia a presença do Estado como mantenedor da ordem.

Nesse Sentido, Candemil escreveu:

[...] nas fases primitivas da civilização dos povos não havia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens. O direito não era imposto, em detrimento da vontade dos particulares. Inexistia um órgão estatal que garantisse, com soberania e autoridade, o cumprimento do direito e também das leis que pudessem assegurar a paz social entre os cidadãos. Quem tivesse uma pretensão resistida haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesma, a satisfação de seu interesse. Era a autotutela.⁴

Além da autotutela, segundo Cintra “havia a autocomposição na qual, para pôr fim à controvérsia, uma das partes em conflito abria mão do seu interesse ou parte dele.”⁵

Conforme Bastos, a prática demonstrou o sortilégio desse sistema e os indivíduos passaram a preferir uma solução amigável e imparcial com o auxílio de árbitros, em vez da solução parcial dos seus conflitos. Esses árbitros eram pessoas mais idosas da comunidade ou confiadas ao chefe do clã, que possuíam poderes, sabedoria, bom senso, além de utilizarem os princípios da moral e da ética da época.⁶

Observa-se que o diferencial da Arbitragem em dirimir conflitos, era no sentido de que as pessoas preferiam um terceiro confiável e que decidisse com imparcialidade.

Um dado interessante na Grécia Antiga, é que em 445 a.C, havia um tratado firmado entre Esparta e Atenas contendo uma cláusula compromissória, demonstrando a utilização da arbitragem, naquela época.

⁴ CANDEMIL, Alexandra da Silva. **A Arbitragem nos Conflitos Individuais de Trabalho no Brasil e nos Demais Países-Membros do Mercosul** /Alexandra da Silva Candemil – Florianópolis: OAB/SC Ed.2006, p. 29

⁵ CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Candido; GRINOVER, Ada Pellegrini, 1990 apud CANDEMIL, 2006, p.29

⁶ BASTOS, 1999 apud CANDEMIL, 2006, p. 29.

Nesse sentido, afirma Martins:

[...] que na Grécia Antiga, caracterizada pelo comum antagonismo ao mundo bárbaro, um tratado firmado entre Esparta e Atenas, em 445 a. C., continha cláusula compromissória, o que evidencia a utilização e o desenvolvimento da arbitragem por aquele povo e, também, a sua eficácia como meio de solução pacífica dos conflitos de interesses.⁷

Segundo, José Cretella Júnior⁸ em Atenas, por exemplo, as atribuições do árbitro, dividiam-se em duas fases distintas: uma denominada fase de tentativa de conciliação, em que o julgador se esmerava em resolver o litígio amigavelmente; e outra, denominada fase puramente arbitral, em que o árbitro proferia sua decisão em face da não conciliação das partes. A decisão efetuava-se na convicção pessoal do árbitro, que sacramentava a sentença por meio do juramento, salvo nos casos de prova incontestável do direito alegado, quando o julgador resolvia o conflito pela confirmação pura e simples do que havia demonstrado.

Nesse sentido, escreveu Nacarato Nazo: “[...] Era dada publicidade ao resultado da demanda, sendo gravado em placa de mármore ou de metal e colocada nos templos das respectivas cidades para conhecimento de todo o povo.”⁹

Nota-se que mesmo na época antiga, já existia a tentativa de conciliação entre as partes num primeiro momento, para somente depois, o conflito ser decidido por um terceiro, imparcial e de confiança das partes. Porém, esse instituto de arbitragem, além de fazer o registro em placa de mármore ou de metal, era publicada e colocada nos templos para dar conhecimento da decisão para a população.

Entretanto, é com o Direito Romano, que a Arbitragem passa a receber abordagem jurídica relevante, apresentando-se na sua forma obrigatória, antecedendo inclusive, a jurisdição estatal. Desse modo, a força coercitiva era oriunda do Estado, caso a parte vencida não cumprisse com a decisão dada pela Arbitragem.

Segundo Antunes da Costa, “A evolução do direito processual civil romano se deu basicamente em três fases: legis actiones, per formulas e cognitio extraordinária.”¹⁰

⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil até o advento da Lei 9.307/96. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.36.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, 1998 apud CANDEMIL, 2006, p. 30

⁹ NAZO, 1997 apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p.33-34

¹⁰ COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes do Árbitro: de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Ed.Rev dos Tribunais, 2002, p. 40

Sobre a nova roupagem jurídica que recebeu a arbitragem no direito romano, Martins ¹¹ escreveu:

Na Roma antiga, a arbitragem ganha relevância e torna-se mais difundida com a expansão do Império Romano. Os romanos criaram o *iudicium privatum* (lista de nomes de cidadãos idôneos – *iudex*) que tinha por objeto dirimir, extrajudicialmente, questões relevantes de negócio jurídico entre seus nacionais. O cumprimento da decisão era garantido pelo Estado que a executava caso o vencido não a acatasse.

Para melhores esclarecimentos, Martins ¹² afirma que a proteção jurisdicional, era dividida entre o magistrado, cônsul, pretor, procônsul, edil, etc que era revestido de *imperium* e o *iudex*, que era cidadão comum, limitando-se a sancionar o direito das partes, deixando ao interessado a obrigação de cumprir com o que foi decidido, caso contrário, o estado lhe assegurava esse cumprimento.

Nesse sentido, Candemil ¹³ destaca que: “[...], a autoridade pública começa a preestabelecer regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo, [...]. Surge, então, a figura do legislador, sendo a Lei das XII Tábuas um marco histórico fundamental dessa época.”

Assim, observa-se que *ordo iudiciorum privatorum*, isto é, da ordem dos julgamentos privados, dividido em: *in iure* e *apud iudicem* e que a Arbitragem, além de ser privada, porém o cumprimento de suas decisões eram assegurado pelo Estado.

Percebeu-se até o presente momento que na maioria dos períodos históricos coexistiram dois sistemas processuais diferentes, muito embora segundo, Theodoro Júnior ¹⁴ “Depois dos períodos arcaico e clássico veio a fase da ‘*cognitio extraordinária*’, em que a prestação jurisdicional passou a ser privativa dos funcionários do Estado, desaparecendo a figura dos árbitros.”

Nesse momento há que se fazer uma ressalva, relativo à sobrevivência da Arbitragem, dada pelo costumes da população, porém na área comercial. Nesse sentido, segundo Candemil ¹⁵ com o crescente comércio entre os povos, a partir do século XI, a arbitragem ganha novo espaço, por intermédio dos comerciantes, que prefeririam que suas divergências fossem resolvidas pelos usos e costumes e demais práticas existentes na época.

¹¹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem através dos tempos**, 1997, p. 36

¹² Id, 1997, p. 36

¹³ CANDEMIL, 2006, p. 32

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, 1999 apud CANDEMIL, 2006, p.32.

¹⁵ CANDEMIL, 2006, p. 32

Na Idade Média, a arbitragem se expandiu como afirma Carmona: “pela grande variedade de ordenamentos jurídicos existentes, alguns com excessiva rigidez, ou ainda pela inexistência de leis”¹⁶

Nesse sentido, Strenger¹⁷ destaca que:

Nos mercados e feiras, como também nos tribunais marítimos locais instalados nos portos, a arbitragem era freqüente, como demonstra a existência das Guildas, espécie de organização de mercadores, datadas do séc. XIV. Era o instituto responsável pela composição das lides entre comerciantes, com a adoção de usos e costumes da época que originaram a Lex mercatória.

Final do Século XVIII, mais precisamente em 1789 com a Revolução Francesa, segundo¹⁸ Candemi: “[...], a arbitragem consolidou seu apogeu em decorrência da consagração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tornando-se obrigatória para a resolução de várias questões.”

Assim, a Revolução Francesa que propiciou ao povo maior liberdade de opção para escolha de solução dos seus conflitos, a Arbitragem encontrou campo fértil a sua utilização.

Muito embora, conforme Bastos, no início do Século XIX, mais precisamente em 1806, Napoleão Bonaparte mudou a arbitragem obrigatória para a facultativa, nesse sentido leciona¹⁹ Bastos que: “Em 1806, Napoleão Bonaparte, por meio do Códice de Procédure Civile, suprimiu a arbitragem forçada, instituindo em seu lugar a facultativa.

A história das sociedades demonstra-se sempre uma história com indas e vindas, por meio da interferência do Estado para impor a organização nas sociedades.

Nos ensina, Candemil²⁰ que: “[...] com a promulgação dos Códigos de Processo Civil nos diversos países, a arbitragem entre particulares sofreu restrições, ganhando maior espaço o sistema de julgamentos via órgão jurisdicionais estatal.”

Nas informações obtidas sobre arbitragem no Século XX, informa Gumiere²¹ Valério a respeito dos Tratados Internacionais:

¹⁶ CARMONA, 1993 apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 38.

¹⁷ STRENGER, 1996 apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 38.

¹⁸ CANDEMIL, 2006, p.32.

¹⁹ BASTOS, 1999, apud CANDEMIL, 2006, p. 32-33

²⁰ CANDEMIL, 2006, p. 33.

²¹ GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 40.

No último século, foram inúmeros os tratados e convenções que disciplinaram a arbitragem, no claro intuito de uniformizar ou harmonizar as regras e os princípios gerais do instituto, seja através da regulação direta, com a adoção integral do texto acordado, ou indireta, como modelo para consulta e inspiração. Dos tratados supra-regionais, destacam-se, o Protocolo Relativo às Cláusulas Arbitrais de Genebra, datado de 24-09-23, a Convenção Relativa à Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 26-09-27, também de Genebra, a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10-06-58, e a Convenção sobre Arbitragem Comercial Internacional assinada em Genebra em 24-04-61 e, em nível regional, O Código Bustamante de 1928, assinado em Cuba, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, no Panamá em 1975, a Convenção de Montevideú, de 1979 e, por fim, o Protocolo de Las Lenãs, de 1998.

Não me aprofundarei nessa questão do Arbitragem Internacional, uma vez que meu tema trata-se na área do Direito do Trabalho, aqui interessa-nos mais a análise do instituto da Arbitragem para solução de conflitos trabalhistas no Brasil, portanto. Muito embora, percebe-se importante inserir o assunto, uma vez que o Brasil é signatário de várias convenções, como também, a Nova Lei da Arbitragem sob n. 9.307/96 foi regradada por um Modelo Internacional da UNCITRAL. Entretanto, respeitando as leis internas da nossa Carta Magna. Assim, citar-se-á apenas alguns Tratados Internacionais, somente a título de ilustração. Aos quais analisaremos a seguir.

Em relação ao Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitragem, de 26.09.1923, ao qual o Brasil ratificou através do Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932, esclarece Rossani Garcez:

Este protocolo, que estabelece a validade entre as partes dos Estados contratantes do compromisso arbitral e da cláusula compromissória relacionadas a contratos de natureza comercial que tenham firmado foi firmado em um só exemplar, em inglês e francês, depositado nos arquivos da Sociedade das Nações.²²

Segundo, Rossani Garcez: “Outro tratado também ratificado pelo Brasil foi o da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, no Panamá em 1975.”²³

Sobre a Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, escreveu Rossani Garcez:²⁴

²² ROSSANI GARCEZ, José Maria (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**, Rio de Janeiro: Forense, 1997 p. 338

²³ Id., 1997, p. 340

²⁴ Id., 1997, p.338.

Esta convenção, firmada em 1958 em Nova York, sob os auspícios das Nações Unidas, em chinês, inglês, francês, russo e espanhol, contendo dezesseis artigos, é uma das mais importantes, senão a mais importante das convenções internacionais multilaterais sobre a matéria. Conta ela hoje com a adesão de cerca de 110 Estados (não sendo o Brasil um deles). Ante o argumento de que os países da América Latina têm relutado em firmar as convenções internacionais sobre arbitragem internacional pode ser dito que a Convenção de Nova York de 1958 conta com um número expressivo desses países: Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, México, Panamá, Peru e Uruguai. É de se notar que a adesão à Convenção vem sendo gradual, tendo o Uruguai, por exemplo, o ratificado apenas em 30 de março de 1993. [...].

Nesse momento, demonstra-se o motivo de não adentrar a Arbitragem Internacional, haja vista que ainda não temos aqui na América do Sul um Mercado Comum mais atuante, e que, portanto, não temos litígios trabalhistas entre a população do MERCOSUL.

2.2.2 Breve Histórico da Arbitragem na Legislação Brasileira

Desde a colonização portuguesa a arbitragem foi utilizada como forma alternativa de resolução dos conflitos pela população brasileira. Segundo Cordeiro Pacheco,²⁵ As origens da arbitragem, no Brasil, encontram-se nas Ordenações do Reino de Portugal, do século XVII, sendo regulado o instituto nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Assim, mesmo depois da proclamação da independência, as Ordenações Filipinas datada de 1603 continuaram em atividade no Brasil, uma vez que inserida a arbitragem no Título XVI do Livro II, sob a indicação ‘Dos Juízes Árbitros’.

A este propósito, Candemil²⁶ escreveu: “[...] o país tem uma longa tradição na utilização desse sistema particular, e que mereceu especial atenção da sociedade brasileira desde a época da colonização portuguesa.”

Na Constituição do Império datada de 1824, a arbitragem já estava inserida em seu art. 160 que segundo Santos esclarece: “[...] a arbitragem poderia ser convencionada nas causas civis e penais, civilmente intentadas, e que os árbitros seriam de livre nomeação das partes interessadas.”²⁷

²⁵ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os direitos trabalhistas e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003, p.20

²⁶ CANDEMIL, 2006, p. 40.

²⁷ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**. São Paulo: LTr, 2001, p. 20.

Entretanto, alerta Candemil que essa mesma Constituição de 1824 previa a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia entre as partes como requisito para o ingresso de suas questões no Judiciário, estando encarregados desse atributo os Juizes de Paz.

28

Conforme Martins, ao lado da arbitragem facultativa encontrava-se também, nas legislações ordinárias dos anos de 1831 e 1837, a introdução da arbitragem obrigatória nas pendências referentes às matérias de seguro e locação de serviços.²⁹

Diante do exposto, observa-se que a Arbitragem era uma instituição com utilização habitual na sociedade brasileira, muito embora, na área comercial e, alternadas, ora obrigatória, ora facultativa.

Em 1850 com a instituição do Código Comercial – Lei 556, de 25.06.1850, segundo Gonçalves Neto a arbitragem obrigatória foi igualmente instituída para resolver questões resultantes de contratos de locação mercantil, controvérsias geradas pela locação comercial, conflitos originados de direito marítimo, pagamento de salvados, avarias, repartição de rateio das avarias grossas, discussões societárias e ainda disputas sobre a quebra.³⁰

Porém, a arbitragem obrigatória, teve pouco tempo de duração. Segundo Candemil, a Lei 1.350, de 14.09.1886, tornou nulo o juízo arbitral que havia sido estabelecido pelo Código Comercial de 1850, instituindo que o juízo arbitral seria sempre voluntário, por meio do compromisso entre as partes. Assim, o requisito básico da vontade das partes predominou como fundamento para a instituição da arbitragem, como também, concedeu aos árbitros julgarem por equidade, não necessitando assim, utilizarem as regras e as formalidades do direito.³¹

Na Constituição de 1891, afirma Candemil que a arbitragem não foi instituída para resolver conflitos entre particulares e sim, para atender especialmente situações de conflito armado nas relações entre Estados soberanos.³²

A partir da proclamação da República, os Estados passaram a legislar sobre processo civil, regulando a matéria de forma diversificada. Segundo Furtado, “[...] vários Estados, como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul incluíram, em seus Códigos de Processo Civil, regras específicas sobre o juízo arbitral”.³³

²⁸ CANDEMIL, 2006, p.40

²⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem através dos tempos**, p.43

³⁰ GONÇALVES NETO, 2001 apud CANDEMIL, 2006, p. 41.

³¹ CANDEMIL, 2006, p. 41-42.

³² CANDEMIL, 2006, p. 42

³³ FURTADO, 1995 apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 51.

Segundo Pacheco, com o Código Civil de 1916 - Lei n.3.071, de 1º de janeiro de 1916, a arbitragem veio regulada nos artigos 1.037 a 1.048, como também, no Código de Processo Civil de 1973 em seus artigos 101 e 1.072 a 1.102.³⁴

Sobre o Código Civil de 1916, art. 1.037 e ss, escreveu Candemil: “ previa a faculdade de as partes submeterem suas divergências jurídicas à decisão de um Tribunal de Arbitragem,estabelecendo contornos jurídicos a esse compromisso [...].”³⁵

Em relação aos contornos jurídicos, abordam-se a seguir.

Esses contornos jurídicos referem-se somente a inserção da Arbitragem como norma jurídica dando ênfase no compromisso arbitral, previu um dispositivo contratual em que as partes resolveriam possíveis conflitos em determinado negócio jurídico, por meio da Arbitragem, se não fosse inserido esse dispositivo, a arbitragem seria nula, ou seja, manteve a tradição do instituto da Arbitragem, porém afastando a cláusula arbitral.

Segundo Candemil o Código Civil de 1916 ao regulamentar o compromisso arbitral, fez constar para a cláusula arbitral ou compromissória como um dispositivo contratual, em que as partes se submetem que resolverão caso surja o conflito em determinado negócio jurídico, por meio da arbitragem. E que, se esse requisito fosse omissivo, seria nulo o processo alternativo efetuado.³⁶

Nesse sentido Santos afirma que “A exigência do compromisso constituiu, “[...], um fator negativo para a instauração da arbitragem, desestimulando a celebração de acordos entre particulares para resolverem, por esta via, suas pendências subjetivas.”³⁷

Importante ressaltar o comentário de Maristela Basso para vias de melhores esclarecimentos que escreveu:

Sem dúvida, quando o Código Civil afastou a cláusula arbitral, referindo-se apenas ao compromisso, manteve a tradição, mas ao mesmo tempo, pela timidez com que tratou do instituto, desestimulou a arbitragem porque, como todos sabemos, é muito difícil para as partes, durante o conflito, celebrarem o compromisso arbitral, assim como qualquer acordo.³⁸

Em relação à Constituição de 1934, afirma Candemil: “[...] assegurou a competência privativa da União para legislar sobre normas fundamentais da arbitragem no

³⁴ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os Direitos Trabalhistas e a Arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003, p.20.

³⁵ CANDEMIL, 2006, p. 42.

³⁶ CANDEMIL, 2006, p. 43.

