

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

PAULO CÉSAR BERNARDES FILHO

**ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS: A NOVA
CONDIÇÃO DO TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE**

**SÃO PAULO
2020**

PAULO CÉSAR BERNARDES FILHO

**ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS: A NOVA
CONDIÇÃO DO TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE**

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, linha de pesquisa 1: Justiça e o Paradigma da Eficiência, como parte de exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Renato Nalini

SÃO PAULO
2020

Bernardes Filho, Paulo César.

Arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas: a nova condição do trabalhador hipersuficiente. / Paulo César Bernardes Filho. 2020. 92 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. José Renato Nalini.

Métodos alternativos de solução de conflitos. 2. Conciliação. 3. Mediação. 4. Arbitragem trabalhista. 5. Direito do trabalho.

Nalini, José Renato. II. Título.

CDU 34

DEDICATÓRIA

Ao Alessandro, meu companheiro de 20 anos, que dá todo sentido a palavra companheiro. Obrigado por todos estes anos e por tudo que você representa na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Tenho muito a agradecer as pessoas queridas que de alguma forma estiveram comigo nesta trajetória.

Aos amigos, em especial aos amigos do mestrado, que tornam a vida mais leve e pelo suporte, que fez com que eu alcançasse mais este objetivo tão desejado. Agradeço a compreensão daqueles que sentiram a minha ausência, e daqueles que fizeram com que eu não me afastasse de todos e o apoio em cada momento deste caminho.

As queridas Dra. Roseli Lage e Dra. Fernanda Romano, que me ajudaram a atravessar este caminho com sanidade, e principalmente por me trazerem a consciência que a vida com TDHA pode ser muito produtiva.

A memória dos meus pais, que a vida não nos deu muito tempo aqui na terra para desfrutarmos a companhia, mas sem eles eu não estaria aqui e não seria quem sou hoje. A minha família Bernardes, em especial minhas irmãs Joana (que a vida me presenteou como irmã, madrinha e mãe), Andrea e Ana Paula que são meu porto seguro, minhas raízes. Aos Alves, que apesar de não os conhecer bem, sei que fazem parte da minha história.

Aos amigos do G.T.A., Iuri, Lucas, Luiz e Sami, a Renata que não é, mas poderia ser! e aos demais amigos do mestrado que estiveram no Módulo Internacional em Toledo – ES, nos CONPEDI, FEPODI, palestras, seminários e tantas outras atividades obrigatórias deste mestrado que tornaram tudo infinitamente mais divertido.

Agradeço a todos os professores do programa da Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade Nove de Julho, por me fornecerem as essenciais bases mestras do conhecimento e experiência docente que adquiri nestes últimos dois anos.

A Universidade Nove de Julho que nos propiciou os meios adequados, os melhores professores, a melhor equipe de suporte e ainda, e muito importante, no meu caso, a bolsa integral para cursar este mestrado.

Também meus agradecimentos Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques, que, agraciou-me, durante suas aulas, nos intervalos e na oportunidade da banca de qualificação, com seus conselhos e auxílios.

Meus agradecimentos especiais ao Professor Doutor José Renato Nalini, que, além de me sugerir, em meus primeiros dias de suas aulas, o tema com que trabalhei nesta dissertação, também me acolheu, com grande paciência, extrema delicadeza e superior inteligência, no ambiente docente. Muito Obrigado.

RESUMO

O debate sobre a possibilidade do uso da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos ressurgiu com a Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada “reforma trabalhista”, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991. A alteração da lei teve a finalidade de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Esta dissertação pretende estudar os métodos alternativos de resolução de conflitos, sendo eles: mediação, conciliação, e como principal foco do estudo, o instituto da arbitragem e a sua utilização junto à justiça do trabalho. Inicialmente, fez-se um levantamento do histórico trabalhista no Brasil e em seguida abordou-se o significado e formas de aplicabilidade de cada um dos meios mencionados. Por fim, discorreu-se sobre a possibilidade da arbitragem no meio trabalhista perante suas correntes favoráveis e não favoráveis de sua aplicação e por fim, a nova figura de trabalhador implementada pela lei, o hipersuficiente. Este estudo objetiva aprofundar algumas reflexões concernentes à utilização da arbitragem em matéria trabalhista.

Palavras chave: Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Conciliação, Mediação, Arbitragem, Arbitragem Trabalhista, Direito do Trabalho; Trabalhador Hipersuficiente.

ABSTRACT

The debate on the possibility of using arbitration as an alternative method of conflict resolution has resurfaced with Law no. 13,467, of July 13, 2017, the so-called "labor reform", which amended the Consolidation of Labor Laws (CLT), approved by Decree-Law No. 5,452, of May 1, 1943, and Laws No. 6,019, from January 3, 1974, 8,036, from May 11, 1990, and 8,212, from July 24, 1991. The amendment of the law had the purpose of adapting the legislation to the new labor relations. This dissertation intends to study the alternative methods of conflict resolution, which are: mediation, conciliation, and as the main focus of the study, the institute of arbitration and its use with the labor justice. Initially, a survey of labor history in Brazil was carried out and then the meaning and forms of applicability of each of the mentioned means were addressed. Finally, the possibility of arbitration in the labor environment was discussed in view of its favorable and non-favorable trends in its application and, finally, the new figure of worker implemented by law, the hypersufficient. This study aims to deepen some reflections regarding the use of arbitration in labor matters.

Keywords: Alternative Conflict Resolution Methods; Conciliation, Mediation, Arbitration, Labor Arbitration, Labor Law; Hypersufficient worker.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	Resolução Alternativa de Disputas
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis de Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DJMG	Diário de Justiça de Minas Gerais.
EC	Emenda Constitucional
ET	Estatuto del Trabajo
FETAG-AL	Federação dos Trabalhadores na Agricultura de Alagoas
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.
JOC	Juventude Operária Católica
JUC	Juventude Universitária Católica
ME	Microempresa
MST	Movimento dos Sem Terra.
NTIC	Novas Tecnologias de Informação e de Comunicação.
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PUC/MG	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
SJ	Societas Iesu ou Companhia de Jesus
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EXTRAJUDICIAIS	13
	2.1 O CONFLITO	13
	2.2 TÉCNICAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS	20
3	CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM	23
	3.1 CONCILIAÇÃO	26
	3.2 MEDIAÇÃO	28
	3.3 ARBITRAGEM.....	29
4	COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM O DIREITO BRASILEIRO	34
	4.1 A ARBITRAGEM E SEUS AVANÇOS NO BRASIL	34
	4.2 PREVISÃO LEGAL DA ARBITRAGEM NO BRASIL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL	39
5	ARBITRAGEM NA JUSTIÇA DO TRABALHO	44
	5.1 A CRESCENTE NECESSIDADE DE MODERNIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS LABORAIS	44
	5.2 ÓBICES À APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	
	47	
	5.2.1 Impossibilidade de aplicação da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho	49
	5.2.2 Existência de vedação constitucional à aplicação da arbitragem nas relações de trabalho	55
	5.2.3 Impossibilidade de aplicação da arbitragem em razão da natureza dos direitos trabalhistas (direitos indisponíveis)	62
	5.3 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	64
	5.4 O ARTIGO 507-A DA CLT	67
	5.5 SUBORDINAÇÃO, SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E PARASUBORDINAÇÃO.....	70
	5.6 O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE	75
6	CONCLUSÃO	81
	REFERÊNCIA	83

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publica em seu *site*¹ desde agosto de 2009 o Relatório Mensal da Ouvidoria. Conforme ali disposto, consiste a Ouvidoria no canal de comunicação entre a sociedade e o referido órgão. A partir dos dados que podem ser coletados nos relatórios emitidos pelo CNJ, é possível apontar a morosidade processual no Poder Judiciário como a principal reclamação dos cidadãos que procuram a Ouvidoria.

De acordo com dados extraídos do relatório de 2018, a maior parte das demandas recebidas na Ouvidoria, de forma recorrente, compõe-se de manifestações referentes à morosidade processual no Poder Judiciário, tendo representado 54,42% (11.746) registros recebidos no período. Considerando-se apenas as demandas com essa classificação temática, 96,93% (11.385) são reclamações.

Em um contexto de morosidade do Poder Judiciário é que se torna cada vez mais importante a utilização dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, que propõe soluções mais ágeis para os conflitos, sem que se tenha a necessidade de enfrentamento das questões a partir da atuação do Poder Judiciário.

Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos surgem, pois, como alternativas à jurisdição, como possibilidades pelas quais as partes, por livre iniciativa, se comprometem a buscar solução pacífica para as suas questões, sem ter que litigar judicialmente e enfrentar a morosidade, e, às vezes, a ineficácia do Poder Judiciário. Nesse sentido, importante menção se faz ao que disposto pela Organização do Trabalho (OIT)², segundo quem os conflitos, em geral, são resolvidos por meio de três grandes métodos baseados na intervenção de terceiros: o judicial, a mediação e conciliação e a arbitragem.

Neste aspecto, a alegação dos empresários e de investidores internacionais é no sentido de que haveria um excesso de intervenção do Estado nas relações comerciais e de trabalho, impedindo, assim, disponibilização de maiores investimentos de recursos no Brasil. A seu ver, que o “custo Brasil” tornaria inviável realizar investimentos no país, o que compromete, igualmente, a geração de novos postos de trabalho.

¹ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 22 de março de 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/6f5cd863e4fc7df2397866c692301712.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

² CONCILIACION y Arbitraje em los Conflictos de Trabajo: Estudio Comparativo. Primera edición, segunda impresión. Ginebra Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 1987.

Neste ponto, importante destacar que, para que a globalização seja efetiva em sua parte mais positiva, que é justamente essa questão da abertura de mercados e circulação de bens, rendas e serviços, é necessário construir um cenário favorável à movimentação de investimentos. Para tanto, é preciso romper as barreiras da burocracia e da morosidade do Poder Judiciário para que, com isso, as negociações empresariais possam se tornar mais céleres e seguras, respeitando, desse modo, tanto o lado do empregador como do trabalhador.

Em geral, o Poder Judiciário sempre se mostrou refratário ao uso de métodos alternativos de solução de conflitos, em especial da arbitragem. No Direito do Trabalho, em especial, o tema voltou a ter destaque a partir da edição da Lei nº 13.467/2017, comumente denominada “reforma trabalhista”. Isso porque, ao inserir o artigo 507-A no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que trata sobre a possibilidade de inserção de cláusula compromissória de arbitragem em contratos individuais de trabalho com remuneração que exceda duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), trouxe novamente à baila a discussão sobre a constitucionalidade do uso desse método para resolução de conflito extrajudicial de dissídios individuais trabalhistas.

Ao se afirmar que o assunto voltou a ter destaque, faz-se com base na constatação de que, até então, tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência eram, ou ainda o são, unânimes em considerar a arbitragem inadmissível nos conflitos individuais trabalhista. Na jurisprudência, o entendimento majoritário firmado era no sentido de que o uso da arbitragem criaria óbice inconstitucional ao acesso à jurisdição, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Na jurisprudência específica da Justiça do Trabalho, o entendimento era de que o juízo arbitral somente seria aplicável nesta especializada para dar solução a conflitos coletivos, uma vez que nos conflitos individuais estariam presentes direitos dos trabalhadores, os quais são indisponíveis e irrenunciáveis diante de sua natureza.

Inevitavelmente, a arbitragem é vista como uma possibilidade de se mascarar os desfechos das relações do trabalho. Muitos atores desta relação, em especial os juízes do trabalho, entendem que as experiências anteriores (como as comissões de conciliação prévia), aplicadas na esfera trabalhista com a finalidade de manter os conflitos jus laborais fora do alcance do Poder Judiciário, não foram benéficas aos trabalhadores por mascararem acordos que previam a redução de direitos trabalhistas.

Diante disso, estabeleceu-se a seguinte questão-problema para ser respondida nesse trabalho de dissertação: em que medida é possível considerar a constitucionalidade da arbitragem em dissídios individuais, tendo-se por base as novas disposições inseridas pela

reforma trabalhista no Direito do Trabalho brasileiro, que passaram a contemplar a arbitragem como método alternativo de solução de conflitos laborais extrajudiciais?