³⁷ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**. São Paulo: LTr, 2001 p.23

³⁸ BASSO, 1996 apud CANDEMIL, 2006, p. 44

campo das controvérsias comerciais, de modo que o processo arbitral recebeu merecido destaque nacional na regulamentação uniformizada do Código de Processo Civil de 1935.”³⁹

Observa-se a Arbitragem inserida no Código Civil de 1916 apenas se referia ao e compromisso arbitral. Porém recepcionada pela Constituição de 1934, mas somente na área comercial,

Segundo Santos estava assim exposto o conteúdo do Artigo 1.072 do supramencionado Código de Processo Civil: “As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admitia transação”.⁴⁰

Segundo Martins, “A Constituição de 1937, nada dispôs sobre a arbitragem, [...] foram extintos os juízos arbitrais constituídos para pôr fim aos conflitos territoriais entre os estados brasileiros. [...]”⁴¹

Ainda segundo Martins, as Constituições de 1946, 1967 e 1969 não estabeleceram nova redação sobre a instituição do juízo arbitral, repetiram o dispositivo estabelecido na Carta de 1891, que defendia o juízo arbitral como passo a evitar o conflito armado.⁴²

Em 1973, entra em vigor o novo Código de Processo Civil, que segundo Candemil:

[...] mantiveram-se basicamente os mesmos dispositivos sobre o juízo arbitral previstos no diploma de 1939, ampliando-se a regulamentação sobre o tema. Não houve, entretanto, avanços significativos que pudessem extinguir os obstáculos existentes para a instauração do processo arbitral. A cláusula arbitral foi novamente desprestigiada, a ponto de não ser permitida a instauração da arbitragem sem a presença do compromisso arbitral.⁴³

Conforme Figueira Júnior, não dispunham os litigantes de mecanismos para obrigar a gravar o compromisso arbitral se diante do surgimento do litígio um dos contratantes se negasse a firmar o compromisso, a parte contrária, não poderia executar, apenas requerer uma duvidosa indenização por perdas e danos ao Poder Judiciário.⁴⁴

³⁹ CANDEMIL, 2006, p. 44

⁴⁰ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**. São Paulo: LTr, 2001 p.23

⁴¹ MARTINS, Pedro A. Batista, 1997, p. 44

⁴² Idem.

⁴³ CANDEMIL, 2006, p. 45

⁴⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307/96. São Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1999, p. 96

Observa-se que este dispositivo causava um desprestígio para os operadores do direito, uma que se tornava um serviço ineficaz e inoperante para o seu cliente.

Ainda em relação aos contornos jurídicos, além da ênfase dada somente ao compromisso arbitral, outro fator que tornava a Arbitragem sem efeito decisório, era a obrigação de o laudo arbitral ser obrigado a passar pela homologação da Justiça Estatal. Tornando-se um obstáculo para a aplicação da instituição da Arbitragem no Brasil

Além do problema para instauração da arbitragem ser somente por meio do compromisso arbitral, também segundo Candemil :

[...] era a obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, de modo que a indispensabilidade de se apresentar o laudo ao juiz togado, para a validação do processo de arbitragem, interferiria sobremaneira nas vantagens do instituto.⁴⁵

Sobre os efeitos positivos que poderiam causar para instauração da arbitragem, oriunda da não obrigação do compromisso arbitral, como também, da não obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral pelo juiz estatal para gerar efeito de sentença válida, expresso no Código de Processo Civil de 1973 Carmona, escreveu:

O segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparece; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofre acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, fica prejudicada já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliada à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos.⁴⁶

Observa-se que o procedimento imposto pelo Código Civil de 1973, descaracterizava o diferencial que a Arbitragem se propunha a realizar que é a celeridade da decisão, se necessário era na época, imagina-se a demora de as partes obterem uma decisão, na medida em que para surtir efeito, a decisão arbitral era obrigada a ser homologada pela Justiça Estatal. Assim como, a Arbitragem em nada ajudaria o próprio Judiciário, nem tão pouco se tornaria uma via opcional e atraente para os interessados, ou seja, as partes optarem por outra via que não a Justiça Estatal.

⁴⁵ CANDEMIL, 2006, p. 45

⁴⁶ CARMONA. Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº 9307/96. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 18

A seguir analisar-se-á a Arbitragem na Constituição Federal de 1988, e como a instituição a Nova Lei da Arbitragem está inserida no respectivo artigo 114.

Apesar de todos esses obstáculos causados para instituição da Arbitragem no Brasil, a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, recepcionou a Arbitragem segundo a Lei 9.307/96, dando um significativo avanço para o alicerce de suas bases, pois em seu artigo 114, §1º que dispõe: “Frustrada a negociação coletiva as partes poderão eleger árbitros.”

Nesse sentido, com muita propriedade, afirma Candemil:

Em que pese o atraso provocado pela legislação infraconstitucional ao procedimento arbitral, a Carta Política de 1988 deu significativo passo na direção de reintroduzir as bases do instituto ao prescrever que o país deve basear-se nas relações internacionais pelo princípio da solução pacífica dos conflitos (art.4º, inciso VII,§9º) [SIC - Art. 4º, VII da CF/88] e, no âmbito trabalhista, prever a faculdade de os sindicatos elegerem árbitros para mediar suas questões, quando frustrada a negociação coletiva entre patrões e empregados (art. 114. § 1º).⁴⁷

Muito embora, segundo Renata Cristina Piaia Petrocino, A Lei Complementar nº 75/93 em seu art. 83, inciso XI, expressa ao Membro do Ministério Público do Trabalho a atribuição de atuar como árbitro nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho, por solicitação das partes.⁴⁸

No entanto, o mesmo não aconteceu com a previsão na Constituição de 1988, da utilização da arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Individuais, devido à tutela trabalhista dado por meio dos princípios da Inafastabilidade de Juridicção e de irrenunciabilidade dos direitos patrimoniais. Bem como está expresso em sua legislação trabalhista como norma de ordem pública. Tema que explicar-se-á os motivos da causa mais adiante.

⁴⁷ CANDEMIL, 2006, p. 46-47.

⁴⁸ PIAIA PETROCINIO, Renata Crisitna. Síntese Trabalhista, Ano IX, nº 110. agosto de 1998. Porto Alegre – RS, Ed. Síntese .

2.2.3 Lei Federal nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996 - Lei da Arbitragem

A Arbitragem somente voltou a ser matéria debatida em 1981, que segundo Carmona: “[...], aparecia o primeiro anteprojeto de lei sobre a arbitragem, elaborado por solicitação do extinto Ministério da Desburocratização, publicado no Diário Oficial da União, de 27.5.81, para apresentação de críticas e sugestões”.⁴⁹

Conforme Carmona, após o anteprojeto de 27.5.81, foi o primeiro de uma série de três, procurava, em 28 artigos, dar à arbitragem maior celeridade e retirar do aparelho judiciário parte importante do trabalho que lhe era imposto, uma vez que os tramites da Justiça são morosos e a arbitragem era submetida para gerar efeito, ao procedimento homologatório e, assim descaracterizando o instituto da arbitragem.⁵⁰

Ainda segundo Carmona. Após esse período, mais dois anteprojetos foram apresentados: O Anteprojeto de Lei de 1986, publicado no Diário da União, de 27.2.87 (Portaria 76/87 do Ministério da Justiça), para receber sugestões. O Anteprojeto de Lei de 1988, último anteprojeto oferecido pelo governo. Através da Portaria 298-A, de 20. 6.88, o Ministério de Estado da Justiça convidava a sociedade, setores técnicos, bem como a comunidade científica para debater mais um anteprojeto de lei sobre a arbitragem.⁵¹

Desse modo, segundo Carmona, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, final de 1991, introduziu-se a Operação Arbiter, elaborando anteprojeto de lei com a finalidade de debater o instituto, para posterior instituição da arbitragem e assim, oferecer as pessoas um meio alternativo para resolução de seus conflitos. Mas, depois de muitos debates acirrados, em somente em 1992 com o Projeto de Lei do Senado n. 78, de autoria do então vice-presidente e atual senador da República Marco Maciel, a arbitragem tomou rumo na política judiciária brasileira.⁵²

⁴⁹ CARMONA, 2004, p. 24

⁵⁰ Ibid., p.24-25

⁵¹ Ibid., p. 24-25

⁵² Ibid., p. 27-32

2.2.4 Lei-Modelo da UNCITRAL

De acordo com Strenger, o legislador brasileiro teve como modelo para elaborar a Lei de Arbitragem, a Lei- Modelo da Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional, com sede em Viena, na Áustria, criada em 1966.⁵³

A este propósito segundo Lemes, essa Lei-Modelo não foi unificada por meio de uma convenção internacional, e sim se buscou a harmonização das diversas legislações internas, que foram discutidas durante três anos. Sendo que esse trabalho foi elaborado por um Comitê formado por representantes de 58 países, inclusive o Brasil, além de 18 organizações internacionais.⁵⁴

Ainda segundo, Strenger que escreveu: “O caráter internacional da arbitragem decorre do fato de que um grande número de países aplicam diferentes regimes para a arbitragem de natureza extraterritorial, com a finalidade de distingui-la da doméstica”.⁵⁵

Constata Lemes (1993, p. 106), “Hoje já se contam, às dezenas, os países que incorporam às suas legislações internas a Lei-Modelo, adotando-a total ou parcialmente, seja tratando tão somente de arbitragem internacional, seja aplicando-a também à doméstica.”⁵⁶

Importante destacar o artigo 35 da Lei 9.307/96 que dispõe: Art. 35 Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita unicamente, a homologação do Supremo Tribunal Federal. Leia-se, após a EC 45/2004 a competência para homologação das sentenças estrangeiras, passou para o STJ, de acordo com o art. 105, alínea “i” da CF/88: in verbis: “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias”.

Deduz-se que, apesar da Nova Lei da Arbitragem, conforme a Lei n. 9.307/96 se originar do modelo internacional como a UNCITRAL, manteve o respeito as normas internas no caso do Brasil, por exemplo, em seu art. art. 2º, §1º que expressa que as partes poderão escolher livremente as regras de direito, desde que não viole as normas públicas e os bons costumes.

⁵³ STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: rev. Dos Tribunais, 1987, p.40

⁵⁴ LEMES, 1993 apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 58

⁵⁵ STRENGER, 1987 p. 21

⁵⁶ LEMES, 1993, apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 58.

2.3 NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

2.3.1 Estrutura da Lei de Arbitragem

Importante destacar que será objeto de análise, neste estudo, somente os aspectos mais relevantes e inovadores da arbitragem no nosso ordenamento jurídico.

Segundo Candemil : “Para que o instituto da arbitragem alcançasse a aceitação dos destinatários, a nova legislação adotou diversos instrumentos tendentes a imprimir-lhe o máximo de celeridade e eficácia. [...]”⁵⁷

Nas informações obtidas sobre a estrutura da Lei de Arbitragem no Brasil, apresentamos o esclarecimento de Carmona, que escreveu:

A Lei sobre a Arbitragem no Brasil compõe-se de 7 (sete) capítulos e 44 (quarenta e quatro) artigos.[...], considerando a especificidade do instituto e o fato de que a lei contém normas que não podem ser consideradas apenas processuais, optou o legislador por estabelecer as regras acerca da arbitragem em diploma apartado do Código, revogando todo o Capítulo XIV, Título I do Livro IV da Lei 5.869/73 e também o Capítulo X, Título II do Livro III do antigo Código Civil (Lei 3.071/16/).

⁵⁸

Segundo Candemil, a Lei n. 9307/96 alicerçou seus objetivos na cláusula compromissória, que terá o mesmo efeito jurídico de uma sentença estatal, na medida em que não necessitará da homologação do juiz estatal para produzir efeito sobre a decisão dada pelo árbitro.⁵⁹

Deduz que se as partes são maiores e capazes e optaram pelo procedimento arbitral, então devem cumprir o que havia estipulado entre as partes, uma vez que o instituto da Nova Lei da Arbitragem é facultativo, a vontade partiu das partes. Sobre esse assunto analisar-se-a a seguir.

⁵⁷ CANDEMIL, 2006, p. 64

⁵⁸ CARMONA, 2004, p. 32-33

⁵⁹ CANDEMIL, 2006, p. 64

2.3.2 Autonomia da Vontade das Partes

Considera-se a vontade das partes como o fundamento basilar da Nova Lei da Arbitragem, na medida em que tem em parte natureza jurídica contratual, e como tal funda-se que a base das obrigações parte da vontade das partes, ou seja, o indivíduo por meio do contrato gera uma vinculação ao mesmo.

Segundo Carmona, para que os interessados possam recorrer à arbitragem, devem ser capazes de contratar, ou seja, ter a capacidade civil e o litígio deverá ensejar sobre direitos patrimoniais disponíveis. O novo Código Civil, em seus artigos 851 e 852, expressa também tal premissa, embora esteja bem claro no primeiro artigo da Lei 9.307/96. Como também, desde que o litígio não verse sobre questões de estado, de direito pessoal e familiar e de outras questões ‘que não tenham caráter estritamente patrimonial’.⁶⁰

Conforme Carmona as partes podem optar para a aplicação à solução da controvérsia, entre o direito material processual, por equidade ou fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.⁶¹

Como afirma⁶² Candemil, com a nova Lei da Arbitragem n. 9307/96, confirma-se a importância dada ao princípio da autonomia da vontade, pois as partes têm a liberdade de escolher o direito material⁶³ a ser aplicado para a solução do conflito ou nos princípios gerais do direito, usos e costumes ou nas regras internacionais do comércio.

Diante do exposto, deduz-se que a Nova Lei Arbitragem somente pode solucionar conflitos sobre patrimônio disponível. Art. 1º da Lei n. 9.307/96, como também, não violar a ordem pública interna nem os bons costumes. Art. 2º, §2º da referida Lei. Assim, a própria Lei já veda qualquer desvio ilegal, relativo ao seu procedimento e quanto a sua decisão.

Desse modo, foi dada muita ênfase ao princípio da autonomia da vontade, com o objetivo de evitar dúvidas na aplicação da Lei 9307/96 e seus respectivos artigos.

⁶⁰ CARMONA, 2004, p. 33

⁶¹ Ibid., p. 34

⁶² CANDEMIL, 2006, p. 64

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 34. O autor explica que as regras de direito expressas na legislação, art. 2º, § 1º, são tanto de direito material quanto processual, acrescentando que: ‘[...] nada impede que as partes criem regras processuais específicas para solucionar o litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou ainda adotem as regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro’.

Nesse sentido o artigo 2º da Lei 9307/96 dispõe:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito e equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

2.3.3 Convenção de Arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral

A arbitragem, por ser um instituto de caráter privado, é instituída por meio de uma convenção chamada de convenção de arbitragem. Esta convenção pode ocorrer através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é a maneira de instituir a arbitragem antes mesmo de o litígio ocorrer, haja vista que a mesma é colocada nos contratos, determinando que o foro de eleição seja a via arbitral, um órgão arbitral instituído para a aplicação da Lei 9.307/96.

O compromisso arbitral, no entanto, é a maneira de dar início à arbitragem, após a ocorrência da lide. A este propósito Kroetz escreveu: “O compromisso arbitral constitui-se por um acordo de vontades que estabelece o objeto entre as partes, [...] submetendo-a ao processo arbitral”.⁶⁴

Sendo assim, cláusula compromissória é inserida em um contrato preliminar de arbitragem, uma vez que ficará dependendo de um conflito para ser instituído e submetido à jurisdição arbitral. É o assunto da qual trataremos a seguir.

A Cláusula Compromissória constitui-se numa inovação oriunda pela Lei n. 9.307/96, uma vez que deu maior efeito à decisão feita pela Arbitragem. As partes livremente optam pela Convenção da Arbitral, assinam o compromisso arbitral ou insere no contrato a cláusula compromissória.

⁶⁴ KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade**. Ed.Rev. Tribunais, 1997, p. 137

Nesse sentido César Fiúza, esclarece que cláusula compromissória:

É o pacto acessório pelo qual as partes convêm em submeter à jurisdição arbitral as disputas que surjam no transcorrer de determinada relação jurídica, em termos genéricos, sem menção à espécie de litígio nem ao nome dos árbitros.⁶⁵

A Lei da Arbitragem dispõe sobre a cláusula compromissória em seus artigos 3º e 4º a seguir transcritos:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

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

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

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

A cláusula compromissória segundo os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Lei 9.307/96 deve ser obrigatoriamente por escrito e pode ser inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Sendo que nos contratos de adesão esta cláusula deverá ser inserida em negrito e com assinatura especial para essa cláusula. Desse modo, para a instituição da cláusula compromissória exige-se toda uma formalidade, além da forma escrita, também o compromisso arbitral deve preencher Os requisitos legais, como a identificação dos árbitros, das partes e do litígio, conforme art. 9º, §2º c/c com art. 10. De acordo com a Lei n. 9.307/96.

Observa-se que a Nova Lei da Arbitragem, apesar de ser de cunho contratual, também não exclui totalmente a ajuda do Poder Judiciário, na medida em que lhe é vedada o poder de coerção sobre as partes litigantes. Assim, a própria Lei expressa em seu art. 7º essa possibilidade, a seguir transcrito.

Em relação à hipótese de resistência quanto à instituição da arbitragem, dispõe o artigo 7ª da Lei 9.307/96:

⁶⁵ FIÚZA, 1995 apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 73.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juízo audiência especial para tal fim.

Sobre o efeito Obrigacional, através da Lei 9.307/96 relativo à cláusula compromissória, escreveu Gumiere Valério :

Conforme a Lei de Arbitragem, a cláusula arbitral não é mais considerada um mero pactum de contraendo ou pactum de comprometendo, desprovida de força obrigacional e resolúvel em perdas e danos. Adotando-se a execução específica, seu descumprimento concede o direito da parte adimplente obter, em juízo, a instalação do juízo arbitral, pondo fim no principal obstáculo ao seu desenvolvimento no país.⁶⁶

Ainda segundo Gumiere Valério, em juízo a parte interessada, apresentará o objeto da arbitragem e requerendo a citação da outra parte para assinar o compromisso. Se houver a procedência do pedido, a sentença, semelhante a um compromisso arbitral judicial, poderá ser recorrida no efeito devolutivo.⁶⁷

Observa-se assim, que as partes têm seu direito garantido pelo devido processo legal, uma vez que se a parte vencida se sentiu lesada poderá recorrer ao Judiciário, em que o Juiz decidir como procedente o pedido do autor, o árbitro deverá mudar sua decisão.

Entretanto, a controvérsia da Lei n. 9.307/96 é explícita nesse momento, uma vez que enquanto pesquisadora também adentrou-se a outra natureza jurídica da Nova Lei da Arbitragem, ou seja, a sua natureza jurídica mista.

Assim, necessário ressaltar que a possibilidade de uma parte obrigar a outra parte a cumprir a cláusula compromissória, assim como da decisão de direitos indisponíveis, execução da sentença arbitral, decretação de nulidade e indicação dos árbitros, demonstra que a Lei 9.307/96, segundo Candemil, incorporou um sistema misto quanto a sua natureza jurídica, pois ordenou diversas intervenções estatais.⁶⁸ A seguir veremos alguns arts. da Lei n. 9.307/96 que demonstram isso.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra

⁶⁶ GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 76.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 77.

⁶⁸ CANDEMIL, 2006, p. 66-67.

parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juízo audiência especial para tal fim.

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

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

Art. 13 Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 2º Quando as partes nomearem em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originalmente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no artigo 7º desta lei.

Art. 25 Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca dos direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial à juntada dos autos a sentença ou acórdão transitado em julgados, terá normal seguimento à arbitragem.

Art. 33 A parte interessada poderá pleitear ao órgão ao Poder Judiciário competente a decretação de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos em lei.