O objetivo geral é analisar a arbitragem como método alternativo de solução de conflitos laborais extrajudiciais a partir da concepção do empregado hipersuficiente, destacando-se a sua constitucionalidade em dissídios individuais.

Esta dissertação está inserida na Linha de Pesquisa 1: Justiça e o Paradigma da Eficiência, que estuda os conteúdos referente a Jurisdição e a atividade judicial realizando uma leitura do paradigma da eficiência com o propósito de atingi-la dentro das peculiaridades da própria jurisdição. Neste sentido, este estudo adere ao proposto pela linha de pesquisa, uma vez que arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais pode ser associada à utilização eficiente do sistema de justiça na aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos, colaborando na busca de respostas que superem as esperadas no processo estatal.

A justificativa para escolha do tema e elaboração do presente texto se finca, pois, na relevância que o mesmo apresenta não somente para as comunidades acadêmica e jurídica, com as contribuições a serem entregues, mas, também, para o empresariado e a sociedade, de um modo geral, considerando-se a necessidade de geração de emprego e renda, sem que isso represente, contudo, suprimir direitos trabalhistas.

O método adotado na investigação é o hipotético-dedutivo, aplicando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A abordagem do problema é qualitativa, e a análise dos dados do tipo crítica de conteúdo.

Para a melhor compreensão do tema, em um primeiro momento se realizarão breves considerações sobre a arbitragem enquanto método alternativo de solução de conflitos extrajudiciais. Para tanto, se apresentará a concepção do termo “conflito” na doutrina pesquisada, discorrendo, ainda, sobre as técnicas de solução de conflitos existentes – dentre elas, a arbitragem.

Na sequência, no terceiro capítulo dessa dissertação, serão apresentadas características pontuais de três importantes métodos alternativos de solução de conflitos extrajudiciais, que encontram, atualmente, amparo legal de aplicação no Brasil: a conciliação, a mediação e a arbitragem.

No quarto capítulo, o propósito será analisar a compatibilidade da arbitragem com o direito brasileiro. Para que isso seja efetivado, portanto, se discorrerá, em um primeiro momento, sobre os avanços obtidos no Brasil na aplicação da arbitragem enquanto método alternativo de solução de conflitos. Na sequência, a abordagem se concentrará nas disposições constitucionais que servem de sustentáculo para o seu uso no país.

No quinto capítulo, a abordagem será direcionada para a aplicação da arbitragem na seara da Justiça do Trabalho. Nele, portanto, serão lançadas considerações acerca da crescente necessidade de modernização da solução atribuída aos conflitos laborais no país, destacando-se ainda, os óbices normalmente apontados pela doutrina e jurisprudência pátrias à aplicação da arbitragem nas relações de trabalho, sendo estes os seguintes: impossibilidade de aplicação da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho, existência de vedação constitucional para aplicação da arbitragem nas relações de trabalho e impossibilidade de aplicação da arbitragem em razão da natureza dos direitos trabalhistas (direitos indisponíveis) . Nessa parte do estudo serão, ainda, lançadas considerações sobre a cláusula compromissória, destacando-se, a esse respeito, a redação do artigo 507-A da CLT, discorrendo ainda, sobre os conceitos de subordinação, subordinação estrutural, parasubordinação e empregado hipersuficiente, tidos como essenciais para o entendimento da temática proposta.

2 A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EXTRAJUDICIAIS

2.1 O CONFLITO

A abordagem do tema do conflito tem sido setorial, mas já se elabora Teoria Geral dos Conflitos desenvolvida por Entelman³. Por ora, interessa o conflito entre pessoas físicas e jurídicas, denominado intersubjetivo.

O vocábulo conflito significa oposição, colisão, embate, disputa. A reciprocidade está presente na noção de conflito: este ocorre sempre que dois sujeitos se encontram em posições antagônicas. Mesmo em Psicologia, o conflito em nível individual (não intersubjetivo) revela antagonismo de uma pessoa com ela mesma, com alguma parte dela mesma.

Alvim⁴, em seus estudos entente que a ideia de conflito envolve, também, a do interesse, pois, há, sempre, nos conflitos intersubjetivos, um ou vários interesses em jogo, uma colisão deles. Na área do direito, a expressão comum é conflito de interesses, o qual tem significativa relevância "para o entendimento do fenômeno jurídico, em geral, e do processual em particular", integrando o próprio conteúdo do Direito. Em dado momento de evolução jurídica, conforme o autor, foi adotado como critério central na própria hermenêutica das leis, tendência a que se deu o nome de "Jurisprudência dos Interesses".

O conflito é tão presente na vida humana que nem sempre é fácil perceber suas origens e conceituá-lo.

Barbanti Jr.⁵ afirma que os estudos sobre conflitos estão entre os mais antigos na história do homem, mesmo antes da formação das escolas de pensamento na Grécia antiga, estrategistas de guerras elaboravam suas teorias de pré-militares sobre formas de ataque e defesa. Ao longo da história diversos campos do conhecimento, da Psicologia à Economia, contribuíram para a interpretação destas formas violentas de conflitos, como também de outras formas mais sutis de embate entre indivíduos, entre grupos sociais e, afinal, entre Estados.

Passos⁶, em seus estudos sobre as estruturas da sociedade e a Teoria do Conflito, estuda a perspectiva do conflito presentes nas obras de Marx e Weber e conclui:

³ ENTELMAN, R. R. **Teoria de conflictos**: hacia un nuevo paradigma, Barcelona Gedisa, 2002.