Como se observou a Arbitragem não afasta o Poder Judiciário, nem poderia, pois o objetivo traduz-se em desafogar o Poder Judiciário, deixando-o para solucionar litígios de normas de ordem pública, consideradas patrimônio indisponíveis, de cunho mais complexo.

Apesar de a Lei 9.307/96 prever a interferência do juiz estatal nos artigos supramencionados, no que tange a cláusula compromissória, essa se constitui autônoma, oriunda de uma convenção privada, respeitando o princípio da autonomia da vontade, oriunda de um contrato genérico entre as partes. Assim como afirma Kroetz: “[...], os eventuais vício do contrato principal poderão ser suscitado perante a instância arbitral, de modo que sua competência permanecerá íntegra, a despeito da ausência de validade do contrato principal”.

Ainda sobre a autonomia da cláusula compromissória, a Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem inseriu em seu artigo 8º, a seguir transcrito:

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

Nesse sentido, afirma Da Silva:

Esclareça-se que a cláusula compromissória é a convenção privada, firmada no contexto do contrato, mas dele independente, que tem por objeto próprio a diluição

de quaisquer controvérsias futuras havidas na interpretação ou execução do contrato que a transporta.⁶⁹

Desse modo, as partes por livre e espontânea vontade escolhem a Arbitragem para dirimir seus conflitos, por meio da cláusula compromissória em um dado contrato, se comprometem quando algum eventual conflito surgir resolvê-lo pela Arbitragem. Entretanto, a cláusula compromissória é independente do contrato principal. De modo que, caso surja algum problema no contrato, a cláusula compromissória não é afetada, uma vez que é autônoma em relação ao contrato principal.

2.3.4 Do Árbitro e da Sentença Arbitral

As partes podem nomear um ou mais árbitros, segundo art.13, § 1º da Lei 9.307/96, sempre em número ímpar. O árbitro poderá ser qualquer pessoa capaz e que tenha confiança de ambas às partes. Não há exigência de que seja bacharel em direito ou advogado. Assim, dispõe do artigo 18 que determina: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não ficará sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

Nesse momento, observa-se a abordagem jurisdicional da Arbitragem, exercendo o efeito de força da sentença arbitral prolatada pelo árbitro ou árbitros. Ressalta-se que o árbitro não tem competência para exercer o poder coercitivo.

Entretanto, em relação à responsabilidade da função do árbitro, está expresso no art. 18 da Lei 9.307/96, que dispõe: “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.”

Em relação, a sentença proferida pelo árbitro é irrecorrível, entretanto a parte que se sentir prejudicada poderá demandar em juízo a decretação da nulidade da sentença arbitral. Art. 33 da Lei 9.307/96. Segundo Tarso, outro dispositivo básico da Arbitragem se refere ao § 3º do artigo supramencionado, onde o devedor poderá argüir por meio de embargos do devedor⁷⁰

⁶⁹ SILVA, Eduardo Silva Da. Arbitragem e direito da empresa: Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30

⁷⁰ TARSO, Paulo de Arbitragem e Poder Judiciário. São Paulo: LTr, 2001, p.44

A Lei 9.307/96 descreve em seu artigo 32, quais são os casos em que a sentença arbitral é nula.

Artigo 32 É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso arbitral;

II – emanou de quem não podia ser árbitro;

III – não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei;

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

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

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

VII – preferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei; e

VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, parágrafo 2º, desta Lei.

Demonstra-se assim que a Nova Lei da Arbitragem, relativo ao seu procedimento respeita os princípios do contraditório, da igualdade das partes, como também, alguém que os represente, pois em seu art.21,§3º, as partes poderão postular por meio de um advogado.

Importante ressaltar que o artigo 31 da Lei 9.307/96 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos as sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo, ou seja, embora não oriunda do Poder Judiciário, equivale a categoria de judicial, pois segundo Carmona: “ O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem.”⁷¹

Assim, a sentença arbitral não precisa de homologação do Poder Judiciário como os antigos⁷² laudos arbitrais, uma vez que a nova Lei 9.307/96 garante sua executividade. Além do mais, a sentença arbitral deverá conter os requisitos descritos no artigo 26 da Lei n. 9.307/96, ou seja, tem que conter relatório, fundamentação, dispositivo, data e local em que foi proferida a sentença, prazo, contendo também a assinatura do árbitro responsável. Caso não contenha um dos requisitos citados no artigo 32 da Lei n. 9307/96, é plenamente considerada nula pelo Poder Judiciário.

Outro artigo de suma importância, para o desenvolvimento da arbitragem sob o manto da legalidade, caso contrário, sua sentença será dada como nula, diz respeito ao artigo 21, § 2º da Lei 9.307/96 que dispõe sobre os princípios básicos do devido processo legal, que

⁷¹ CARMONA, 2004, p.45

⁷² Até a publicação da Lei nº 9.307/96 em 23 de setembro de 1996, as decisões arbitrais eram chamadas de laudos arbitrais e não constituíam títulos executivos judiciais, necessitando para sua validade da homologação do Poder Judiciário.

segundo Carmona, enquanto a autonomia de vontade ficou estabelecida, uma vez que preconiza que as partes podem utilizar o procedimento que bem entenderem, porém também deixa expresso que desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Assim, como também, ao próprio árbitro, pois se as partes não se manifestarem ao procedimento a ser estabelecido, caberá árbitro ou ao tribunal arbitral ordenar as regras a serem seguidas, porém sempre dentro dos princípios elencados acima, ou seja, o princípio do devido processo legal.⁷³

Ressaltando novamente que as partes maiores e capazes, escolhem a via arbitral para solucionar seus conflitos por livre e espontânea vontade, uma vez que a Arbitragem no Brasil é facultativa.

2.4 ASPECTOS CONTROVERTIDOS QUANTO À ARBITRAGEM

2.4.1 Natureza Jurídica da arbitragem

Segundo Candemil, num primeiro momento, importante enfatizar que a arbitragem origina-se da vontade espontânea das partes que, de comum acordo, celebram a forma pela qual seus conflitos serão resolvidos. Desse modo, a opção é voluntária.⁷⁴

Existem três correntes que analisam a natureza jurídica da arbitragem: uma lhe confere caráter contratual, outra caráter jurisdicional e uma terceira de natureza híbrida, considerando os caracteres contratuais e jurisdicionais juntos.

Costa ensina que:

A averiguação da natureza jurídica da arbitragem tem plena relevância em nosso sistema, pois é ela que vai definir o contorno da obrigatoriedade da sentença arbitral perante a jurisdição estatal e, ainda, delimitar o grau e intensidade de intervenção desta naquela.⁷⁵

⁷³ CARMONA, 2004, p. 42-43.

⁷⁴ CANDEMIL, 2006, p. 33.

⁷⁵ COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do Árbitro**: de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 56.

A Teoria Contratualista ou Privatista defende que como é pleno o intervencionismo da jurisdição estatal, a arbitragem é de cunho contratual, não admitindo a jurisdição do árbitro. Segundo Candemil, a teoria contratualista tem como base a cláusula compromissória, em que as partes, por meio de um contrato, exteriorizam suas vontades, para que eventuais conflitos sejam resolvidos pela via arbitral, sobre as condições estabelecidas no contrato.⁷⁶

Deduz-se que a teoria contratualista em relação ao intervencionismo estatal é plena, na medida em que se o árbitro não tem o poder de execução sobre sua decisão, também não tem jurisdição. Outro fato para demonstrar que a arbitragem é de cunho contratual se refere a vontade das partes que instituiu.

A Corrente Doutrinária Publicista ou Jurisdicional defende que a Sentença Arbitral tem a mesma força da sentença estatal e por este motivo tem força jurisdicional. Atualmente há uma tendência no Brasil de se considerar a arbitragem como jurisdicional. Isto ocorre em diversos momentos da Lei nº 9.307/96, aparecem claramente as características jurisdicionais.

Márcio Yoshida, esclarece que:

A jurisdicionalidade da arbitragem, [...], repousa nas atribuições de julgar litígios, que ao árbitro são conferidas, proferindo sentenças revestidas da qualidade de título executivo extrajudicial. As sentenças arbitrais não se submetem a homologação judicial, defenestrada pela nova lei de arbitragem, o que reforça a sua força coativa independentemente da chancela estatal. A integração da arbitragem na função estatal da administração da justiça também é realçada [...], pois a sentença arbitral gera os ‘mesmos efeitos da sentença produzida pelos órgãos do Poder Judiciário’ e os árbitros que equiparam aos funcionários públicos para efeito da legislação penal.⁷⁷

A Lei 9.307/96 descreve em seu artigo 17 sobre a responsabilidade penal dos árbitros no exercício de suas funções e no artigo 31 expresso o poder dado às sentenças arbitrais, a seguir transcritos:

Art. 17 Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos para efeitos da legislação penal.

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

⁷⁶ CANDEMIL, 2006, p. 33-34

⁷⁷ YOSHIDA, Márcio. Arbitragem Trabalhista. São Paulo: LTr, 2006, p. 70

Segundo Candemil, Também o artigo 13, § 6^a preconiza que: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção”.⁷⁸

Observa-se que dado ao fato de que a decisão arbitral não necessita mais da homologação do juiz estatal para ter efeito jurídico, confere autonomia e força para a cláusula compromissória, uma vez que se equipara a sentença judicial estatal.

Em relação a terceira corrente a Teoria Mista ou Híbrida, originou-se pela procura de uma doutrina alternativa que concilia-se a Teoria Contratual com a Teoria Publicista, por entenderem que tanto a primeira como a segunda teoria são limitadas e radicais. Segundo Márcio Yoshida, por um lado a arbitragem possui uma base contratual, uma vez que é da cláusula compromissória e do compromisso arbitral que nasce a obrigação de cumprimento da sentença arbitral. Entretanto, por outro lado, a sentença tem força coercitiva e decide o litígio da mesma forma que uma sentença judicial.⁷⁹

Assim, buscando em ambas as teorias a classificação mais adequada da arbitragem, Strenger define o instituto como: “instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir conflitos entre pessoas de direito privado ou público”.⁸⁰

Subsidiária sobre a Natureza Híbrida da Arbitragem esclarece Tânia Lobo Muniz: “O direito de opção foi dado ao indivíduo, o poder de dizer o direito foi entregue ao árbitro, mas o uso da força permaneceu com o Estado.”⁸¹

Segundo Sergio Pinto Martins, também adere à duplicidade da natureza jurídica da arbitragem, que escreveu:

Envolvendo o contrato e a jurisdição, em que as partes contratam com um terceiro para dizer quem deles tem o direito. A primeira fase da arbitragem é contratual, tendo como base a cláusula compromissória, que decorre de acordo de vontade. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie.⁸²

Da análise sobre as três correntes doutrinária sobre a natureza jurídica do instituto de Arbitragem conforme a Lei nº 9.307/96 supramencionadas deduz-se que o único aspecto em que não há discordância quanto à natureza jurídica da Arbitragem é que essa matéria

⁷⁸ CANDEMIL, 2006, p. 37

⁷⁹ YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem Trabalhista**, 2006, p. 72.

⁸⁰ STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.p.17

⁸¹ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei n. 9.307/96**. Curitiba: Editora Juruá, 1999, p.39

⁸² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, 2003 p.87.

sempre será ponto de divergência entre as correntes teóricas. Mas, faz-se necessária para o desenvolvimento saudável da Arbitragem.

2.4.2 A Constitucionalidade da Arbitragem no Direito do Trabalho

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, inseriu em seu artigo 4º, inciso VII, o princípio da solução pacífica de conflitos internacionais. Como também, estabeleceu a possibilidade de resolução de conflitos coletivos de trabalho, por meio da via arbitral, no seu artigo 114, § 1º e § 2º.

Segundo Márcio Yoshida, “O art. 114 foi modificado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 , ampliando a competência da Justiça do Trabalho. Não houve [...] modificação dos §§ 1º e 2º [...]”⁸³ . A seguir transcritos:

Art. 114 Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

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

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitando as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Desse modo, segundo Márcio Yoshida, a norma constitucional, encaminha a solução dos dissídios coletivos de natureza econômica para as vias negociais e arbitrais e, depois, se as partes concordarem para a Justiça do Trabalho decidir o conflito. Segundo Márcio Yoshida, mesmo que o objetivo da reforma dada pela Emenda n. 45, de 8 de dezembro de 2004, tenha sido centralizado na delimitação da competência e na preservação do seu poder normativo, também avançou no sentido de demonstrar o novo rumo do instituto da arbitragem no Brasil.⁸⁴

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 abriu possibilidade para que as partes elejam árbitros, porém sempre respeitando as normas legais de proteção ao trabalho.

⁸³ YOSHIDA, 2006, p. 39.

⁸⁴ Id, 2006, p. 39

Entretanto, nos dissídios individuais trabalhistas, segundo Candemil encontra-se, entre os doutrinadores, forte oposição em relação à inserção de se utilizar a arbitragem para solução de conflitos laborais, uma vez que a legislação trabalhista brasileira tutela o trabalhador, por meio dos princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos direitos patrimoniais, ao qual o trabalhador não poderá renunciar, são indisponíveis, pois estão previstos em lei.⁸⁵

E, a arbitragem no Brasil, segundo a Lei n. 9.307/96 por sua vez, está limitada a direitos patrimoniais disponíveis, expresso em seu artigo 1º, a seguir transcrito: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Conforme Gumiere Valério, a alteração dada ao juízo arbitral, por meio da Lei n. 9.307/96 que introduziu a execução obrigatória da cláusula arbitral, como também, não ser mais exigência que a mesma seja homologada por juiz estatal, para surtir efeitos, assim como a irrecorribilidade da decisão arbitral, antes inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, abriu precedentes para a o debate em relação a ser a arbitragem constitucional.⁸⁶

A seguir analisaremos a Nova Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96 em relação a alguns princípios constitucionais como os que estão contidos no Art. 5º, incisos, XXXV, LVI LV, XXXVII, LIII da Constituição Federal do Brasil.

2.4.3 Constitucionalidade da Lei da Arbitragem – Lei n. 9.307/96

Importante ressaltar o artigo 5º, inciso XXXV que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Segundo Candemil, o caráter da Lei n. 9.307/96 não viola o art. 5º da Constituição Federal, pois prevê que as partes deverão ser capazes, versar sobre patrimônio disponível, como também, a livre manifestação da vontade das partes.⁸⁷

Sobre o objetivo da expressão contida na Constituição Federal de 1988, foi de declarar oposição à Ditadura da Era Vargas, em que as decisões oriundas dos conselhos e comissões extrajudiciais de forma sumária, excluindo o Poder Judiciário

⁸⁵ CANDEMIL, 2004, p. 47.

⁸⁶ GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 101.

⁸⁷ CANDEMIL, 2004, p. 49

Obtidas as informações a respeito do assunto nos alerta Gumiere Valério:

O aludido princípio constitucional não teve o intuito de se referir à arbitragem ou a qualquer outro meio de composição extrajudicial, mas sim, o de declarar o repúdio da sociedade a abusos cometidos durante a ditadura varguista. O dispositivo em questão teve por finalidade acabar com as comissões e conselhos extraconstitucionais, responsáveis por inquéritos policiais e parlamentares, que eram levados de forma sumária, excluindo o reexame da questão pelo Poder Judiciário, sem observação de princípios constitucionais como o do contraditório e da tutela jurisdicional⁸⁸

Sendo assim, o que se pode deduzir, é que a arbitragem, não constitui ofensa ao princípio supramencionado, uma vez que as partes não renunciaram ao direito de ação, mas optaram pelo juízo arbitral, sendo titulares de um direito disponível, por livre vontade das partes e dentro dos tramites legais, que a Lei 9.307/96 confere ao cidadão.

2.4.4 A Constitucionalidade da Arbitragem no Supremo Tribunal Federal

Segundo Gumiere Valério, o debate em torno da constitucionalidade da Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem surgiu com o julgamento no STF de um Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206, oriunda da Espanha envolvendo uma empresa brasileira. Os pontos mais discutidos, na decisão foram os artigos 6º, 7º da Lei n. 9.307/96, que dispõem sobre a forma de se instituir a arbitragem, em face da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.⁸⁹

Deduz-se que a Nova Lei da Arbitragem não veio para confrontar o Poder Judiciário, mas sim oferecer outra alternativa de solução de conflito à sociedade brasileira.

Na decisão o Ministro relator Sepúlveda Pertence, acompanhado pelo Ministro Sidney Sanches, reconhece a constitucionalidade da arbitragem, porém considera inconstitucionais os dois artigos supramencionados. E afirma:

⁸⁸ GUMIERE VALÉRIO, 2004, p.103-104.

⁸⁹ GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 11-112

A renúncia à jurisdição estatal na cláusula compromissória ainda é genérica, de objeto indefinido á garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem.⁹⁰

Entretanto, no voto do Ministro Marco Aurélio Mello, pronunciou-se favorável à constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei. 9.307/96, enfatizando que:

O legislador foi cuidadoso, não barrou o acesso ao judiciário quando os conflitos envolvem direitos indisponíveis. Os dois artigos não impedem isso, ao contrário, consagram a liberdade e o princípio da vontade do cidadão garantido na Constituição.⁹¹

Assim, a Arbitragem ganha respaldo jurídico da Corte Suprema do Brasil observando-se de vital importância para a sobrevivência da instituição

A Ministra Ellen Gracie Northfleet, último voto pronunciado, computando-se, num total de onze votos, adotando a posição que se tornou majoritária no Supremo Tribunal Federal, declarou:

Não vejo renúncia à tutela judicial neles, mas uma mudança no foco e na ocasião em que se dará o apelo ao Judiciário. O cidadão pode invocar o Judiciário para solucionar os conflitos, mas não está proibido de acessar outros meios.⁹²

Segundo Gumiere Valério, “Esse resultado configurou-se num passo decisivo para o pleno êxito da arbitragem no Brasil, reconhecida finalmente, como constitucional.”⁹³

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou por unanimidade dos votos a constitucionalidade da Nova Lei da Arbitragem.

A celeuma foi dissipada mediante a declaração de constitucionalidade da Lei n. 9.307/96, sendo o maior fundamento atribuído à instituição da Arbitragem dado pelo Supremo Tribunal Federal, foi que o legislador ao elaborar a Nova Lei da Arbitragem, respeitou o acesso ao Judiciário, uma vez que ao cidadão é dada a faculdade de optar pela instituição da Arbitragem, quando os conflitos envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Deste momento em diante a arbitragem ganhou força e passou a ser utilizada com maior frequência no Brasil.

⁹⁰ Trecho do voto do Min.SEPÚLVEDA PERTENCE, no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206, do Reino de Espanha, in Internet: <http://www.stf.gov.br>

⁹¹ Trecho do voto do Min.MARCO AURÉLIO MELLO in Internet: [HTTP//www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

⁹² Trecho do voto da Min. ELLEN GRACIE NORTHFLEET in Internet: <http://www.stf.gov.br>

⁹³ GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 114.

A seguir analisar-se-á o tema do presente trabalho se refere ao Direito do Trabalho, sendo os objetivos específicos, identificar os Princípios que regem as relações trabalhistas, como também, investigar a aplicabilidade da Arbitragem em Direito do Trabalho.