⁴ ALVIM, A. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

⁵ BARBANTI JR, O. **Conflitos socioambientais**: teorias e práticas. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/dimensoes_socio_politicas/CONFLITOS%20SOCIOAMBIENTAIS%20-%20TEORIAS%20E%20PR%20CITICAS.PDF. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁶ PASSOS, C. **Teoria do conflito**. 2014. Disponível em: www.isaconsultoria.com.br/media_upload/Teoria%20do%20Conflito%20-%20Texto%20Celia%20Passos.5c74

Na perspectiva do conflito, especialmente nas “teorias do conflito”, são analisadas, dentre outros aspectos: (i) a existência de diferentes grupos na sociedade, com distintos interesses, acarretando a luta pelos próprios interesses e dando origem a tensões que significam potencial conflito e (ii) as tensões existentes entre os grupos dominantes e os desfavorecidos na busca da compreensão quanto à forma como se estabelecem e quanto à perpetuação das relações de controle⁷.

Nas palavras de Catena⁸, o conflito é parte da vida em sociedade, em diversos momentos os seres humanos entram em conflitos pelos mais variados motivos, e segundo o autor:

La vida en sociedad no siempre transcurre por vías pacíficas, sino que las relaciones entre los diferentes miembros de una comunidad con frecuencia están marcadas por la tensión. Los seres humanos entran en contienda con sus semejantes por las más variadas razones, que van desde simples problemas derivados del carácter de dos sujetos, hasta disputas por el poder y la dominación en un ámbito socialo político determinado, aun cuando no siempre se debe considerar el conflicto como indeseable, pues en ocasiones aparece como una oportunidad de progreso de la sociedad, como un elemento dinamizador que sirve para (mover el patio) >de las relaciones sociales⁹.

Podemos então considerar que uma característica humana, e em decorrência, uma característica da vida em sociedade é estar com uma certa predisposição ao conflito, pois, como afirma o autor acima, o conflito pode ser considerado um dinamizador das relações sociais.

Passos¹⁰ entende que várias são as formas de definição e conceituação dos conflitos, que vêm sendo entendidos como uma divergência, um desentendimento ou luta expressa, estabelecida entre duas ou mais pessoas que mantém relação de dependência entre si, que percebem que se encontram (ou parece que se encontram com) falta de (ou limitação do acesso aos) recursos, metas ou objetivos contrapostos que se obstaculizam entre si.

Birnbaum¹¹ afirma que no centro de qualquer coisa, seja das mais variadas filosofias ou de teorias sociais do passado até os tempos atuais o conceito de conflito ocupa “quase sempre um lugar essencial”. Tal conceito, esclarece o autor, “evoca as antinomias clássicas entre integração e ruptura, consenso e dissenso, estabilidade e mudança”, de modo que a oposição entre o conflito e a ordem “se inscreve no próprio fundamento do sistema social”¹².

De acordo com Bobbio, Matteucci e Pasquin¹³, “[...] conflito é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a

[30ccc0610.pdf](#). Acesso em: 18 fev. 2020.

⁷ Idem, p. 1.

⁸ CATENA, V. M. **La resolución jurídica de conflictos**. In: SOLETO, H.; MORALES, C. E.; LÓPEZ, R. C. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2017. p. 45-78.

⁹ Idem, p. 45.

¹⁰ PASSOS, 2014. Op. cit.

¹¹ BIRNBAUM, P. **O conflito**. In: BOUSON, R. (org.) *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 245-247.

¹² BIRNBAUM, 1995. Op. cit. p. 246.

¹³ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. V. I. 11. ed. Brasília: Editora

distribuição de recursos escassos”. Em comum, essas definições apresentam a ideia de que há, pelo menos, dois lados que se colocam em oposição em razão de uma desavença sobre um tema qualquer.

Os autores entendem que esta definição, “suscita imediatamente diferenciações e divergências atinentes à maior parte dos problemas ligados ao conceito de Conflito e à sua utilização”¹⁴, e acrescentam:

Os conflitos — como se disse — podem acontecer entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Naturalmente existem também Conflitos que contrapõem indivíduos a organizações (um Conflito pela democracia interna no partido entre um discordante e os dirigentes), grupos a coletividades (um Conflito entre uma minoria étnica e o Estado), entre organizações e coletividades (Conflitos entre a burocracia e o Governo como representante da coletividade). Existem então, diversos níveis nos quais podem ser situados os Conflitos e seus diversos tipos, de modo que seria possível centrar somente a atenção sobre os Conflitos de classe (esquecendo os conflitos étnicos) de um lado ou sobre os conflitos internacionais (esquecendo os Conflitos políticos internos dos Estados, como os contrastes entre maioria e oposição ou as guerras civis) do outro lado¹⁵.

Sobre a teoria dos conflitos e sua conseqüente solução os autores Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁶ afirmam que:

[...] toda atividade jurisdicional exercida em uma sociedade legitima-se e é indispensável por que existem conflitos entre pessoas ou grupos e para que tais conflitos tenham solução, com a pacificação das pessoas e consegue benefício à própria vida em sociedade – sabendo-se que todo conflito é causa de infelicidade pessoal dos sujeitos envolvidos e, em uma perspectiva metaindividual, a proliferação de conflitos constitui fator de instabilidade e desorganização da própria sociedade. E ainda que a sociedade contemporânea é altamente conflitiva, atingida por um sempre crescente número de desavenças e envolvendo cada vez mais os seus integrantes.

Os autores acima citados entendem que o adensamento populacional, caráter finito e conseqüente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição do homem para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, concentração de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas, somado a isto temos a ineficiência do Estado, bem como seu comportamento desrespeitoso perante os direitos das pessoas, levam a uma forte tendência da judicialização dos conflitos, assoberbando os tribunais do país.

Universidade de Brasília, 1998. p. 226.

¹⁴ Idem, ibidem.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ CINTRA, A. D.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo, São Paulo, Brasil: Malheiros, 2014. p. 30.

Chama atenção no texto dos autores que o conflito é causa de infelicidade pessoal dos sujeitos envolvidos, o que também se insere com as questões das necessidades individuais, pois “necessidades humanas não atendidas, assim como violações aos Direitos Humanos, geralmente são fontes de conflitos que tendem a se agravar”¹⁷. Esta falta de necessidades atendidas pode transparecer também como a falta de um método eficaz de resolução de conflitos, pois como afirma Warat¹⁸:

Falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outriedade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença¹⁹.

A falta de objetividade como são comumente tratados os conflitos, e seus impactos na vida em sociedade, revela que o ser humano ainda não chegou a forma proposta por Warat²⁰, ou seja, a visão de que o conflito é uma forma de produzir a inclusão, produzir a diferença, ou seja, atender as necessidades não atendidas dos que vivem em sociedade.

Falar de necessidades não atendidas é falar de questões subjetivas que envolvem emoções, manifestações culturais, de tradições de um povo, de relações familiares e afetivas. Considerando isto é que pode se afirmar que o conflito é dinâmico e por este dinamismo intrínseco, o conflito é parte importante da vida em sociedade e tratado em tantos estudos acadêmicos.

Além das necessidades não atendidas, o conflito também está presente nas relações com o Estado e as entidades privadas.

Ponieman²¹ acredita que a vida em sociedade ocasiona uma infinidade de interações entre os indivíduos, entre estes e seus grupos e os grupos de adesão, por outro lado, propicia interações com entidades privadas, sejam estas empresas, associações, comércios ou ainda instituições sem fins lucrativos e entes públicos.

Continua o autor afirmando que essas interações, sejam voluntárias ou involuntárias, contemplam incontáveis intercâmbios contratuais povoando as atividades diárias e envolvendo-nos num emaranhado de tramas que não nos seria possível imaginar, tempos atrás. Quanto mais

¹⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014. Op. cit. p. 30.

¹⁸ WARAT, L. A. **O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados**. Surfando na pororoca, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

¹⁹ Idem, p. 37.

²⁰ Idem.

²¹ PONIEMAN, A. **Qué hacer con los conflictos: claves para comprenderlos, manejarlos**. Buenos Aires: Losada, 2005.

nos damos conta de que integramos e estamos neste emaranhado relacional, mais estaremos aptos a perceber o crescimento ou a multiplicação dos conflitos, quer sejam estes decorrentes de disputas por bens ou territórios materiais, quer sejam de natureza jurídica, quer de natureza política, afetiva ou de valores morais e éticos²².

Ante a ideia instada acima, no que diz respeito ao conflito, observa-se que há um ideário socialmente construído que ao se deparar com o conflito, automaticamente entende que a forma de solução deste se opera pelo Direito.

Considera-se que o Direito é a forma primordial de solução do conflito, pois as normas jurídicas são os meios de pacificação social, mas não é essa a verdade do Direito, este não é apenas normatização, engloba também os costumes e princípios morais da sociedade.

Apesar do exposto, nos primeiros anos de estudo do Direito, todos os estudantes saem em busca de diversas definições, pois, como aprendemos, o litígio é o meio de solução de conflitos da sociedade, e neste prisma, o Direito é o instrumento de pacificação social.

Importante aqui um destaque das palavras de Watanabe²³, que trata os métodos alternativos de solução de conflitos mais adequados aos conflitos da sociedade, o autor afirma:

Os meios alternativos de resolução de controvérsias devem ser estudados e organizados não como solução para a crise de morosidade da Justiça, como uma forma de reduzir a quantidade de processos acumulados no Judiciário, e sim como um método para se dar tratamento mais adequado aos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade²⁴.

O autor critica o que ele chama de “cultura da sentença”, que é a valorização da resolução de conflitos por meio de sentenças judiciais, e afirma ser necessária uma “cultura da pacificação”, que é a valorização da solução amigável. Continua o autor afirmando que as soluções das controvérsias devem ser voltadas mais à pacificação dos conflitantes do que ao conflito em si, ou seja, se preocupar mais com as necessidades não atendidas dos conflitantes, o aspecto subjetivo acima tratado. Finaliza afirmando que é chegada a hora de se dar mais valor aos estudos dos métodos alternativos de solução de conflitos, inclusive nas universidades.

Lançando os olhos para o Direito, Madeu²⁵ o define como o fenômeno jurídico o qual nasce das manifestações humanas que a partir dos sedimentos históricos-valorativos, dirige a ação dos sujeitos, na forma de unidades de significação, denominadas normas jurídicas.

²² PONIEMAN, 2005. Op. cit.

²³ WATANABE, K. **A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses**. In: TOLEDO, A. S. P. de. Estudos avançados de mediação e arbitragem. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 1-5.

²⁴ Idem, p. 4.

²⁵ MADEU, J. F. D. **Direito vivo – introdução ao estudo e à Teoria Geral do Direito**. São Paulo, São Paulo,

Nesse sentido, Bobbio²⁶ esclarece que o melhor modo de se aproximar do fenômeno jurídico e aprender seus traços característicos essenciais é considerar o direito, como um conjunto de normas de conduta. Isso ocorre porque a vida social se desenvolve em um mundo de normas, porquanto os seres humanos encontram-se envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as ações dos indivíduos. Despontaria, desse modo, a seu ver, o fenômeno jurídico como uma verdadeira experiência normativa de orientação do comportamento humano em sociedade.

Catena²⁷ entende que esse conjunto de normas jurídicas é que dirigem a sociedade e organizam a vida social e política, para o autor:

Derecho, el conjunto de normas jurídicas que rigen en una sociedad, viene a ser la respuesta de una estructura política organizada - que en los tiempos presentes es el Estado - a un concepto avanzado de relaciones sociales. A través del Derecho se pretenden diseñar los parámetros básicos dentro de los cuales han de desenvolverse estas relaciones, regulando con mayor o menor detalle y minuciosidad aquello que se puede y no se puede hacer, reconociendo a los individuos derechos subjetivos que se van a defender por la propia organización política, y estableciendo cuáles son los legítimos intereses que cada uno puede sostener y exigir.

O autor esclarece de forma clara como a norma jurídica se desenha na sociedade: como parâmetros básicos, o que Bobbio chamou de “conjuntos de normas de condutas” para a vida social, ou seja, a “[...] normativa de orientação do comportamento humano em sociedade”²⁸.

Contudo, na prática nos mostra que o mero estabelecimento de normas, bem como a criação de um conjunto sistematizado de normatização, ou seja, as leis por si só, não são capazes de afastar a sociedade dos conflitos, pois, como ensinou Bobbio, Matteuci e Pasquino²⁹, “[...] conflito é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos”, como já visto acima.