3 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O DIREITO DO TRABALHO

3.1 DEFINIÇÃO DE DIREITO DO TRABALHO

Nas informações obtidas sobre a definição de direito do trabalho, apresento, Mascaro Nascimento que definiu: “ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade⁹⁴

Observa-se a questão de direito material do Direito do Trabalho, na medida em que descreve a característica de trabalhador como sendo subordinado ao empregador. Segundo o artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Demonstra-se nesse momento, uma concepção mais abrangente da definição de Direito do Trabalho, envolvendo a sistemática que incide sobre todo o ordenamento jurídico do Direito do Trabalho. Assim, para Godinho, Direito do Trabalho é definido como sendo um:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes as relação coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.⁹⁵

Sendo assim, deduz-se que o conteúdo do Direito do Trabalho, tem na relação empregatícia sua máxima, além de outras relações trabalhistas com normas especiais uma vez que a partir dessa base se constrói os princípios, regras e institutos essenciais dessa área jurídica especializada, delimitando sua autonomia em relação a outros ramos do direito.

⁹⁴ MASCARO NASCIMENTO, 2004 , p.172

⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho p. 2007, p.56

3.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO

Tratando-se o presente estudo, em verificar se existe a possibilidade ou não da aplicação da arbitragem nos conflitos trabalhistas, como também, ser a arbitragem um instituto que objetiva a solução de conflitos de natureza privada, num primeiro momento é preciso analisar se o direito do trabalho pertence ou não ao direito privado.

Entretanto, nas informações obtidas sobre a Natureza Jurídica do Direito do Trabalho, apresentamos o alerta de Godinho, que esclarece:

[...]. É que os autores sequer se harmonizam a respeito dos critérios informadores dessa clássica subdivisão, percebendo-se até mesmo o questionamento taxativo sobre a própria validade científica da tipologia Direito Público/Direito Privado. Não obstante tais obstáculos é indubitável a validade da referida tipologia, que tem ainda expressivo interesse prático para se compreender a essência e posicionamento comparativo dos diversos ramos jurídicos componentes do universo do Direito. ⁹⁶

Desse modo, segundo Cordeiro Pacheco na doutrina clássica, tentando diferenciar o direito público do direito privado, surgiram inúmeras doutrinas dualistas, entre as quais, destaca-se a Teoria do Interesse Protegido que concebe direito público quando as regras protegem um interesse público e existe direito privado, quando o interesse é privado. Muito embora, toda norma pública está acima dos interesses dos particulares, pois toda norma tem fim social. E a Teoria Subjetiva, que por sua vez concebe direito público quando este rege as relações dos Estados entre si, ou as relações do Estado como tal e os cidadãos e o direito privado que, regula as relações dos indivíduos entre si. Entretanto, existem relações do Estado, quando despido dessa soberania, que são reguladas pelo direito privado.⁹⁷

A divisão clássica vista anteriormente para a adequação do direito do trabalho, por meio da divisão do direito entre direito público e privado, tonou-se passível de controvérsia, surgindo assim, outras correntes teóricas, que a seguir serão analisadas.

A seguir analisar-se-á algumas teorias que são mais importantes para o presente trabalho, como: a teoria do direito privado, a teoria do direito público e a teoria do direito social cujos parâmetros estão dentro do Direito do Trabalho, como também servem de base para outra instituição analisada, qual seja, a Arbitragem que tem como natureza jurídica alicerces do direito privado e / ou direito público.

⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6ª ed. – São Paulo: LTr, 2007, p.52

⁹⁷ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os Direitos Trabalhistas e a Arbitragem**, 2003, p. 68

3.2.1 Teoria do Direito Público

Segundo Cordeiro Pacheco, os seguidores dessa corrente, argumentam que o direito do trabalho é composto de normas de direito público, tendo conteúdo estatutário, uma vez que em sua maioria os direitos dos trabalhadores em expressos na lei e, portanto não prevalece o princípio da autonomia da vontade.⁹⁸

O contrato de trabalho em sua vigência possui princípios que tem como consequência dependência jurídica de direito público, segundo o analisado anteriormente, e que também são concebidas, como normas absolutas, interrogáveis, portanto irrenunciáveis e não podem ser negociadas.

Nesse sentido, segundo Márcio Yoshida enfatiza que:

O Direito do Trabalho contém muitos dispositivos de ordem pública absoluta intransigíveis, irrenunciáveis e inderrogáveis. Basta lembrar que quase a totalidade das matérias relacionadas ao Direito Tutelar do Trabalho são, em princípio, insuscetíveis de renúncia ou transação, e inderrogáveis pela vontade das partes, no curso do contrato de trabalho.⁹⁹

Ainda segundo Márcio Yoshida, uma rara exceção à regra geral é o que expressa o 468 da CLT em que prevê a possibilidade da livre manifestação da vontade das partes, na alteração do contrato individual de trabalho, mesmo assim, prevê o supramencionado artigo, se houver prejuízo direta ou indiretamente ao empregado, essa cláusula será nula.¹⁰⁰

Assim, o direito público do trabalho, trata-se de normas estatais que preponderam sobre a vontade do particular, ensejando que sua natureza jurídica é de ordem pública absoluta, por isso, interrogáveis, desse modo, incompatíveis com a Arbitragem, vistos que o objeto da Arbitragem constitui-se a partir da vontade das partes, sobre patrimônio disponível.

3.2.2 Teoria do Direito Privado

De acordo com Cordeiro Pacheco, os simpatizantes dessa teoria alegam que a relação de emprego se desenvolve entre particulares e que o Estado se submete as mesmas

⁹⁸ PACHECO, Iara Alves Cordeiro, 2003, p. 71

⁹⁹ YOSHIDA, Márcio. 2006, p. 81

¹⁰⁰ Id, 2006, p. 81

regras como, por exemplo, quando admite empregado pelo regime celetista. Além do mais, apesar de o direito do trabalho constituir-se em grande parte de normas públicas, estas também estão inseridas no direito privado, por exemplo, no direito civil, comercial, etc.¹⁰¹

3.2.3 Teoria do Direito Social

Segundo Cordeiro Pacheco, tem como fundamento a socialização do direito em oposição ao direito individual, uma vez que tem como objetivo proteger a parte mais fraca da relação jurídica em razão da subordinação jurídica e econômica entre empregador e empregado. Que inclusive, segundo o autor supramencionado, é uma tendência que vem sendo refletida no direito civil, como exemplo concreto, temos o Código de Defesa do Consumidor.¹⁰²

Na pesquisa sobre a Teoria do Direito Social, nos ensina Candemil que:

Neste aspecto, o direito do trabalho se consolidou como uma necessidade de os ordenamentos jurídicos regulamentarem as relações de trabalho que se desenvolviam nos meios econômicos de produção de bens e prestação de serviços. Assim, esse ramo do direito é concebido como um direito especial dos trabalhadores subordinados, a fim de corrigir e remediar a real desigualdade social, econômica e jurídica.¹⁰³

Deduz-se que existe uma linha tênue entre o direito público e o direito privado, entretanto, existe as normas de ordem pública que são absolutas, ou seja, inderrogáveis.

Ainda sobre a linha tênue entre a teoria de direito privado e a teoria de direito público, apesar de existir uma subsidiaridade do direito do trabalho a outros ramos do direito, existe também sua autonomia, uma vez que possui sua especificidade, como por exemplo, seus princípios basilares, e suas normas jurídicas incidentes sobre seu objeto, que são as relações de trabalho, em que uma parte está em desvantagem perante a outra, ou seja, nessa relação, a parte mais fraca é o trabalhador, pois não tem poder econômico, político e social, desse modo, em desvantagem frente ao empregador.

¹⁰¹ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os Direitos Trabalhistas e a Arbitragem. São Paulo: LTr, 2003, p. 70

¹⁰² Id., 2003, p. 71

¹⁰³ CANDEMIL, 2006, p. 71

Na avaliação de Marques de Lima: “A finalidade posta no fundo de toda norma de natureza trabalhista é a justiça social, compreendida sempre de maneira progressiva, seguindo os passos da sociedade, cujas exigências são crescentes”.¹⁰⁴

Nesse contexto, informa Candemil: prova disso foi o surgimento de uma revolução socialista que embora de forma gradativa, foi capaz de garantir o reconhecimento de direitos trabalhista sob a tutela do Estado. Desse modo, o direito do trabalho se constituiu na direção de que seus ordenamentos jurídicos se regulamentassem nas relações de trabalho que se desenvolviam nos meios econômicos de produção de bens e prestações de serviços. E, em especial aos trabalhadores subordinados, com o objetivo de corrigir a real desigualdade social, econômica e jurídica.¹⁰⁵

Segundo Antonio Baylos, não é, portanto, o direito para explorar uma classe, mas sim o direito para equilibrar tal exploração; não é direito do capitalismo, mas o direito que põe limite ao sistema capitalista. O objetivo é atingir o bem comum, na medida em que o regime jurídico protege o trabalho se opondo ao direito de propriedade, realiza a justiça social suprimindo e caminhando na direção de exercer harmonia entre o capital e o trabalho.¹⁰⁶

Assim, o direito do trabalho protege o trabalhador, por meio de suas normas de ordem pública que são irrenunciáveis, interrogáveis.

Nesse momento, demonstra-se que as regras do direito público divergem totalmente do direito privado, na medida em que o primeiro, protege os interesses gerais da sociedade, com normas interrogáveis, impossíveis de serem renunciadas ou transacionadas. E o segundo, protege o direito do indivíduo, por meio de sua livre vontade.

3.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES TRABALHISTAS

3.3.1 Definição de Princípio Jurídico

Antes de se analisar os princípios específicos do Direito do Trabalho fazem-se necessário uma breve noção sobre o conceito de princípio.

¹⁰⁴ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo; LTR, 1994, p. 15

¹⁰⁵ CANDEMIL, 2006, p.70-71

¹⁰⁶ BAYLOS, 1999, Apud CANDEMIL, 2006, p. 71

Nas informações obtidas sobre o conceito de princípios nos ensina Bandeira de Mello (1997, p. 573) que escreveu:

[...] princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁰⁷

Segundo Mascaro Nascimento, esses princípios gerais do direito são aplicáveis no direito do trabalho, por disposição do art. 8º e § único da CLT, instituindo que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na ausência de disposições legais ou contratuais, decidirão, de acordo com o caso, por meio de jurisprudência, por analogia, por equidade e por outros princípios e regras gerais de direito, especialmente do direito do trabalho, também com os usos e costumes, o direito comparado, porém sempre de modo que nenhum interesse de classe ou particular predomine sobre o interesse público.¹⁰⁸

Considerando o objetivo social do direito do trabalho acima delineado, é importante conhecer os princípios basilares que o orientam para se investigar sobre a possibilidade de inserção da arbitragem em seu ordenamento jurídico, como forma de solucionar os conflitos individuais de trabalho.

3.3.2 Princípio da Irrenunciabilidade do direito

Constitui-se no princípio basilar do direito do trabalho, uma vez que tem como objetivo, proteger o trabalhador, na medida em que ele não pode abdicar voluntariamente de vantagens adquiridas, concedidas em seu benefício pelo direito trabalhista.

Para Iara Alves Cordeiro Pacheco: “irrenunciabilidade significa a impossibilidade de o titular abdicar de direitos reconhecidos a seu favor em virtude da relevância deles para o próprio indivíduo e para a sociedade.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ BANDEIRA DE MELO, 1997apud Mascaro Nascimento, 2004 p .573

¹⁰⁸ MASCARO, Nascimento,. 2003, p.344

¹⁰⁹ CORDEIRO, PACHECO, 2003, p. 92

Segundo Godinho Delgado: São três os dispositivos celetistas importantes, a saber: arts. 9º 444 e 468 da CLT constituindo-se em regra geral para o Direito Individual do Trabalho, na medida em que se referem à indisponibilidade de direitos trabalhistas pelo empregado. Isso quer dizer que o empregado, quer por ato individual –renúncia, quer por ato bilateral –negociado com o empregador-transação, é vedado dispor de seus direitos laborais, caso contrário, será nulo o ato.¹¹⁰

Nas informações obtidas sobre a regra geral de ato nulo, escreveu Iara Alves Cordeiro Pacheco :

O Código Civil contém uma regra geral de nulidade, que está contida no art. 166, VII, que diz ser nulo o negócio jurídico quando “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Anulável, consoante o art. 171, é o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente e II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. A lei civil impõe limites à própria transação, vigorando o princípio da autonomia de vontade, efetivamente, no que diz respeito aos direitos patrimoniais privados, cuja manifestação de vontade o direito também procura salvaguardar. Assim, quando o direito é irrenunciável , como acontece com os direitos da personalidade e os direitos de família puros, a consequência do ato é a nulidade. Quando o direito não é irrenunciável, como os direitos patrimoniais disponíveis, a lei procura garantir a fiel manifestação da vontade, resultando anulável se ocorrer vício de consentimento.¹¹¹

Nesse momento é clara e evidente a impossibilidade de a Arbitragem, solucionar conflitos individuais de trabalho, na medida em que são regras de ordem pública absoluta.

A este propósito, estão expressos os artigos 9º 444 e 468, da Consolidação das Leis do Trabalho, que tratam da não-observância do referido princípio no curso do contrato de trabalho, a seguir transcritos:

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

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

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

¹¹⁰ DELGADO, Maurício , Godinho, 2007, p.217

¹¹¹ CORDEIRO PACHECO, 2003 ,p. 92-93

3.3.3 Princípio de Proteção ao Trabalhador

Segundo a maioria dos doutrinadores, é o princípio mais importante para o direito do trabalho, na medida em que tem por fundamento a desigualdade econômica entre o empregado e o empregador que é o detentor do capital. Assim, dada a essa realidade, as legislações trabalhistas, procuram amenizar essa diferença de poder econômico, social e político entre empregado e empregador, por meio de conceder ao empregado, uma superioridade jurídica. Também esse princípio, trata da intervenção do Estado, por meio das normas de ordem pública, criar obstáculos à autonomia da vontade, numa sociedade com tantas desigualdades sociais, como é a realidade da sociedade brasileira.

Segundo Mascaro Nascimento: Os principais juristas entre eles o uruguaio Américo Plá Rodriguez, concebem que no direito do trabalho existe um princípio que irá condicionar todas as estruturas subseqüentes, que se denomina O Protetor, que é a proteção jurídica do empregado em relação à posição econômica, como também de ser subordinado às ordens de serviço pelo empregador.¹¹²

O princípio da proteção constitui-se em três outras vertentes do Direito do Trabalho, a saber.

Informa-nos Sérgio Pinto Martins que: “[...] o princípio da proteção pode ser desmembrado em três: (a) em dúvida pro operário; (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; (c) o da aplicação mais benéfica ao trabalhador.”¹¹³

Em relação à aplicação da norma mais favorável, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador. Um exemplo encontra-se expresso no Art. 620 da CLT que dispõem: “as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo.

Ainda, segundo Sergio Pinto Martins, in dúvida pro operário não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com os Arts. 333, do CPC, e 818, da CLT.¹¹⁴

Conforme, Martins a regra mais favorável também está implícita no caput do art. 7º da Constituição, quando prescreve “além de outros que visem à melhoria de sua condição

¹¹² MASCARO NASCIMENTO, 2004, p. 48

¹¹³ Ibidem, Idem, 2003, p. 77

¹¹⁴ MARTINS, 2003, p.77

social”. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador.¹¹⁵

Em relação à condição mais benéfica ao trabalhador, Martins esclarece: deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior. É a aplicação da regra do direito adquirido. Art. 5º, XXXVII da CF/88.¹¹⁶

Trata-se aqui de proteção ao direito adquirido, uma vez que existe a possibilidade de o trabalhador renunciar ao seu direito. Essa conduta poderá repercutir em toda uma categoria, prejudicando inclusive seus direitos mais adiante. Assim, o Estado como mantenedor da ordem pública, deve interferir por meio de sua maior função que é a distribuição da renda, protegendo dos interesses sociais. O trabalhador é subordinado economicamente ao empregador, e por isso existe a possibilidade de o trabalhador ser coagido pelo empregador.

3.3.4 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição do Poder Judiciário

Outro princípio também de suma importância para o tema do presente trabalho, uma vez que envolve o Direito do Trabalho, como também, a análise da possibilidade da utilização do instituto da Arbitragem (relativo à sua natureza jurídica) para a resolução de conflitos trabalhistas e, mais especificamente o direito individual do trabalho. Haja vista que a utilização da Arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho, já é previsto na Constituição Federal de 1988, através de seu artigo 114, §1º.

O Princípio em pauta é o da Inafastabilidade da Jurisdição, também conhecido como Princípio da Ação ou Princípio de Direito Público Processual Subjetivo, pois a pessoa deve requerer a proteção do Estado. Está expresso no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Brasileira nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, a Constituição Federal Brasileira garante a qualquer pessoa o acesso ao Poder Judiciário, sempre que seu direito tiver sido lesado ou ameaçado de lesão.

¹¹⁵ MARTINS, 2003, p.77

¹¹⁶ Ibidem, Idem. 2003, p. 77

Nesse sentido, Teixeira Filho esclarece com maior propriedade, sobre o referido princípio:

A jurisdição civil – e, por extensão, a trabalhista – é caracterizada por um ontológico estado inercial. Com isso, estamos a dizer que o Estado não pode prestar, por sua iniciativa, a tutela jurisdicional: para que essa tutela seja ministrada, torna-se indispensável que o interessado a requeira, nos caos formais legais (CPC, art. 2º). [...] nenhuma norma legal poderá impedir que as pessoas submetam à apreciação dos órgãos do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão: é a garantia inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal em vigor. [...].¹¹⁷

Remete-se nesse momento, a Arbitragem se seus procedimentos impedem o acesso ao Judiciário, deduz-se que não. Analisando-se a Lei 9.307/96, observa-se que em primeiro lugar, somente pode solucionar conflitos que envolvam patrimônio disponível. As partes poderão escolher as regras de direito, porém que não violem a ordem pública. Arts 1º e 2º, §1º.

Relativo à Arbitragem quando tratamos de sua natureza jurídica, estudado anteriormente, que jurisdicional ou não, o fato é que o exercício da Arbitragem, bem como a decisão do árbitro não necessita de homologação do Poder Judiciário para surtir efeito jurídico. O questionamento é: será que fere ou não o Princípio do Acesso ao Poder Judiciário? É o que analisaremos a seguir .