Cintra, Grinover e Dinamarco³⁰ afirmam que pela ideia clássica de conflito e insatisfações, podemos entender que se entre duas pessoas ou grupo de pessoas há um conflito, que é caracterizado pela insatisfação do indivíduo por pretender um bem ou direito para si e não obtê-lo, seja porque (a) aquele que poderia satisfazer sua pretensão não a satisfaz; (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão; (c) a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um mero ato de submissão da pessoa de que delinuiu, em

Brasil: Saraiva, 2015.

²⁶ BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2001.

²⁷ CATENA, 2017. Op. cit. p. 47.

²⁸ BOBBIO, 2001. Op. cit. p. 27.

²⁹ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998. Op. cit. p. 226.

³⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014. Op. cit.

princípio o direito impõe que, se quiser pôr fim a essa situação, o sujeito trate de chamar o Estado-Juiz, o qual dirá afinal qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso em concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução).

Pensando assim, pela insatisfação do indivíduo por pretender um bem ou direito para si e não obtê-lo, que é possível compreender o fato de que o conflito é algo inevitável na sociedade. Mas embora inevitável não é imutável e deve ter se em mente que o conflito pode e deve ser administrado, contido e mesmo canalizado para uma forma produtiva na vida do cidadão, e em consequência para a sociedade

Logo, o conflito está ligado à frustração e ao não atendimento de necessidades humanas e da sociedade e, com isso, seu efeito pode ser construtivo ou destrutivo, a depender da forma como é conduzido³¹.

No entendimento de Franco³², conhecendo-se as causas dos conflitos, pode-se evitar que eles surjam ou que se desenvolvam. A lei material é uma das formas de evitarem-se conflitos, na medida em que regula relacionamentos em relação a interesses; entretanto, seu demorado processo de elaboração não permite que acompanhe o surgimento de novos tipos de relacionamentos e interesses.

A percepção de que o conflito é um processo permite constatar sua graduação e eleger a técnica mais adequada para ser utilizada no estágio em que se encontra. São técnicas de prevenção que evitam que se instaure, pela eliminação das causas ou modificação de circunstâncias; evitam seu recrudescimento, resolvendo disputas já existentes, por meios não adversariais.

Importante destacar que na nova cultura, o conflito não é visto como algo indesejável, pelo seu lado negativo: ele passa a ser focado como problema que pode ser resolvido, mesmo antes de sua manifestação, eliminando-se ou corrigindo-se situações indesejáveis que poderiam dar-lhe causa, transformando-se o status quo e tirando-se proveito de eventuais consequências positivas que poderia acarretar. Visto por este ângulo, afirma-se que o conflito é também construtivo e incentiva a criatividade; aceitando-se como parte integral do comportamento humano, que motiva e oportuniza mudanças³³.

³¹ ROJOT, J. **Negotiation**: from theory to practice. McMillan: New York, 1991.

³² FRANCO, M. **Nova cultura do litígio**: necessária mudança de postura. In: LEMES, S. F.; CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

³³ SERPA, M. de N. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

2.2 TÉCNICAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Ante a existência do conflito é imperiosa a solução, a qual interessa a todos os membros da sociedade organizada, pois adequa a insatisfação pessoal da necessidade inicialmente não atendida, e a ajusta ao possível (componente psicológico) e à paz social (componente sociológico).

Nas técnicas de solução dos conflitos não adversariais ou autocompositivas, as próprias partes, entre elas ou com a mera colaboração de terceiro, encontram a solução. Isso ocorre, geralmente, na transação, na conciliação e na mediação, com probabilidade qualitativa de resolução do conflito em toda a sua plenitude, no aspecto sociológico e no psicológico das partes envolvidas.

Já, nas técnicas de composição dos conflitos adversariais ou heterocompositivos, as partes terceirizam a solução do conflito, e o terceiro imparcial julga aplicando o direito ou a equidade, no caso concreto, via de regra, a jurisdição estatal e a arbitragem.

Importante observar que com o uso das técnicas de composição adversariais pretende-se, basicamente, a correção do componente sociológico – uso das normas jurídicas aplicadas ao caso concreto, pouco importando a satisfação plena das necessidades, ou mesmo as angústias que a parte vencida venha a experimentar após a resolução imperativa do conflito pelo terceiro.

A autotutela é técnica de composição de conflitos, sendo caracterizada pelo emprego da força para preservação ou restabelecimento de um direito ameaçado ou violado. Como exemplos de aplicação da autotutela, é possível citar a legítima defesa, o estado de necessidade e o direito de retenção, que são as hipóteses mais conhecidas em que se consente o uso da autotutela.

A autocomposição é uma forma de resolução de conflitos que ocorre por meio de composição dos interessados, ou seja, a resolução de conflitos se dá entre os interessados e consiste em: um dos indivíduos, ou ambos, criam uma solução para atender os interesses deles, chegando a um acordo que soluciona o conflito.

Em oposição às formas heterocompositivas, em que a decisão do conflito do litígio advém de decisão proferida por um terceiro, na autocomposição pode haver a participação de terceiros (conciliador ou mediador) ou não (negociação).

Importante destacar que, diversos estudos afirmam que os benefícios que a resolução consensual de litígios tende a trazer, se comparado às modalidades heterocompositivas, são infinitamente maiores.

Ademais, solução consensual ostenta maior possibilidade de sucesso, uma vez que é capaz de construir acordos e decisões com maior aceitabilidade das partes, por se tratar de solução construída pelos próprios interessados, ainda que por intermédio de um terceiro, como um conciliador ou mediador.

Além da autotutela e da autocomposição, os conflitos podem também acarretar na instauração de um processo, judicial ou arbitral, ou seja, as formas heterocompositivas de resolução de conflitos, que são aquelas onde a solução do conflito é dada por decisão, judicial ou arbitral, de teor impositivo e coercitivo, dada por um terceiro imparcial.

A resolução heterocompositiva de litígios, cujo traço essencial está no poder atribuído ao terceiro para adjudicar às partes a resolução do conflito, legitima-se pelo processo, que é o método instituído pelo Estado para que, por meio da prática sucessiva e ordenada de atos, em contraditório, possa o julgador formar sua convicção acerca do conflito e decidir a lide de forma imperativa³⁴.

Por imposição constitucional, o processo deve observar devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), como explicam Cintra, Grinover e Dinamarco³⁵, trata-se do conjunto de garantias que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e que determinam o correto exercício da jurisdição.

Importante destacar que são também importantes a garantia do devido processo legal e a observância de outras garantias constitucionais e regulamentadas pela legislação ordinária, tais como a garantia do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF) e da igualdade das partes (artigo 5º, inciso I). Tal relevância é logo notada ao se considerar que é justamente a observância a tais garantias no processo que torna legítima a decisão final proferida por um terceiro imparcial em relação a determinado conflito de interesses.

Há duas formas de resolução heterocompositiva de conflitos: o processo estatal, conduzido por um juiz dentro do Poder Judiciário e o processo arbitral, em que as partes em litígio, outorgam poderes a um árbitro ou tribunal arbitral para decidir o conflito instaurado.

O processo estatal é o método de resolução de conflitos, garantido de forma ampla na Constituição Federal e submetido às regras processuais previstas em lei ordinária, em especial, o Código de Processo Civil. Assim, toda e qualquer pretensão, que estiver amparada pelo Direito, pode ser exercida em juízo, devendo, para tanto, ser observados os requisitos legais

³⁴ CARNELUTTI, F. **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

³⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014. Op. cit.

exigidos para o exercício do direito de ação (requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito).

O processo arbitral, possui âmbito de atuação específico e mais restrito, na medida em que somente podem ser solucionados por meio da arbitragem litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, cuja titularidade seja de pessoas capazes de contratar. Instaurando-se a arbitragem, a resolução do conflito será adjudicada pelo árbitro ou tribunal arbitral, após regular processo arbitral, submetido, aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, conforme artigo 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, por decisão imperativa que produz os mesmos efeitos da sentença proferida por órgãos do Poder Judiciário (artigo 31, da Lei de Arbitragem).

É importante destacar, por fim, que a instauração do processo – estatal ou arbitral –, por uma das partes, para a resolução de um determinado litígio, não afasta a possibilidade de resolução consensual, que, aliás, deve ser estimulada e conta com previsão expressa tanto no Código de Processo Civil (artigos 125, inciso IV, 331 e 448), como na Lei de Arbitragem (artigo 26).

Buscando-se contextualizar a abordagem pretendida para o presente estudo, será o capítulo seguinte destinado a apresentar as características da conciliação e mediação (técnicas autocompositivas de solução de conflitos) e da arbitragem (técnica heterocompositiva de solução de conflitos), sendo essa última o objeto de análise da pesquisa.

3 CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

No Brasil, o acesso à justiça foi posto pelo legislador como um direito fundamental quando foi incluído no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXV, cuja redação é no sentido de que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário, por meio de lei, lesão ou ameaça a direito. Para Greco³⁶, a questão do acesso à justiça extrapola o âmbito da garantia pura e simples de ir perante o Poder Judiciário apresentar conflito para solução:

Antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos, ficando a proteção judiciária, através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano acionável, apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos³⁷.

Para o autor, portanto, o que realmente interessa em se tratando de proteção de direitos fundamentais é assegurar que o cidadão seja investido no gozo de seus direitos, antes que surja a necessidade de buscar o Poder Judiciário para fazer valê-los. Contudo, a seu ver, não se pode negar a relevância da inclusão desse importante direito no texto constitucional, de modo que se passa, a partir de agora, a apresentar para ele definições extraídas da doutrina pesquisada.

De acordo com Bezerra³⁸, na visão do leigo, o acesso à justiça refletiria “a mera oportunidade de estar perante o juiz”³⁹. Também assim entendem Leal e Fagundes⁴⁰, segundo quem o acesso à justiça se subsume tão somente na possibilidade conferida aos cidadãos de comparecer diante do Estado, por meio dos órgãos jurisdicionais, exercitando os direitos de ação e de defesa.

Para Portanova⁴¹, contudo, trata-se de “[...] um princípio bem geral, pré-processual e até supraconstitucional”. Em sua visão,

[...] o princípio do acesso à justiça, em última análise, informa todos os outros princípios ligados à ação e à defesa: demanda, autonomia de ação, dispositivo, ampla defesa, defesa global, eventualidade, estabilidade objetiva da demanda,

³⁶ GRECO, L. Acesso à Justiça no Brasil. **Revista do Curso de Direito da UNIVALE Universidade do Vale do Rio Doce**, n. 1. Governador Valadares. UNIVALE, jan-jun. 98.

³⁷ Idem, p. 70.

³⁸ BEZERRA, P. C. S. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁹ Idem, p. 125.

⁴⁰ LEAL, J. da S.; FAGUNDES, L. M. Acesso à justiça: perspectivas críticas a partir da justiça comunitária andina. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 9, 2011.

⁴¹ PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 109.

estabilidade subjetiva da demanda. [...] é um poder quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material a que se visa atuar⁴².

Em complementação, citem-se Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴³, segundo quem a Justiça deve ser acessível a todos, sem qualquer distinção, sob pena de se tolher o próprio direito de acesso à justiça, representando, assim, uma afronta a um direito fundamental essencial para a reivindicação de observância dos demais direitos assim contemplados pela Carta Maior.

Cappelletti e Garth⁴⁴ estudaram a fundo o sistema jurídico em meados dos anos 70, e concluíram a sua tese que apontou as causas possíveis da ineficiência do sistema processual, identificando obstáculos ao acesso à justiça. Dizem os autores:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de 'efetividade' é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo, em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida⁴⁵.

Os autores entendem que os obstáculos para o acesso universal à justiça podem ser dividindo-os em três tipos: econômico, organizacional e processual.

O primeiro óbice de natureza econômico-financeira, refere-se aos elevados custos do processo, que envolvem os gastos com a propositura da ação, honorários de advogado, honorários periciais e outras despesas, tornando o processo verdadeiramente inacessível à população mais carente de recursos financeiros.