Segundo Gumiere Valério, o referido princípio constitucional não tem objetivo de se referir à arbitragem ou a qualquer outro meio de composição extrajudicial, mas se opor contra os abusos de poder cometidos durante a ditadura Vargas. Assim, o dispositivo constitucional em pauta, teve o objetivo de acabar com as comissões e conselhos extraconstitucionais, responsáveis por inquéritos policiais e parlamentares, que eram direcionados de forma sumária, sem a observação de princípios como o do contraditório e da proteção jurisdicional.¹¹⁸

A este propósito nos informa Pontes de Miranda, sobre a finalidade do dispositivo constitucional, dirigida aos legisladores ordinários:

Estes nenhuma regra jurídica podem editar, que permita a preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua a cognição pelo Poder Judiciário, se a res redusta é direito individual A CF de 1946 foi como a

¹¹⁷ TEIXEIRA Filho, Manoel Antonio. Curso do trabalho. São Paulo: LTr, 1998, p.12

¹¹⁸ GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 103. regra jurídica explícita o que se teria obtido, através dos intérpretes, em regra jurídica não-escrita.

reaquisição do tempo perdido: pôr-se uma regra jurídica explícita o que se teria obtido, através dos intérpretes, em regra jurídica não-escrita¹¹⁹A CF de 1946 foi como a reaquisição do tempo perdido: pôr-se uma regra jurídica explícita o que se teria obtido, através dos intérpretes, em regra jurídica não-escrita.

Desse modo, expresso na Constituição Federal Brasileira, encontra-se a atribuição ao Poder Judiciário o Poder de Guarda da Carta Magna, uma vez que por meio de seus tribunais, pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Art. 97 da CF/88. Assim sendo, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, O Poder Judiciário, constituiu-se um dos Poderes da União, independentes e harmônicos entre si. É o que expressa o art.1º, c/c art. 3º da CF/88.

Ainda sobre o aspecto legal da Nova Lei da Arbitragem – Lei n. 9.307/96 e sobre a jurisdição do árbitro relacionado ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. é o assunto que trata-se a seguir.

Segundo Cláudio Armando Couce de Menezes, não existe nenhuma afronta ao Poder Judiciário, uma vez que o juízo arbitral possui previsão legal, dada por meio da instituição da Lei 9.307/96, autorizando o árbitro de jurisdição autorizada pela Constituição e pela vontade das partes. A opção pela Arbitragem é facultativa, que apesar de ser instituição não estatal, também não rejeita a proteção do Poder Estatal, conforme comprovam os arts. 6º,7º,33,34 e 36 da Lei n.9.307/96

Além do mais, a Arbitragem não cria um novo órgão jurisdicional, uma vez que o Judiciário não deixa de atuar na instituição, seja nos caso em que o árbitro atua, quando na condução das testemunhas, segundo o artigo 22,§2º da Lei 9.307/96, nas medidas coercitivas, antecipatórias, injuntivas e cautelares, conforme artigo 22, §4º, como também seu artigo 7º, que prevê a Justiça Estatal para decidir incidentes sobre o juízo arbitral, como também, na execução da decisão arbitral que reclama a intervenção exclusiva do Poder Judiciário.¹²⁰

Sendo Assim, deduz-se que a Arbitragem regida pela Lei n. 9.307/96 não fere o artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, pois com a celebração da convenção da arbitragem, dada pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral, comprova que as partes optam pela jurisdição privada somente para patrimônio disponível, o que não significa renúncia à ação, mas livre escolha das partes.

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 104

¹²⁰ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, RS Ano IX, nº 106, p.144-145, abril de 1998. Ed. Síntese

Ainda sobre o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, pode-se questionar também se existe o desrespeito ao direito do duplo grau de jurisdição, pela instituição da Arbitragem -- Lei n. 9.307/96 em seu artigo 18 que dispõe: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

Trata-se de não exclusão do Poder Judiciário, portanto.

Importa-se informar que a parte interessada também pode demandar em juízo estatal a decretação de nulidade de sentença arbitral, por meio de embargos do devedor (art. 741 e ss do CPC), quando houver execução judicial, uma vez que a sentença arbitral é um título executivo. É o que expressa o art. 33, § 3º da Lei n. 9307/96 in verbis: “Art. 33 § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil se houver execução judicial”. Também o art. 20, §§1º e 2º expressa o acesso das partes ao Poder Judiciário.

Assim, observa-se aqui o art. 1º, III e IV, da Carta Magna: que se refere ao respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o inviolabilidade à propriedade, etc . Também o art. 5ª, inciso II, quando expressa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, assim como o art. 5º, LIII que expressa a impossibilidade de alguém vir a ser processado ou sentenciado, senão pela autoridade competente, o art. 5º, XXXVII que se refere ao juiz natural , em sintonia com o devido processo legal do art. 5º, LIV e o acesso para via recursal da CF/88, art. 5º, LV.

A nova Lei da Arbitragem – Lei n. 9.307/96 expressa em seu artigo 31 que dispõe: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Sobre o supramencionado artigo e seu devido esclarecimento junto a sua constitucionalidade Figueira Júnior, escreveu: “[...] a arbitragem como jurisdição privada opcional decorre da manifestação livre de vontade das partes contratantes, do que advém a sua natureza contratual jurisdicionalizante. “¹²¹

Deduz-se que, apesar de tratar-se de a arbitragem ter como fundamento legal para sua utilização a vontade das partes, na medida em que a autonomia da vontade é regida por

¹²¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução :análise crítica da Lei 9.307/96 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

um contrato. Porém o árbitro, não possui poder de coerção, assim necessitando do Poder Judiciário caso a sentença arbitral quando condenatória, não for cumprida e assim constituindo-se em um título executivo extrajudicial. Outro fundamento para a instituição da Arbitragem refere-se ao patrimônio disponível, e se caso advir um litígio oriundo de um direito indisponível, o árbitro ou os árbitros devem remeter as partes à autoridade competente.

Assim, observa-se que estamos diante de uma forma alternativa de resolução de conflito, previsto no sistema normativo vigente, ou seja, a Lei 9.307/96.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna em seu artigo 1º, III também não está sendo desrespeitada, quando da instituição da Arbitragem, segundo a Lei n. 9.307/96.

Nesse sentido, apresenta-se o ensinamento de Tavares Guerreiro:

A possibilidade de escolha das partes contratantes pelo juízo arbitral não fere qualquer direito individual, pois somente os atos executórios é que poderão causar alguma lesão ao litigante sucumbente e, neste caso, a execução é privativa do Poder Judiciário, passando necessariamente pelo crivo de sua apreciação.¹²²

Ainda sobre a o artigo 25§ único da Lei n. 9.307/96 que proíbe solucionar conflitos oriundos dos direitos indisponíveis leciona Figueira Filho:

Nas hipóteses de superveniência de controvérsia, no curso da arbitragem, acerca dos direitos indisponíveis e verificando-se que da sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o processo arbitral, retomando o seu curso normal tão-só após resolvida a questão prejudicial transitada em julgado, provando-se o ocorrido através da juntada dos autos da sentença ou do acórdão respectivo (art. 25 parágrafo único).¹²³

Observa-se no transcorrer da pesquisa, em que a abordagem se dá por meio de dois institutos, de um lado o Direito do Trabalho que é o resultado da pressão de fatos sociais realizados por meio da pressão dos trabalhadores ao longo da história, ocasionando as normas jurídicas de ordem pública e tuteladas pelo Estado e com base em um dos seus princípios basilares como analisado, o princípio da irrenunciabilidade, normas jurídicas essas, expressas

¹²² TAVARES GUERREIRO, 1985 apud FIGUEIRA FILHO, p. 161

¹²³ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 162-163.

constitucionalmente, uma vez que são consideradas normas coletivas ao interesse dos trabalhadores.

De outro lado, a Arbitragem instituída pela Lei n. 9.307/96 uma forma alternativa e facultativa de solução de conflitos, com seu objeto relativo a direitos patrimoniais disponíveis e de natureza jurídica contratual, tendo como princípio basilar a livre vontade das partes.

No entanto, a delimitação do tema pesquisado tem como objetivo principal a análise da possibilidade de inserção da Arbitragem conforme a Lei 9.307/96 para a solução dos conflitos trabalhistas e, para tanto, necessário se faz o estudo acerca das formas de conflitos trabalhistas no Brasil. Trata-se do assunto a seguir.

3.4 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

3.4.1 Classificação

Apresentam-se agora os diversos meios de solução de conflitos trabalhistas existente no Brasil, classificando-os conforme a forma de solução dada, quando realizada pelas próprias partes, ou por terceiros.

Existem dois grupos: os meios de composição dos Conflitos Trabalhistas; autônomo e heterônomo.

Morgado esclarece que:

Serão autônomos quando a solução for proveniente da vontade das partes, e realizada por elas próprias, podendo algumas vezes ser auxiliadas por um terceiro, estranho ao conflito. Serão heterônomos quando a solução do conflito for proferida por um terceiro, estranho à relação litigiosa, independentemente do concurso de vontade das partes.¹²⁴

Observa-se no decorrer da pesquisa, que muitos autores divergem sobre a classificação das formas de solução dos conflitos, até mesmo tratam de dissídio, conflito e

¹²⁴ MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTR, 1998, p. 17

controvérsia, como se tivesse o mesmo significado. Assim, para fins desse presente estudo, adota-se a distinção apresentada por Amauri Mascaro Nascimento.

Segundo Mascaro Nascimento, conflito é a oposição de interesses, entre trabalhador e o empregador, oriundo das relações de trabalho. E se dividem em conflitos individuais de trabalho e conflitos coletivos de trabalho.¹²⁵

3.4.2 Meios Autocompositivos de solução de Conflitos: negociação coletiva, conciliação e mediação.

Para Mascaro Nascimento, existem também duas formas de composição de conflitos, autocomposição e a heterocomposição, porém inclui a autodefesa como forma de solução de conflitos. Entretanto, segundo Mascaro Nascimento “A autocomposição não se confunde com a autodefesa, que é uma forma de solução do conflito que ocorre quando alguém faz sua defesa por si própria. É a forma mais primitiva de solução dos conflitos.”¹²⁶

Sobre a forma de solução, por meio da autodefesa, esclarece Morgado :

[...] a autodefesa não pode ser tida como uma forma de solução dos litígios trabalhistas. Ela é apenas um instrumento de pressão, uma maneira de forçar a outra parte a ceder, [...], estando a disposição, tanto dos trabalhadores, quanto dos empregadores, como nos exemplos da greve e do lockout, respectivamente, este último vedado no Direito Brasileiro.¹²⁷

Autocomposição segundo Mascaro Nascimento, realiza-se quando a solução origina-se das próprias partes, por meio de ajustes de vontade. Utilizada nos Conflitos Coletivos chamada de Convenção Coletiva de Trabalho, que por meio dessa forma de solução de conflito, decorrentes de Negociações Coletivas, resultam as normas que, por meio do acerto de interesses entre sindicatos das classes trabalhadoras e patronal, elaboram as normas

¹²⁵ NASCIMENTO Mascaro Amauri, 2004 p. 1.076

¹²⁶ MASCARO NASCIMENTO, 2004, p. 1.136.

¹²⁷ MORGADO, 1998, p. 18

que terão efeito jurídico por certo prazo e enquanto vigorarem organizará as relações entre empregado e empregador, através do contrato individual de trabalho. ¹²⁸

Importante lembrar para o respectivo estudo que na composição de conflitos, a controvérsia é negociada pelas partes em conflito sem a intervenção de terceiros.

Antes de adentrar-se a outra forma de solução de conflito, chamado de Conciliação, faz-se necessário definir o significado de controvérsia, pois adota-se a concepção de Mascaro Nascimento para melhores esclarecimentos, como também, para o presente trabalho relativo a sua delimitação.

Sobre o significado de controvérsia, como também o significado de dissídio, segundo Mascaro Nascimento, nosso ordenamento jurídico quando fixa a competência da Justiça do Trabalho, expresso no art. 114 da Constituição Federal o faz referindo-se a controvérsias oriundas das relações de trabalho. E se refere a dissídio, com sentido de processo, pois vincula a jurisdição e competência tanto para processar e para julgar os dissídios coletivos e os dissídios individuais. ¹²⁹

Vale à pena ressaltar que a negociação coletiva, se constitui numa condição para o ajuizamento do dissídio coletivo, uma vez que somente esgotadas é que poderá ser ajuizado o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho. Conforme artigo 114, §2º da Constituição Federal Brasileira de 1988. Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Sobre a definição de Conciliação, escreveu Mascaro Nascimento: “A conciliação é uma forma autocompositiva, muito utilizada nas relações de trabalho [...] que permite pôr um ponto final à disputa também por meio da própria deliberação dos litigantes” ¹³⁰

Para Morgado, conciliação tem natureza contratual, uma vez que é um negócio jurídico, por meio do qual se põe fim a um conflito existente entre as partes. Pode ser judicial ou extrajudicial. Sendo que a primeira, as partes são totalmente livres da suas decisões, pois o juiz tem a função de homologar os acordos firmados, como também decidir quando perceber que uma das partes será prejudicada. O que de acordo com Morgado essa forma judicial de conciliação de conflitos se encaixa mais dentro da classificação heterocompositiva, porque existe a possibilidade de decisão de um terceiro, ou seja, da decisão do juiz. ¹³¹

No que diz respeito à segunda forma de solução de conflito chamada de conciliação e conforme Morgado observa-se a participação de um conciliador, que é um

¹²⁸ MASCARO NASCIMENTO, 2004, p. 1.135

¹²⁹ MASCARO NASCIMENTO, 2004, p.1.076

¹³⁰ Id.,2004, p.1.145

¹³¹ MORGADO, 1998, p. 19

terceiro imparcial e alheio ao conflito. Entretanto, não tem atribuição para impor solução alguma às partes, apenas oferecer informações e fazer sugestões para facilitar a composição do conflito existente entre as partes.¹³²

Segundo Márcio Yoshida, a conciliação das partes é obrigatória no início e no fim da instrução do dissídio individual, caso contrário, será nula. Conforme arts. 764 e 831 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

No Dissídio Coletivo, a exaustão da conciliação das partes é condição obrigatória para seu ajuizamento na Justiça do Trabalho, ou seja, somente com o comum acordo das partes poderá o dissídio coletivo ser ajuizado. Art. 114, § 2º da Constituição Federal do Brasil.¹³³

Importa-se a oportunidade de tecer alguns comentários a respeito das comissões de conciliação prévia, segundo Márcio Yoshida: “são constituídas paritariamente por representantes dos empregados e dos empregadores, encarregados de buscar a Autocomposição dos conflitos individuais de trabalho, no âmbito de uma empresa, de um grupo de empresas ou no âmbito intersindical.”¹³⁴

Sendo assim, deduz-se que a conciliação é uma forma Autocompositiva, onde as partes fazem um acordo sem a interferência de um terceiro alheio aos interesses das partes em conflito. Entretanto, observa-se que na conciliação judicial quando as partes não entram em acordo, um terceiro no caso o juiz decide pelas partes, apesar de sempre em primeiro lugar tentar a conciliação das partes. Na conciliação extrajudicial, também existe um terceiro, chamado de conciliador, porém não têm a função de decidir sobre a lide, apenas sugerir propostas para as partes.

A última forma de Conflito Autocompositiva pesquisada para o presente trabalho, chama-se Mediação. Também têm a figura de um terceiro, muitas vezes, segundo muitos doutrinadores, confunde-se com a forma de conciliação de conflitos, na medida em que interfere no conflito para a busca do acordo entre as partes.

Para esclarecer a respeito de algum diferencial que existente entre a mediação e a conciliação, apresenta-se Cordeiro Pacheco: “Enquanto o conciliador apenas aproxima as partes, encaminhando os entendimentos entre elas, sem falar propostas (em tese), o mediador tem uma atuação mais efetiva, formulando propostas, que podem ser aceitas ou não.”¹³⁵

¹³² MORGADO, 1998, p. 19

¹³³ YOSHIDA, Márcio. 2006, p. 99-100

¹³⁴ Id., 2006, p. 100.

¹³⁵ CORDEIRO PACHECO, 2003, p. 15.

Ainda segundo Cordeiro Pacheco, a mediação é prevista no artigo 616, §1º, da CLT, sendo que devem ser observadas pela Delegacia Regional do Trabalho, expedido por meio da Portaria n. 3.097, de 17 de maio de 1988. Também cuida de regras sobre a mediação na negociação coletiva o Decreto n. 1.572, de 28 de julho de 1995, que expediu duas portarias pelo Ministério Público: a de n. 817, de 30 de agosto de 1995, determinando critérios para a atuação do mediador e a de n. 818, que instituiu critérios para o credenciamento do mediador, perante as Delegacias Regionais do Trabalho.¹³⁶

Conforme Mascaro Nascimento, “Há mediação nos conflitos coletivos, especialmente quando os trabalhadores fazem greve, caso em que qualquer dos interessados poderá comunicar a existência ao Ministério, que convidará a parte contrária para uma reunião.”¹³⁷

Enfim, pode-se conceituar mediação, como sendo uma forma de composição de conflitos com a participação de um terceiro desinteressado e sua função se restringe a ouvir as partes e formular sugestões ou propostas, contribuindo para o diálogo entre as partes, por meio de argumentos convergentes para instigar a solução pacífica do conflito.

3.4.3 Meios Heterocompositivos de Conflitos Trabalhistas

Aqui apresenta-se a solução de conflito trabalhista, por meio da Arbitragem e a solução de conflito trabalhista, através da solução Jurisdicional.

Segundo Pacheco Cordeiro: “Pela técnica Heterocompositiva, a solução do conflito se dá pela decisão de um terceiro [ou terceiros]. Como exemplos dessa modalidade temos a jurisdição e a arbitragem”.¹³⁸

Sobre a definição de jurisdição escreveu Sergio Pinto Martins: “é a forma de solucionar os conflitos por meio da intervenção do Estado, gerando processo judicial. O Estado diz o direito no caso concreto que lhe é submetido à apreciação”¹³⁹

Segundo Mascaro Nascimento, a jurisdição trabalhista é caracterizada pelos seguintes relações abaixo elencadas:

¹³⁶ Id. , 2003, p. 15

¹³⁷ MASCARO NASCIMENTO, 2004, p. 1.138

¹³⁸ PACHECO CORDEIRO, 2003, p. 15

¹³⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho- 10. Ed.—São Paulo: Atlas, 2007,p. 8.

a) É exercida pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que têm competência originária para conhecer e decidir os processos de dissídios coletivos; b) é paritária, uma vez que os Tribunais são integrados por juízes togados, que são bacharéis em direito, e os juízes classistas, que são representantes dos sindicatos de trabalhadores e de empregadores, investidos da função jurisdicional; c) é especial, porque confiada a um órgão judicial não pertencente à justiça comum, mas à justiça da União, competente para dirimir controvérsias oriundas das relações de trabalho; d) tem poder normativo, o que significa que pode, por meio das sentenças, fixar novas condições de trabalho que substituirão as que partes não conseguiram diretamente ajustar, sendo esse poder assegurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 114), [...] os tribunais fixam normas e condições de trabalho, através de dissídios coletivos.¹⁴⁰

A indagação se faz sobre a conciliação judicial ser incluída na classificação de Autocompositiva, pois o juiz também realiza a conciliação, porém ao homologar um acordo, profere uma decisão. E, logo vem à resposta, nesse caso, o diferencial se refere à atribuição do juiz togado que tem competência jurídica. Como também o juiz é um terceiro desinteressado na lide, por isso sua imparcialidade para sua decisão. Muito embora também nesse caso, apesar de ser um terceiro, é revestido por sua competência jurisdicional.

A Arbitragem, também classificada como uma forma de solução de Conflitos Heterocompositivos, uma vez que o árbitro (ou árbitros) também profere ou proferem uma decisão, entretanto nesse caso é eleito pelas partes, muito embora essa decisão seja proferida por um terceiro alheio ao conflito.

Para definição do instituto arbitragem segundo a Lei n. 9.307/96, em destaque apresenta-se Strenger que escreveu: “A arbitragem é instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias entre pessoa de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.”¹⁴¹

A atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, recepcionou a arbitragem no sentido de que caso as partes não firmarem acordo em negociação coletiva, poderão valer-se da arbitragem.

Nas informações obtidas sobre a possibilidade de utilização da arbitragem para resolver conflito coletivo trabalhista, alerta Cordeiro Pacheco que:

¹⁴⁰ MASCARO Nascimento. 2004, p. 1.142

¹⁴¹ STRENGER, 1987 apud GUMIERE VALÉRIO, 2004, p. 24.

A Constituição Federal faz menção à arbitragem facultativa, no que diz respeito aos dissídios coletivos, consoante os parágrafos do art. 114: § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros; § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultativo aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.¹⁴²

Assim, importante lembrar que a arbitragem não exclui e nem substitui a Jurisdição estatal, pois depende sempre da vontade das partes, como também, as partes interessadas têm liberdade de interpor recursos ao Poder Judiciário.

No próximo capítulo serão abordadas causas de impedimentos como: o impedimento cultural, o impedimento financeiro e o impedimento legal. São fatores que ocasionam entraves para a aplicação da arbitragem no direito do trabalho, em especial a sua aplicabilidade nos dissídios individuais do trabalho.

Nos Dissídios Coletivos do Trabalho de natureza econômica, já é pacífica entre os doutrinadores e os Tribunais de Justiça, a possibilidade da aplicação da Arbitragem, através do art. 114, § 1º da CF/88.

O problema remete-se a aplicação nos Dissídios Individuais do Trabalho, relativo as normas de ordem pública e que não podem ser disponibilizadas pela vontade das partes. Haja vista, que a Arbitragem nos moldes da Lei 9.307/96 no que tange seu objeto esse, é relativo a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁴² CORDEIRO PACHECO, 2003, p. 18

4 APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM EM DIREITO DO TRABALHO

4.1 ASPECTOS CONTROVERTIDOS QUANTO À APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS COLETIVOS E DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO

4.1.1 Possibilidades da Arbitragem nos Conflitos Coletivos de Trabalho

A possibilidade de aplicação da Lei n. 9.307/96 a Nova Lei da Arbitragem, nos Conflitos Coletivos de Trabalho não enseja um aspecto com maiores discussões, uma vez que, como já referido anteriormente, a Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 114, § 1º e §2º, previu expressamente, a utilização da Arbitragem como alternativa para as partes ao ajuizamento do dissídio coletivo.

Nesse sentido, Vera Lúcia Carlos leciona que:

O dissídio coletivo somente poderá ser intentado depois de esgotadas todas as tentativas de negociação entre as partes ou pela Arbitragem. Se houver recusa das partes, ou se as tentativas de negociação forem frustradas, aí é que tem início o dissídio coletivo.¹⁴³

Assim, deduz-se que o preceito constitucional expresso no art. 114, §§1º e 2º da Constituição Federal de 1988 é de aplicabilidade direta e plena para a utilização da Arbitragem nos moldes da Lei n. 9307/96, uma vez que já faz parte de nosso ordenamento jurídico, ou seja, não depende de qualquer manifestação legislativa para tornar-se operante. Muito embora, a eleição de árbitros seja somente depois de rejeitada a negociação coletiva.

Ainda sobre o Direito Coletivo do Trabalho, a Constituição Federal de 1988, além da inovação do artigo 114, §§1º e 2º, trouxe mudanças relevantes com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Desse modo, o caput do artigo 114 da Constituição Federal de 1988 concedeu maior competência à Justiça do Trabalho para processar dissídios coletivos, proporcionando assim uma justiça mais célere, que a Justiça Comum. A este propósito “escreveu Candemil

¹⁴³ CARLOS, Vera Lúcia. **Direito do Trabalho: com jurisprudência em ordem alfabética**. São Paulo:Barros, Ficher & Associados, 2006, p. 229.

que: ” A previsão constitucional invoca [...] os dissídios coletivos entre sindicatos profissional e patronal, habitualmente julgados pelos Tribunais Regionais do Trabalho “. ¹⁴⁴

O preceito constitucional em pauta refere-se somente aos dissídios coletivos de natureza econômica, visando principalmente à competência material da Justiça do trabalho haja vista a sentença normativa com suas respectivas normas constituirá nos contratos individuais de trabalho. Entretanto, deu um avanço na instituição da Arbitragem, segundo a Lei n. 9307/96, pois era uma instituição em desuso dentro da seara trabalhista.

Nesse sentido, escreveu Márcio Yoshida:

Ainda que a alusão à via arbitral tenha sido feita de forma apenas secundária no art. 114, cujo foco estava na delimitação da competência da Justiça do Trabalho e na preservação do seu poder normativo, foi o bastante para demonstrar os novos rumos que o instituto já estava trilhando, muito antes das leis burocráticas que inviabilizariam a arbitragem no nosso ordenamento jurídico ao longo de todo século XX.¹⁴⁵

Sendo assim, tanto a negociação coletiva como a busca pela solução arbitral, podem ser buscadas pelas partes antes de ingressar com a ação judicial, quando tratar-se de dissídios coletivos de natureza econômica.

Sobre dissídios de natureza econômica, escreveu Basile : “[...] , os dissídios coletivos de natureza econômico objetivam, de fato, a criação, extinção ou modificação de normas ou condições de trabalho em geral [...], através de uma sentença normativa.”¹⁴⁶

Assim, deduz-se que a inserção da palavra econômico se restringe aos interesses dos trabalhadores que lutam por melhores condições de trabalho. Tendo como objetivo a criação, modificação ou extinção de determinadas condições de trabalho, cuja decisão, após esgotar-se negociação coletiva ou a arbitragem, será por meio de uma sentença normativa.

¹⁴⁴ CANDEMIL, 2006, p. 80

¹⁴⁵ YOSHIDA, Márcio. 2006, p. 39

¹⁴⁶ BASILE, César Reinaldo Offa. Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2008 p.238

4.1.2 Possibilidades da Arbitragem nos Conflitos Individuais de Trabalho

Enquanto a Arbitragem nos Dissídios Coletivos de Trabalho encontra respaldo Constitucional e anuência doutrinária e jurisprudencial, no âmbito dos Dissídios Individuais, observa-se por meio da pesquisa que existem correntes a favor e corrente contra a utilização da Arbitragem nos moldes da Lei n. 9.307/96.

Nas informações obtidas sobre questões que inviabilizam à utilização da Arbitragem nos Dissídios Individuais Trabalhistas, apresenta-se a informação Márcio Yoshida que escreveu:

a) há corrente que diz ser a arbitragem inviável no Direito do Trabalho por serem normas trabalhistas irrenunciáveis;b)alegam o desrespeito aos incisos XXXV e XXXVII do art. 5º da Constituição Federal;c)também indicam a omissão dos dois parágrafos do art. 114 da Constituição Federal, que somente fazem remissão à arbitragem de conflitos coletivos;d)acusam existir inafastável desequilíbrio de forças entre o empregador e o trabalhador tanto na celebração da convenção da arbitragem como na concretização do procedimento arbitral.¹⁴⁷

Em relação à inviabilidade da Arbitragem no Direito do trabalho, analisamos o princípio da irrenunciabilidade no capítulo anterior, porém nunca é demais lembrar que segundo Candemil a doutrina trabalhista aplica o referido princípio sob a égide de ser o trabalhador é a parte mais fraca em relação ao empregador, desse modo não pode privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas em seu benefício pelo direito trabalhista.¹⁴⁸

Sendo assim, o princípio ora analisado, tem por objetivo a proteção do trabalhador, uma vez que em relação ao empregador, ele é economicamente e socialmente mais fraco e para tentar equilibrar essa relação, o trabalhador então tem a seu favor a proteção jurídica do Estado, contra atos danosos que poderiam ser praticados pelo empregador, como também induzir o trabalhador a praticar atos contra si mesmo em função da voracidade de obtenção do lucro, característica do empregador dada pela competição dentro de uma economia de mercado.

¹⁴⁷ YOSHIDA, 2006, p. 108.

¹⁴⁸ CANDEMIL, 2006 ,p. 75

Ainda sobre o princípio de a irrenunciabilidade repercutir sobre a inviabilidade da utilização da Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho, escreveu Márcio Yoshida:

O Direito do Trabalho contém muitos dispositivos de ordem pública absoluta intransigíveis, irrenunciáveis e inderrogáveis. Basta lembrar que quase a totalidade das matérias relacionadas ao Direito Tutelar do Trabalho são, em princípio, insuscetíveis de renúncia ou transação, e inderrogáveis pela vontade das partes, no curso do contrato de trabalho.¹⁴⁹

E para complementar e ilustrar a seguir Márcio Yoshida apresenta alguns exemplos relativos às normas de ordem pública absolutas:

As regras referentes À proteção do trabalho da mulher e do menor, À segurança e medicina do trabalho, normas sobre férias, descansos e nacionalização do trabalho estão na esfera do Direito Tutelar e têm especial conotação imperativa. São minoria as normas trabalhistas que possibilitam o império da livre manifestação da vontade, no curso da relação de emprego, reais exceções à regra geral ditada pelos arts. 9º 444 e 468 “da Consolidação das Leis Trabalhistas.”¹⁵⁰

A seguir transcritos os artigos 9º, 444 e 468 da CLT que dispõe sobre as exceções à regra geral do Direito do Trabalho:

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

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

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

Entretanto, nesse momento se faz salutar fazer uma relação da ordem pública absoluta inserida no Direito do Trabalho tendo como princípio basilar o Princípio da irrenunciabilidade do direito com o princípio basilar da autonomia da vontade, expresso na Lei n.9.307/96 e sua possibilidade de solução de conflitos individuais trabalhistas, na medida em que justifica melhor o objetivo do presente estudo.

¹⁴⁹ YOSHIDA, 2006, p. 81

¹⁵⁰ Ibidem, 2006, p.81

Relembra-se até aqui, que o Direito do Trabalho possui princípios dos quais estão inseridos como normas de ordem pública absoluta que é o caso do princípio da irrenunciabilidade dos direitos, também recepcionadas no artigo. 5º e seus respectivos incisos da Constituição Federal de 1988 relativos aos Direitos e Deveres Individuais e coletivos, como também, no artigo 6º da mesma Carta Magna.

Nesse diapasão, a Lei n. 9.307/96 por sua vez também respaldada na vontade das partes e respeitando o Direito público, a partir do artigo 1º caput, consoante em seu parágrafo 1º que dispõe in verbis: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. E consoante ao Art.2º, § 1º, in verbis: Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

Nesse sentido leciona, Cordeiro Pacheco que escreveu:

Como visto, existem determinadas relações jurídicas em que o princípio da autonomia da vontade é colocada em segundo plano, diante da importância da matéria e da disparidade de armas entre os contratantes, motivo pelo qual o Estado toma para si a regulamentação, emitindo normas de ordem pública, diante do interesse social.¹⁵¹

Diante do exposto, deduz-se que direitos indisponíveis são oriundos também de normas constitucionais onde a norma de interesse social, prevalece sobre o interesse do particular num Estado Democrático de Direito.

Ainda em relação à nova Lei da Arbitragem relativa aos seus principais aspectos, o legislador brasileiro não elaborou dispositivos normativos distintos à arbitragem interna e à arbitragem internacional. Como analisado anteriormente, a nova Lei da Arbitragem sob n. 9.307/96 seguiu o Modelo UNCITRAL.

A Lei n. 9.307/96, a Nova Lei da Arbitragem originou-se da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL).

¹⁵¹ Cordeiro Pacheco, 2003, p. 123

Apesar da Nova Lei da Arbitragem - Lei n. 9307/96 ser oriunda do Modelo Comercial Internacional da UNCITRAL, ela respeita as leis infraconstitucionais e constitucionais brasileiras.

Nesse sentido Strenger informa-nos que:

O legislador brasileiro teve como modelo para elaborar a Lei de Arbitragem, a Lei-Modelo da Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional, com sede em Viena, na Áustria, criada em na Áustria, criada em 1966¹⁵²

Mas, isso quer dizer que a nova Lei da Arbitragem caracteriza como estrangeiras somente sentenças proferidas fora do território nacional e aí sim são regidos pelas normas internacionais, uma vez que respeita as normas interna do cada país signatário. Tanto é verdade que as sentenças estrangeiras para serem reconhecidas e executadas no Brasil, devem passar pela homologação do STF de acordo com o artigo 35 da Lei n.9.307/96. Leia-se, após a EC 45/2004 a competência para homologação das sentenças estrangeiras, passou para o STJ, de acordo com o art. 105, alínea “i” da CF/88: in verbis: “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias”.

Nesse sentido, esclarece Magalhães que escreveu:

[...]. Ou seja, regras mais estritas quanto à ordem pública e ao procedimento para a arbitragem interna; regras mais liberais para a arbitragem internacional. Distinção justificada pelo fato de que a ordem pública nacional e ordem pública internacional estão sujeitas a princípios nem sempre coincidentes.¹⁵³

Assim, diante do conteúdo explícito, os direitos indisponíveis fazem parte da ordem pública nacional, portanto não está à disposição da vontade das partes essa, oriunda apenas do direito patrimonial.

Em relação à corrente que diz que a Nova Lei n. 9.307/96 é inviável no Direito do Trabalho, alegando desrespeito aos incisos XXXV e XXXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar, o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988

¹⁵² STRENGER, 1987, p.40, passim.

¹⁵³ MAGALHÃES, 1997 apud BARRAL, 2000, p.86

também já foi analisado anteriormente, entretanto, nunca é demais lembrar e comentar a respeito, dada a sua relevância jurídica, em que pese à utilização ou não da Arbitragem para solução de Conflitos Trabalhistas Individuais com base no Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário.

Sobre a afirmativa de que a da Lei n. 9.307/96 desrespeitaria o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, Barral com propriedade nos ensina que:

Uma resposta fácil a essa assertiva seria dizer que o dispositivo constitucional se dirige ao legislador, no sentido de não afastar a apreciação do Judiciário, enquanto na arbitragem este afastamento se efetiva pela própria parte, em relação ao direito sobre o qual têm disponibilidade. Se podem contratar, transacionar ou dispor do direito em questão, as partes podem delegar a terceiro o direito de determinar o destino do mesmo.¹⁵⁴

Em relação ao art. 5º, XXXVII da CF/88 que dispõe in verbis: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”. A respeito do assunto, Morgado escreveu:

O segundo argumento, de que o Juízo Arbitral seria um Tribunal de Exceção, também não tem fundamentação legal. O que a Constituição expressamente condena é aquele Juízo ou Tribunal criado somente para umas causas determinadas, como freqüentemente ocorre em casos de guerras, regimes de governos ditatoriais, etc., onde os ditames legais não são respeitados.¹⁵⁵

Outra afirmativa de que a Arbitragem seria inviável no Direito Individual do Trabalho, se baseia e indicam a omissão dos dois parágrafos 1º e 2º do art. 114 da Constituição Federal de 1988, que apenas remetem à arbitragem aos conflitos coletivos.

Sobre a omissão da inserção da Arbitragem para solução de Conflitos Individuais de Trabalho, escreveu Morgado:

[...], o que se defende que o art. 114 da Constituição Federal visou tão-somente estabelecer a competência material da justiça do trabalho sem, todavia, excluir

¹⁵⁴ BARRAL, 2000., p. 100

¹⁵⁵ MORGADO, 1998, p. 30

outras formas de solução de conflitos, até porque tal norma na possui caráter restritivo, mas apenas uma condição de admissibilidade da ação coletiva.¹⁵⁶

De acordo com o artigo 114, § 1º, 2º da Constituição Federal de 1988, a instituição da Arbitragem é facultativa na medida em que as partes poderão eleger um árbitro para solucionar os conflitos coletivos de natureza econômica.

Nesse sentido, escreveu Yoshida:

Preocupou-se o legislador constituinte, nos referidos dispositivos, em regradar o esgotamento das preliminares negociações coletivas e tentativas de arbitragem, exigência indispensável para a admissibilidade do dissídio coletivo de interesses. Essa peculiaridade inscrita nos mencionados parágrafos, visou a incentivar ao máximo a prévia negociação e os meios alternativos de solução do impasse antes que se chegue à Justiça. Não pretendeu o legislador constituinte [...] definir os destinos da arbitragem dos conflitos individuais de trabalho e nem tampouco fechar a questão aos conflitos coletivos. Não há qualquer proibição, além da óbvia limitação imposta pelo art. 1º da Lei da arbitragem, quanto à utilização da arbitragem como substitutivo dos dissídios coletivos de natureza jurídica. Nem tampouco proíbe-se a via arbitral para solucionar conflitos individuais de trabalho.¹⁵⁷

Sendo assim, relendo o art. 114, §§1º e 2º, observa-se que é facultativo as partes elegerem árbitros, como também, a utilização da negociação coletiva, ou seja, os dissídios coletivos entre sindicatos profissionais e patronais, as quais esgotadas são facultadas as mesmas de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica na Justiça do Trabalho.

Resgatando a questão colocada anteriormente, sobre a limitação como substitutivo dos dissídios coletivos de natureza jurídicas expresso no art. 1º da Lei n. 9.307/96 dispõe: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Nesse sentido, informa Yoshida: “Entende-se o direito patrimonial disponível como aquele que assegura o gozo ou fruição, ao árbitro de seu titular, de uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente”.¹⁵⁸

Ainda segundo o autor supramencionado, a questão do direito patrimonial, se remete na possibilidade de transformar a pretensão em uma expressão pecuniária, ou seja, de

¹⁵⁶ MORGADO, 1998 apud CANDEMIL, 2006, p. 80

¹⁵⁷ YOSHIDA, Márcio. Arbitragem Trabalhista—São Paulo: LTr, 2006,p. 113-114

¹⁵⁸ YOSHIDA, 2006 apud GARZEZ, José Maria Rossani (coord.), 1997, p. 95

estipular o seu valor econômico. Assim, questões extrajudiciais como o direito à cidadania, os direitos políticos, o direito à liberdade, o direito à identidade, não podem ser arbitrados.¹⁵⁹

Assim, leciona Yoshida, “Estão excluídas questões envolvendo o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Administrativo, bem como todas as ações que exijam a participação do Ministério Público.”¹⁶⁰

Segundo Yoshida, apesar de o inventário, a partilha, apesar de serem classificados como direitos patrimoniais, deverão ser processadas judicialmente, uma vez que está expresso no disposto do artigo 982 do Código de Processo Civil.

Como alguns exemplos segundo o autor supramencionado, por serem indisponíveis, extrapatrimoniais e imprescritíveis, os direitos de personalidade, também não podem ser arbitrados, pois têm como essencial os atributos físicos, morais e psíquicos do ser humano.¹⁶¹

Vimos até o presente momento que a corrente a favor da possibilidade da arbitragem na solução de conflitos individuais de trabalho se baseiam no art. 1º da Lei da Arbitragem relativo ao patrimônio disponível, partindo do princípio de que o direito patrimonial disponível é aquele possível de se transformar em valor monetário, passível, portanto de renúncia pela vontade das partes.

Sobre o conceito de patrimônio disponível inserido no Direito Individual do Trabalho se faz importante observar-se a concepção de Cordeiro Pacheco:

[...] no que diz respeito aos direitos trabalhistas, [...] grande parte deles são decorrentes de normas de ordem pública absoluta e, portanto, inderrogáveis. Isso quer dizer não são meros direitos patrimoniais disponíveis. Apenas conseqüências, quando não mais existentes o vínculo, é que se transformam em direitos patrimoniais.¹⁶²

Ainda sobre a disponibilidade de transação dos direitos individuais do trabalho concebidos como irrenunciáveis segundo Cordeiro Pacheco:

Assim, haverá questões que os árbitros não terão competência para julgar, como, por exemplo, a própria existência do vínculo, da qual decorrerá o reconhecimento ou não de direitos patrimoniais disponíveis, se já extinto o contrato. Mesmo porque a existência de relação de emprego sem registro implica violação de direitos não apenas do empregado, mas da Previdência Social, que não recebeu as contribuições devidas, da Caixa Econômica Federal, que ficou sem a gestão dos depósitos do

¹⁵⁹ YOSHIDA, 2006, p. 77

¹⁶⁰ YOSHIDA, Márcio. 2006, p. 74.

¹⁶¹ Id., 2006, p. 75.

¹⁶² Cordeiro Pacheco, 2003, p. 124.

FGTS, da Receita Federal, que não recebeu o imposto sobre a renda, do sindicato, que ficou sem a contribuição sindical, além de outras contribuições do Sistema (SESC, SESI, etc.).¹⁶³

Concluindo sobre o assunto, Carlos Alberto Carmona escreveu: ‘ as normas de ordem pública são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito’, e complementa: ‘ a ordem pública interna denota a impossibilidade de derrogação, pela vontade privada’.¹⁶⁴

Faz-se uma ressalva, caso a questão supramencionada ocorra de fato, existe a possibilidade expressa na Lei n. 9.307/96 em seu art. 20, a parte poderá alegar questões de competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Como também em seu art. 25, se houver controvérsia em relação ao patrimônio indisponível, o processo arbitral será remetido ao Poder Judiciário.

A questão se remete a corrente a favor da arbitragem nos dissídios individuais de trabalho ao argumento de que, se não há permissão, também não há proibição, principalmente nos dissídios de natureza econômica, que acarretaria a inserção da cláusula compromissória, por meio de seus respectivos sindicatos por aceitação da vontade das partes, tanto do empregador quanto do empregado. E, que viabilizaria a utilização da arbitragem por sua vez nos dissídios individuais de trabalho.

Nesse sentido, para a inserção da cláusula compromissória em acordos ou convenções coletivas de trabalho, nos informa Yoshida:

A desvantagem do trabalhador em relação ao empregador no procedimento arbitral pode ser compensada pela interveniência do sindicato operário. [...] é conveniente para que se elimine a presunção de falta de liberdade e da coação perpetrada pelo maior poder econômico do empregador em face do trabalhador hipossuficiente. Recomenda-se, [...], seja a convenção da arbitragem inserida em acordos ou convenções coletivas de trabalho, zelando-se, ainda, pela obtenção de expressa anuência do trabalhador em a sua instituição em documento separado ou em negrito, com assinatura, especialmente para essa cláusula.¹⁶⁵

¹⁶³ Id., 2003, p. 126

¹⁶⁴ CARMONA apud Cordeiro Pacheco, 2003, p. 124.

¹⁶⁵ YOSHIDA, 2006, p. 118.

Subsidiária em relação à inserção de cláusula compromissória nos contratos coletivos ¹⁶⁶ de trabalho Cordeiro Pacheco, escreveu:

É o pensamento da maioria dos doutrinadores, como Luiz Carlos Amorim Robortella: ‘Quanto aos conflitos individuais, evidentemente não se pode pretender sua extensão pura e simples, pois envolve uma convenção de arbitragem que, na prática, poderia ser imposta aos empregados pelos empregadores.’ ¹⁶⁷

Ademais a Constituição Federal de 1988, coloca entre os direitos dos trabalhadores, as convenções coletivas de trabalho, como também, exigem a participação dos sindicatos em seus respectivos artigos e incisos, a seguir transcritos in verbis:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;
 VI irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
 XIII – Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horário e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
 XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
 XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
 Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
 Art. III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
 VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Para Yoshida que defende a inserção da cláusula compromissória nos contratos coletivos de trabalho como possibilidade da utilização da Arbitragem, segundo a Lei 9.307/96 nos dissídios individuais de trabalho :

As prerrogativas sindicais se traduzem em poderes delegados do Estado que possibilitam ao sindicato representar os interesses gerais da profissão e os interesses individuais dos seus associados [...].Com o amplo leque de poderes atribuídos aos sindicatos, por força de preceito constitucional, não se pode inferir a impossibilidade de se legitimar uma convenção de arbitragem para a solução de conflitos decorrentes da aplicação de um acordo ou convenção coletiva de trabalho, que nesses instrumentos fosse inserida.¹⁶⁸

¹⁶⁶ “Convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. Art. 611 da CLT.”

¹⁶⁷ ROBORELLA, 1997, apud CORDEIRO PACHECO, 2003, p.127

¹⁶⁸ YOSHIDA, 2006, p. 120.

Diante do exposto, observa-se que o sindicato tem um papel bem definido constitucionalmente, na negociação coletiva de natureza econômica. Alguns direitos, mesmo sendo específicos são disponíveis e podem ser negociados.

Sobre o momento de celebração da convenção de arbitragem, como se estabelecem a diferença de poder entre empregador e empregado relativo ao momento da assinatura do contrato de trabalho, durante o contrato de trabalho e após o contrato de trabalho, é o que veremos a seguir.

Para Jorge Luiz Souto Maior, são nulas de pleno direito as cláusulas compromissórias constantes de contratos de trabalho ou mesmo quando acordadas logo após o término do contrato e antes pagamento das verbas rescisórias pois a sua formação depende essencialmente da liberdade e o trabalhador, seja no momento da contratação, seja no momento da dispensa, quando ainda não recebeu as verbas rescisórias, não está plenamente isento de pressões de natureza econômica para manifestar sua vontade sem qualquer vício presumido de vontade.¹⁶⁹

Nas informações obtidas sobre o risco de vício de vontade que o trabalhador possa vir a sofrer, escreveu Alexandre Nery de Oliveira:

[...], nada impede que a cláusula compromissória de arbitragem venha inserida em acordo ou convenção coletiva de trabalho, onde a participação do sindicato generaliza a norma para toda a categoria ou grupo. Neste sentido, a plena aplicabilidade da cláusula compromissória no âmbito da categoria ou grupo decorreria do apoio no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição, que enuncia o amplo reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho. A tal modo, então, poderia passara arbitragem a ser aplicada como instrumento de solução extrajudicial também nos conflitos individuais de trabalho. Sendo assim, a cláusula inserida no contrato individual que apenas fosse referência à cláusula coletiva não teria vício algum de nulidade, concernentes ao contrato de trabalho, e inclusive por desnecessária, ante a existência de norma de maior envergadura, de caráter coletivo (artigo 4º).¹⁷⁰

Sendo assim, existe essa possibilidade, de utilização da arbitragem nos conflitos individuais, por meio da cláusula compromissória desde que oriunda de norma coletiva, segundo o artigo 7º, XXVI da Constituição Federal.

¹⁶⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. apud YOSHIDA, 2006, p. 115.

¹⁷⁰ [HTTP://WWW.solar.com.br/~anamatra/arbitra.2.html](http://WWW.solar.com.br/~anamatra/arbitra.2.html).

4.2 PRINCIPAIS IMPEDIMENTOS PARA A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM-LEI N. 9.307/96 EM DIREITO DO TRABALHO.

4.2.1 Impedimento Legal

Encontra-se autorizada a arbitragem de conflitos coletivos de trabalho nos §§ 1º e 2º do artigo 114 da Constituição Federal nos seguintes termos:

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

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

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Segundo Mascaro Nascimento, a arbitragem inserida na Constituição Federal de 1988, existe apenas quando ambas as partes se dispõem a aceitá-la. É instituição privada, pois não se desenvolve perante a jurisdição. Também é substitutivo, na medida em que havendo a arbitragem, as partes não podem ajuizar dissídio coletivo sobre a mesma situação.¹⁷¹

Ainda conforme Yoshida, “a arbitragem e a negociação coletiva devem preceder os dissídios coletivos de natureza econômica [...], destinam-se à solução de conflitos de natureza estritamente patrimonial.”¹⁷²

Em sendo assim, observa-se por meio da pesquisa que existe a possibilidade da Arbitragem, na medida em que não tendo as partes chegado a um acordo mediante a negociação coletiva do trabalho.

A utilização da Arbitragem nos Dissídios Individuais do Trabalho encontra-se importantes oposições, uma vez que apesar de a Arbitragem expressar em seu artigo 1º “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”, esbarra nos Princípios do Direito do Trabalho, principalmente com o Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos patrimoniais indisponíveis,

¹⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 19ªed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.604.

¹⁷² YOSHIDA, 2006, p. 104

previsto em lei, consideradas como restritas as normas de ordem pública, inderrogáveis, absolutas, ou seja, normas que se impõe por si mesmas.

Segundo Cordeiro Pacheco: “Irrenunciabilidade significa a impossibilidade de o titular abdicar de direitos reconhecidos a seu favor em virtude da relevância deles para o próprio indivíduo e para a sociedade”.¹⁷³

Ainda segundo Cordeiro Pacheco, quando se coloca que a normas são imperativas, refere-se ao jus cogens, ou seja, são leis que se impõem por si mesmas, excluindo qualquer resolução dependente só da vontade individual, completamente diferente às normas dispositivas, que se colocam como supletivas da vontade das pessoas.¹⁷⁴

Nesse sentido sobre o significado de jus cogens, afirma Cordeiro Pacheco:

Egon Felix Gottschalk utiliza ‘direito cogente’, ‘normas imperativas’ e ‘normas de ordem pública’ como sinônimos, afirmando que derivam da intervenção tutelar do Estado nas relações jurídicas de ordem privada, delimitando o direito das partes de dispor, livremente, de seus interesses. Define as regras do ‘direito social’ como normas de ordem pública. [...] Assim, a distribuição das normas jurídicas entre o direito público e o direito privado é expressão do maior ou menor equilíbrio dos poderes políticos dentro do Estado.’¹⁷⁵

Desse modo, conforme pesquisado anteriormente existe uma relativa competição entre capital e trabalho, onde esse último, o empregado é mais vulnerável a ceder seus benefícios alcançados até agora. É a parte mais fraca, com menor poder político, social e econômico frente ao detentor do capital, ou seja, o empregador. Assim, fazer Justiça é buscar a proteção, a segurança jurídica.

Observa-se que, apesar da Constituição Federal de 1988 expressar autorização para aplicação da Arbitragem em Dissídios Coletivos de natureza econômica além do artigo 114, §§1º e 2º, também no art. 7º, VI, XIII e XIV da Carta Magna, expressa tal flexibilização, desde que oriunda de convenção coletiva, portanto, não concebidas como normas absolutas ou de ordem pública, mesmo assim, prevalece a tutela do Estado. Arrisca-se a dizer até como preservação da moral e dos bons costumes.

¹⁷³ CORDEIRO PACHECO, 2003, p. 92

¹⁷⁴ Id., 2003, p. 94

¹⁷⁵ GOTTSCHALK, Felix Egon. 1995 apud CORDEIRO PACHECO, 2003. p. 94

Nesse sentido, leciona Cordeiro Pacheco que escreveu:

Tratando-se de lei de ordem pública, não há dúvidas sobre a sua inderrogabilidade, que apenas não é absoluta nos casos de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal (7º, VI, XIII e XIV) e quando a substituição se fizer por regra mais favorável ao empregado. Assim, o tratamento mínimo é considerado como ponto de partida e poderá ser superado por outras fontes do direito.¹⁷⁶

Com efeito, tal inclusão se reflete no art. 444 da Consolidação das Leis Trabalhistas, como também a uma das Súmulas Do Tribunal Superior do Trabalho a seguir transcritos in verbis: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Súmula 51, II do TST in verbis: “Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia as regras do sistema do outro.”.

Analisou-se até o presente momento, o impedimento legal para a aplicação da Arbitragem em especial nos Dissídios Individuais de Trabalho, por meio de regras absolutas tidas como normas de ordem pública. O art. 444 CLT demonstra expressamente que durante a vigência do contrato individual do trabalho há que prevalecer o pressuposto de proteção ao trabalhador.

Nesse momento, analisam-se as normas relativas do contrato individual do trabalho e se haveria a possibilidade da aplicação da Arbitragem para solução de Conflitos Individuais de Trabalho, uma vez que tanto a doutrina como a jurisprudência tratam de forma diferenciada a situação da irrenunciabilidade de direitos.

Confirma Cordeiro Pacheco,” A doutrina e a Jurisprudência tratam de forma diferenciada a questão da irrenunciabilidade de direitos,[...]no período da contratação,durante o contrato e no momento ou após a rescisão.”¹⁷⁷

Vale à pena lembrar, apesar de já estar escrito anteriormente que a Lei n. 9.307/96 em seu art. 2º,§ 2º prevê que as partes poderão escolher, as regras do direito, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Como também, a Arbitragem somente ser instituída, por meio da Convenção da Arbitragem a qual se dá por meio do compromisso arbitral (art. 9º,§1º) e pela cláusula compromissória (art.4º,§ 1º).

¹⁷⁶ CORDEIRO PACHECO, 2003, p. 99

¹⁷⁷ CORDEIRO PACHECO, 2003, p. 101

Nesse sentido, segundo Cordeiro Pacheco: “Extraí-se do art. 444 da CLT, que a autonomia da vontade não foi totalmente extirpada da legislação trabalhista. [...], podem as partes estipular livremente cláusulas contratuais.”¹⁷⁸

Segundo, Mário Meucci: “Consoante [...], as normas, inderrogáveis possuem intenção protetiva, mediante a fixação dos limites mínimos de vantagens e dos limites máximos de sacrifício”.¹⁷⁹

Martins, complementa: “[...]. São dispositivas as normas que podem ser pactuadas livremente pelas partes, no que diz respeito à melhoria do mínimo estabelecido, como por exemplo, adicional de horas extras em percentual superior a 50%.”.¹⁸⁰

Em relação à possibilidade da autonomia de vontade das partes ser exercida nos contrato individuais de trabalhos: antes do contrato; durante o contrato e depois do contrato de trabalho por meio de convenção coletiva de trabalho. É o assunto que analisaremos a seguir.

Nas informações obtidas sobre a possibilidade de inserção de alguma cláusula no contrato individual de trabalho, sob a alegação da vontade das partes, segue o alerta de Yoshida:

A renúncia prévia à admissão do empregado presume-se viciada, pois a livre manifestação de vontade do trabalhador, antes de sua contratação, é prejudicada pela evidente inferioridade psicológica e econômica de uma das partes contratantes. O desequilíbrio de forças no momento da contratação é tão acentuado que impede admitir-se a renúncia antecipada de direitos trabalhistas.¹⁸¹

Na Jurisprudência segue a Súmula 199, I e II do TST, que dispõe sobre a proibição à contratação de sobrejornada quando da admissão do bancário, a seguir transcrita, in verbis:

I - A contratação do serviço suplementar é nula. Os valores, assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com adicional de, no mínimo, 50%(cinquenta por cento), as quais não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário.[...].

II – Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas. [...].

¹⁷⁸ CORDEIRO PACHECO, 2003, p. 99

¹⁷⁹ MEUCCI, 2001 apud cordeiro Pacheco, 2003,p 100.

¹⁸⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Comissões de conciliação prévia e procedimento sumaríssimo,2001p.66-67

¹⁸¹ YOSHIDA, 2006, p. 85

Sendo assim, observa-se a importância da proteção de direitos do trabalhador, visando inclusive, não somente o seu direito do contratado, mas de toda a categoria, relativo a futuros contratados vindo a deturpar o interesse coletivo, bem como o interesse público.

Sobre a possibilidade da autonomia de vontade das partes serem exercidas nos contratos individuais de trabalhos durante o período do contrato, também tem como consequência a violação de normas de interesse social e de ordem pública.

Verifica-se nesse momento, a possibilidade de inserção da aplicação da Arbitragem conforme a Lei n. 9.307/96, através da cláusula compromissória arbitral, durante o exercício do contrato individual de trabalho com muita propriedade, leciona Pacheco Cordeiro:

É durante a vigência do pacto laboral que as normas de ordem pública, mormente aquelas referentes à jornada, períodos de descanso, uso de equipamentos de segurança, proibição do trabalho noturno e em locais insalubres do menor, devem ser efetivamente controladas, atuando a fiscalização do Ministério do Trabalho, consoante o art. 626 da CLT, bem como o Ministério Público do Trabalho (como custos legis), de forma rígida, a fim de que sejam evitados riscos à saúde, acidentes e doenças profissionais.¹⁸²

Entretanto, no momento ou após a rescisão do contrato é que surge mais tolerância da renúncia por parte doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto. Segundo Cordeiro Pacheco, o fundamento para essa tolerância se deve ao argumento de que o trabalhador não estaria mais subordinado nem dependente do ao empregador. Com a extinção do contrato, acabaria também vínculo jurídico e os valores devidos passam a integrar o patrimônio do empregado. Os direitos são indisponíveis enquanto constituem obrigações de Fazer ou Não Fazer e deve ser cumprida, situação que ocorre durante o exercício do contrato de trabalho. Entretanto, quando não cumpridos e acontece a extinção do contrato de trabalho, transformam-se em indenizações que passam a integrar o patrimônio do empregado. Como por exemplo: o direito de férias cujo período aquisitivo devia ter sido gozado na vigência do contrato. Mas, rompido o vínculo, a obrigação de Fazer se transforma na obrigação de indenizar, sendo devido o pagamento em dobro se já esgotado o período de um ano para a aquisição do direito. Art. 137 2 §§ da CLT.¹⁸³

Deduz-se que nesse caso, a indisponibilidade é relativa, iniciando-se a partir do momento que houve a extinção do contrato de trabalho.

¹⁸² CORDEIRO PACHECO, 2003, p. 103

¹⁸³ Id., 2003, p. 91

Outro impedimento legal que poderia surgir, caso fosse aplicada a instituição da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho, seria em relação a execução da sentença arbitral

Segundo Morgado: O art. 876 da CLT, que determina que se executem nas Juntas de Conciliação e Julgamento as decisões passadas em julgado e os acordos não cumpridos. Diante Do exposto, não é qualquer título executivo que pode ser executado na Justiça do Trabalho, somente aqueles de origem de suas próprias decisões.¹⁸⁴

4.2.2 Impedimento Financeiro

Conforme Yoshida, a onerosidade da arbitragem tem sido um problema considerável para a utilização do instituto nos conflitos trabalhistas. Alega-se que os dissídios trabalhistas não comportam o pagamento dos custos de uma arbitragem.¹⁸⁵

Também Sérgio Pinto Martins, converge com o mesmo argumento da onerosidade da arbitragem afirma que:

Não se pode dizer, porém, que a arbitragem tem um custo acessível a qualquer pessoa. Ao contrário, seu custo é extremamente alto, sendo desaconselhável para solucionar conflitos de valores de pouca monta. No processo do trabalho as custas,[...], são baixas e pagas no final. Não há necessidade de pagá-las quando do ajuizamento da ação é possível que o custo da arbitragem venha a cair com a maior quantidade de causas a ela sujeitas, sendo os honorários menores que hoje.¹⁸⁶

4.3.3 Impedimento cultural

Outro impedimento importante para o presente estudo refere-se é o impedimento cultural da sociedade brasileira em valer-se da solução extrajudicial para resolver seus conflitos, especialmente para buscar a solução de conflitos trabalhistas.

¹⁸⁴ MORGADO, 1998, p. 61.

¹⁸⁵ YOSHIDA, 2006, p. 140.

¹⁸⁶ MARTINS, 2003 apud YOSHIDA, 2006, p. 140.

Segundo Yoshida, mesmo com a demora da prestação jurisdicional estatal, o brasileiro possui resistência cultural para com a justiça privada arbitral, na medida em que existe a preferência dos litigantes para a autoridade judiciária.

Entretanto, de acordo com Belizário um dos maiores problemas legais no Brasil é em especial a falta de conhecimento das leis pela grande maioria da população. E a maneira de resolver esse problema é relativa à sua publicidade. Informar à população é provocar nela a mudança de comportamento. Um exemplo marcante desse procedimento aconteceu em relação à doação de órgãos post mortem que o próprio Governo e Administração Pública interessadas e motivadas pela causa, efetuaram amplamente a divulgação, em que num primeiro momento houve a resistência de mais de 60% da população em doar seus órgãos. Não satisfeita com o resultado, investiu maciçamente na publicidade, impregnando aspectos humanitários inserido naquela lei. Desse modo, Governo e Administração Pública conseguiram reverter a situação convertendo o percentual em aproximadamente 70% de doadores.¹⁸⁷

A falta de informação a respeito da Nova Lei da Arbitragem causa grandes problemas para sua utilização, principalmente no âmbito do senso comum com preconceito a respeito do instituto. Entretanto, segundo Belizário, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, §2º apóia os Tratados Internacionais de que o país seja parte e não se incompatibiliza com o juízo arbitral.¹⁸⁸

É sempre importante lembrar que, a Lei. 9.307/96 em seu art. 2º, §1º expressa o respeito às normas internas, ou seja, o respeito à ordem pública, bem como a violação aos bons costumes. Desse modo, uma via para resolver esse problema seria investir mais na Publicidade o que ensejaria menor custo em seus serviços.

¹⁸⁷ LACERDA, Belizário Antônio de. Comentários à lei de arbitragem-Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.109.

¹⁸⁸ Id, 1998, p.111

5 CONCLUSÃO

Do estudo realizado, através da mister leitura doutrinária e jurisprudencial, abstraídos os mesmos e, obtido a informação conjuntamente com as respectivas análises sobre as quais, visou-se averiguar a Lei n. 9.307/96 - Nova Lei da Arbitragem como meio de solução dos Conflitos Trabalhistas, obtiveram-se resultados que permitem à pesquisadora, apresente o seguinte conjunto de conclusões.

Em primeiro lugar faz-se necessário, colocar que o objeto em análise trata-se de analisar a Arbitragem nos Conflitos Trabalhistas as quais se desenvolveram a partir de dois institutos centrais. De um lado, o Direito do Trabalho e do outro a Arbitragem segundo a Lei n. 9.307/96.

O Direito do Trabalho tutela o trabalhador frente ao capital, considerando-o a parte mais fraca na relação empregatícia sob os aspectos sociais, político e econômicos no início do contrato de trabalho, durante e após o contrato de trabalho, ou seja, da rescisão contratual. Dessa forma, deduz-se que o Direito do Trabalho no que tange sua natureza jurídica, tem sua máxima fundamentada no vínculo empregatício, que por sua vez vai respaldar na sua origem teórica de direito público conferindo aos seus dispositivos em maioria, serem de ordem pública absoluta intransigíveis, inderrogáveis, absolutas, ou seja, consideradas por si mesmas, portanto irrenunciáveis pela vontade das partes. Um exemplo ilustrativo a respeito do assunto é com relação a uma rara exceção dada pelo art. 468 da CLT que apesar de prever a possibilidade da livre manifestação da vontade das partes, porém se o empregado ficar em desvantagem ao empregador, essa cláusula será nula.

Sendo assim, o Direito do Trabalho, visa o equilíbrio das forças antagônicas, por meio de suas normas e princípios jurídicos, como por exemplo, o Princípio da Irrenunciabilidade, uma vez que o empregador precisa obter lucro a qualquer custo e do outro lado, o trabalhador também por necessidade e sobrevivência necessita, manter-se no emprego. Entre essas forças, o mais fraco social, política e economicamente culmina com o trabalhador, que devido ao seu trabalho ser subordinado ao empregador, na medida em vende sua força de trabalho em troca de um salário, gerando dependência econômica do empregador frente ao empregador. Desse modo, numa negociação direta entre empregador e empregado e, num momento de desatenção, por falta de conhecimento somado ao medo de ficar desempregado, adere a qualquer cláusula sem imediatamente saber que violará direitos adquiridos com perdas para toda uma categoria. E para fazer Justiça social, o Estado, sob o manto da Constituição

Federal, incumbe à Justiça do Trabalho, através de suas normas jurídicas que são, portanto, de ordem pública e de interesse social, amenizar esse desequilíbrio. Deduz-se, portanto a evidência de que o maior impedimento da utilização da Arbitragem para solução dos conflitos individuais do trabalhista constitui-se no impedimento legal com normas que se impõe por si mesmas, ou seja, normas de ordem pública absolutas, principalmente antes do contrato individual do trabalho, na sua vigência e na maioria dos casos ao seu término.

Entretanto, a aplicabilidade da Arbitragem para solução de conflito coletivo de trabalho, é ponto pacificado entre os doutrinadores e na jurisprudência pelo fato de que a Constituição Federal em seu art. 114, § 1º e §2º faculta as partes, após frustrada a negociação coletiva à eleição de árbitro ou árbitros para solução do conflito coletivo de natureza econômica.

Apesar de a Arbitragem já fazer parte da história do Brasil, uma vez que já era utilizada, desde a época da colonização portuguesa, o impedimento cultural constitui-se em um dos maiores obstáculos para a utilização da Nova Lei da Arbitragem. A falta de maior publicidade e por conseqüência o conhecimento da Nova Lei da Arbitragem, impede o acesso e a possibilidade de outra alternativa de justiça que não somente a via Judiciária. A sociedade então, ainda tem preferência em obter a solução de seu conflito por meio da Justiça Estatal, mesmo sendo morosa, mas oferece maior segurança jurídica.

Além do mais, há que se concordar que os custos de um procedimento arbitral, ainda é oneroso ao cidadão comum se comparado com a Justiça do Trabalho. Muito embora, talvez com maior quantidade de causas via arbitragem, essa se torne menos onerosa e venha a ser um meio alternativo para a sociedade ,como também, desafogando e agilizando a Justiça Estatal e proporcionando ao Poder Judiciário, resolver litígios mais complexos, onde seus julgadores necessitam de maior tempo para suas decisões.

E de outro lado, a Nova Arbitragem instituída pela Lei n. 9.307/96 que se caracteriza por ser uma forma alternativa e facultativa de solução de conflitos, com seu objeto relativo a direitos patrimoniais disponíveis, de natureza jurídica contratual na medida em que se alicerça sobre a liberdade da vontade das partes, como também de natureza jurídica jurisdicional, uma vez que em que mesmo o árbitro tendo a função julgadora por vontade soberana das partes, que lhe investiram nesta função, através da convenção da arbitragem, a partir do momento em por norma legal, exerce sua função passa a ter caráter público, no sentido de que ele responderá como funcionário público, penal e civilmente no exercício da sua função.

Durante a pesquisa foi colocado que existem duas correntes principais do conceito de natureza jurídica da Arbitragem, especialmente por serem antagônicas, ou seja, a de natureza jurídica contratual e a jurisdicional. Faz-se necessário colocar que as maiorias dos doutrinadores concebem a natureza jurídica da Arbitragem no Brasil como sendo Jurisdicional. Essa é a maior controvérsia para obter-se um conceito único e abrangente para a natureza jurídica da Arbitragem, uma vez que por um lado tem natureza privada, oriunda de uma convenção de arbitragem da qual poderá resultar o compromisso arbitral ou a inserção de cláusula compromissória inserida num contrato entre as partes. De outro lado têm natureza jurídica pública, por ter sua sentença os mesmos efeitos da sentença estatal.

Alguns autores defendem a inserção da Nova Lei de Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho, alegando que existe um impedimento relativo, uma vez que após a extinção do contrato de trabalho, o princípio da irrenunciabilidade já não se mostra tão absoluto, uma vez que os direitos estariam à disposição no patrimônio do empregado.

Que a extinção do contrato de trabalho, também não necessitaria mais da proteção do Estado, pois não estaria o mesmo no seu período de vigência período esse, que torna suscetível à violação, uma vez que o empregado está ainda subordinado ao empregador e tendo como conseqüências, a possibilidade de coação do empregador sobre o empregado, como também, suposto vício de vontade da sentença arbitral efetuada. Assim, existe essa possibilidade de negociação ou renúncia, porém essa renúncia deve ser oriunda da livre e espontânea vontade do empregado. Argumentam seus defensores, que a autonomia de vontade se torna visível quando o empregado renuncia seu contrato de trabalho, pedindo demissão, que ensejará na perda da multa do FGTS, como também, a estabilidade da gestante. Em relação ao término do contrato, também se torna relativo a partir do momento em que houve a extinção do contrato de trabalho, após a homologação do art. 477 da CLT, com objeto conflituoso na relação jurídica. Desta feita, toda e qualquer diferença ainda existente no contrato de trabalho, assumem reflexos indenizatórios e patrimoniais às partes, logo disponíveis, possíveis de arbitragem.

Outros defensores para a aplicabilidade da Arbitragem nos dissídios individuais de trabalho alegam a inserção da cláusula compromissória nos contratos coletivos de trabalho, e que não haveria essa questão da hipossuficiência do trabalhador, na medida em que as negociações seriam feitas, por meio de Convenções Coletivas realizadas por sindicatos profissionais e sindicatos econômicos, portanto. Alegam ainda que tal aplicabilidade decorresse apoiada no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, uma vez que prevê o amplo reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, inclusive em

seu art. 8º, inciso VI expressa taxativamente a obrigação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Argumentam também que no art. 7º, incisos, VI, XII e XIV respectivamente à redução de salários por convenção coletiva, horas extras, que poderão ser compensadas, jornadas de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos, salvo negociação coletivas, existe a possibilidade de negociação coletiva. Assim, poderia passar a arbitragem a ser aplicada como instrumento de solução extrajudicial também nos conflitos individuais de trabalho. Sendo assim, sendo a cláusula compromissória tendo sido inserido no contrato individual, por meio da convenção coletiva de trabalho não ensejaria vício algum de nulidade, uma vez que reafirmaria a vontade individual das partes fundamentada no acordo coletivo do trabalho.

Porém como a grande parte da pesquisa foi elaborada sobre um caminho de controvérsias, uma vez que pesquisei sobre as concepções a favor da inserção da Arbitragem nos contratos individuais de trabalho, não poderia também deixar de comentar nas considerações finais a respeito das concepções que se fazem opostas à aplicação da Arbitragem nos dissídios individuais. Desse modo, alegam que com a extinção do contrato, os árbitros não teriam competência para julgar, por exemplo, a própria existência do vínculo, do qual decorrerá o reconhecimento ou não de direitos patrimoniais disponíveis, uma vez extinto o contrato. Alegam ainda que a existência da relação de emprego sem registro enseja violação de direitos não apenas de empregado, mas da Previdência Social, que não recebeu as contribuições devidas, da Caixa Econômica Federal, que ficou sem os depósitos do FGTS, da Receita Federal, que não recebeu o imposto sobre a renda, do sindicato que ficou sem a contribuição sindical, além de outras contribuições do Sistema como SESI, SESC etc. Que por sua vez, violaria a ordem pública. Apesar de que pode ser questionada, logo após a instituição da arbitragem, por meio de seus arts. 20 e 25, e art. 32, I, que autoriza a ação de nulidade, quando for nulo o compromisso.

Entretanto, somente para deixar em aberto para possíveis estudos, o comentado acima referia-se ao compromisso arbitral. Mas se for inserida a cláusula compromissória no acordo coletivo de trabalho, essa cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato principal e que, portanto pode constituir-se um título executivo, ou seja, poderá tornar-se obrigatória. Vem a outra parte para questionamento apenas, a Lei n. 9.307/96 tem como fundamento a livre vontade das partes, no Brasil a Nova Lei da Arbitragem é facultativa, seu objeto é sobre o patrimônio disponível, com pessoas capazes e maiores, podendo fazer-se representar por advogado, porém não é obrigatório. Deduz-se que essa discussão ainda tem muito a percorrer o caminho da pesquisa acadêmica.

Em relação à constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 não deixa dúvida, quanto a sua constitucionalidade, uma vez que em seu art. 25 expressa que, sobrevindo, no curso da arbitragem, divergência sobre direitos indisponíveis, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes, para o Poder Judiciário. Por sua vez o art. 31 exige que a sentença arbitral, se condenatória, em título executivo, não impede que o executado embargue a execução, como também, em seus arts. 32 a 33 para demandar sua nulidade.

Para finalizar, o presente trabalho deu uma visão geral da nova lei para, em seguida, delimitar-se nas inovações trazidas, bem como suas especificações que tornam possível sua aplicação ou não dentro do Direito do Trabalho, representado assim, uma alternativa a mais para a sociedade em optar para dirimir seus conflitos na justiça privada, mas vigiada pelo Poder Judiciário, ou seja, pelo Estado.

A Nova Lei da Arbitragem também é acessível tanto para os profissionais do direito, com também, para os estudantes da graduação e pós-graduação, bem como qualquer pessoa que deseja obter conhecimentos técnicos do assunto. Além de que a característica da Nova Lei da Arbitragem é seu aspecto de celeridade do processo que propicia ao cidadão maior justiça social, como também ao próprio Judiciário, na medida em que terá maior tempo para resolver conflitos mais complexos que exigem maior tempo para proferir a sentença decisória.

A Nova Lei da Arbitragem foi reformada para adentrar ao sistema da economia globalizada em que o Brasil já faz parte, muito embora, ainda não tenhamos um Mercado Comum consolidado. Mas, surgiu renovada para prestar seus serviços e desafogar o Judiciário e não simplesmente para desprestigiá-lo ou fazer afronta, porque não é esse o objetivo e nem poderia ser, uma vez que caminha na legalidade e qualquer desvio, poderá ser punida severamente. Assim, termino o presente trabalho, satisfeita depois de vários dias organizando as concepções de doutrinadores, intelectuais que abriram e abrirão caminhos para as luzes e reflexões do saber no mundo acadêmico.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira: 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Decreto-lei n. 9307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem Presidência da República. Casa Civil. Organização do texto: 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Decreto-lei n 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República. Casa Civil. Organização do texto: 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-lei n . 5.452, de 1º-5-1943 CLT.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho**. César Reinaldo Offa Basile. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção Sinopses Jurídicas. v.27.

CANDEMIL, Alexandra da Silva. **A Arbitragem nos Conflitos Individuais de Trabalho no Brasil e nos Demais Países-Membros do MERCOSUL**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 152p

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº 9.307/96 /

_____. 2 ed. ver.atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do Árbitro**: de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, 1478 p.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307/96 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FURTADO, Paulo. **Lei da arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva 1997.

GARZEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A Arbitragem na era da Globalização**, Rio de Janeiro: Forense, p. 338. 1997.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem e conceito e pressupostos de validade**. Ed. Ver. Tribunais, 1997,

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo / LTr, 1994.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem Através dos tempos**. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil até o advento da Lei 9.307/96, In:

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 18ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. **Direito processual do trabalho**. -10. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho / Amauri Mascaro Nascimento** – 19. ed.rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Arbitragem e Justiça do Trabalho..... Disponível em: <<http://www.solar.com.br/anamatra/arbitra2.html>>. Acesso em: 20 out. 2009.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os direitos trabalhistas e a arbitragem / Iara Alves Cordeiro Pacheco**. – São Paulo: LTr, 2003.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do direito do trabalho**.: Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem a solução viável**. São Paulo: Ícone, 1997.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Eduardo da Silva. **Arbitragem e direito da empresa**: Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: ver. dos Tribunais, 1986.439p.

SÍNTESE TRABALHISTA, Ano IX, nº 110, agosto de 1998. Porto Alegre: Síntese LTda. REVISTA

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira da arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.p.273p.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumiere. **Arbitragem no Direito Brasileiro. Lei n. 9.307/96**. Ed. LEUD, São Paulo, 2004.

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem Trabalhista** / Márcio Yoshida. – São Paulo: LTr, 2006.

ANEXO

ANEXO A - Lei n. 9.307/96 - Legislação Arbitral**Lei 9.307/96****LEGI SLAÇÃO ARBITRAL**

Lei Federal 9.307 e Apêndices

LEGI SLAÇÃO FEDERAL RELATIVA À ARBITRAGEM

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I**Disposições Gerais**

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio .

Capítulo II**Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos**

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

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

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

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

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem .

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

APÊNDICE:

EXTINÇÃO DE PROCESSO JUDICIAL

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

DA EXTINÇÃO DO PROCESSO

Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

VII - pela convenção de arbitragem;

FIM DO APÊNDICE

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

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

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

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

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

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

Art. 11 . Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único . Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes .

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

APÊNDICE:

SUSPEIÇÕES E IMPEDIMENTOS

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Seção II

Dos Impedimentos e da Suspeição

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do n o IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

FIM DO APÊNDICE:

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal .

APÊNDICE:

LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL APLICÁVEIS À ARBITRAGEM

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

Art. 314 - Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Concussão

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Condescendência criminosa

Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Violação de sigilo funcional

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Resistência

Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Desacato

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Tráfico de Influência

Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Coação no curso do processo

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Art. 346 - Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

CAPÍTULO II

DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

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

FIM DO APÊNDICE

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem .

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

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

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

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a Arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

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

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

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

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

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

Art. 27 . A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28 . Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, esclarecer tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29 . Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

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

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

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

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

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

APÊNDICE:

TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS - CÓDIGO DE PROCESSO

CIVIL

Seção II

Dos Títulos Executivos

Art. 583. Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.

Art. 584. São títulos executivos judiciais:

I - a sentença condenatória proferida no processo civil;

II - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

VI - a sentença arbitral.

FIM DO APÊNDICE.

Art. 32 . É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

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

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

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

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

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

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

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996