A segunda barreira diz respeito à existência de direitos difusos e coletivos, próprios das sociedades de massa, cujas peculiaridades não se adéquam à defesa por meio de um processo tradicional, e nem sempre valem a ação individual de um único litigante, pois o custo do ingresso na justiça frequentemente supera o benefício econômico pretendido.

⁴² PORTANOVA, 2005. Op. cit. p. 109.

⁴³ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil – Teoria Geral do Processo Civil**. V. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁴⁴ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

⁴⁵ Idem, p. 15.

No terceiro, apontou-se o obstáculo processual, ligado à constatação de que o processo judicial, na forma como concebido, pode não corresponder ao meio ideal para a defesa de determinados direitos.

Em síntese, as três ondas renovatórias idealizadas por Cappelletti e Garth⁴⁶ dizem respeito (i) à assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados; (ii) à tutela dos interesses metaindividuais; e (iii) ao aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e à utilização de novos mecanismos, dentro e fora da jurisdição.

Já fora dos limites do processo judicial, encontra-se justamente a criação de formas “alternativas” de justiça, como a negociação, a mediação e a arbitragem.

A atual sociedade, complexa e em constante evolução, apresenta, a cada dia, novos conflitos das mais diversas ordens. Nesse diapasão, novas formas de solução de conflitos, os chamados meios alternativos de solução de conflitos, também conhecidos como meios consensuais de resolução de disputas, ou ainda, Resolução Alternativa de Disputas (ADR), mostram-se como um caminho hábil para se chegar ao objetivo da justiça, e da paz social.

Sobre os benefícios dos meios alternativos de solução de conflitos Catena⁴⁷ destaca:

Con la puesta en funcionamiento de las alternativas al proceso judicial, los llamados ADR (Attenzative Dispztte Resolution), se pretende simplemente proporcionar a los litigantes un mecanismo más eficaz en términos de tempo de respuesta pero, sobre todo, una respuesta más satisfactoria superando el tradicional sistema confrontativo y autoritario en que se concreta el proceso ante los tribunales, en donde se parte de la presencia ante el juez de dos sujetos enfrentados con iguales armas y de un órgano investido de la autoridad del Estado que impone su propia decisión que se ha de acatar⁴⁸.

Theodoro Jr.⁴⁹ ensina que a prestação jurisdicional nunca foi o único meio de compor litígios. Sempre se conheceram outras formas alternativas ao lado do processo judicial, como a autocomposição, a autotutela e o recurso à intermediação de terceiros, o que nos permite visualizar pelo menos três modalidades principais de composição de litígios:

- a) a mediação, em que se usa a intermediação de um agente não para ditar e impor a solução autoritária do conflito, mas para conduzir negocialmente os litigantes a reduzirem suas divergências e a encontrarem, por eles mesmos, um ponto de entendimento (uma autocomposição, portanto) ;
- b) a sentença judicial, prolatada por magistrado integrante dos organismos especializados da Justiça estatal (forma de heterocomposição jurisdicional ou oficial);

⁴⁶ CAPPELLETTI; GARTH, 1998. Op. cit.

⁴⁷ CATENA, 2017. Op. cit.

⁴⁸ Idem, p. 64.

⁴⁹ THEODORO JR., H. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **RDC**, n. 2, nov-dez. 1999. Doutrina.

c) a arbitragem, que proporciona a sentença arbitral oriunda de órgão particular, mas que, por convenção das partes, atua com imparcialidade e com observância de um procedimento equivalente ao da Justiça oficial⁵⁰.

Dentre os meios acima referidos destacam-se a negociação, a conciliação, mediação e a arbitragem, essa última, objeto de estudo do presente trabalho.

Em 2015, foi aprovado o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105) e também a Lei de Mediação (Lei nº 13.140). O novo CPC traz regras que privilegiam a conciliação entre as partes enquanto forma de solução dos conflitos, tendo um capítulo especificamente a seu respeito. A partir de março de 2016, após a apresentação de uma petição inicial cível por uma das partes e antes da resposta da outra parte, ocorrerá uma audiência de conciliação ou mediação, conforme disposto no artigo 334 do CPC.

Segundo os autores, o CPC/2015 investe muito nos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação), que utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e à pacificação mais completa. Basta verificar que os coloca em um amplo quadro de política judiciária, logo nos parágrafos do artigo 3º, quando estabelece, como dever do Estado, promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo.

3.1 CONCILIAÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça define a conciliação como sendo um procedimento autocompositivo breve, pelo qual as partes ou os interessados, que se submetem por espontânea vontade, para serem auxiliados por um terceiro, capacitado, por meio de curso preparatório, auxilia para a neutralidade em relação ao conflito do caso em tela, para assisti-las, utilizando-se de técnicas adequadas, no intuito de chegar a uma solução para a perpetuação da relação, ou que se finde da maneira mais saudável possível⁵¹.

Sampaio Jr.⁵² entente que a conciliação é a maneira clássica de solução amigável dos litígios quando já existe um processo ou até mesmo antes dele, principalmente pelas propostas já enunciadas do Conselho Nacional de Justiça, onde um terceiro, que pode ser o Juiz – essa é a ideia principal – formule uma resolução que seja aceita pelas partes, através de propostas das

⁵⁰ THEODORO JR., 1999. Op. cit. p. 4.

⁵¹ AZEVEDO, A. G. **Manual de mediação judicial**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

⁵² SAMPAIO JR., J. H. O papel do juiz na tentativa de pacificação social – a importância das técnicas de conciliação e mediação. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, p. 105-142, 2012.

mesmas, ou também por sugestão do terceiro, sendo bastante prestigiada na legislação, inclusive penal⁵³.

O autor continua explicando que na conciliação, que tem como objetivo precípua tão somente a solução específica do conflito, o terceiro sempre está propondo as alternativas de resoluções, a partir das peculiaridades de cada caso, o que denota sua maior intervenção na solução propriamente dita e por consequência uma participação mais intensa quanto à responsabilidade da solução do conflito, sem evidentemente, se impor qualquer decisão, já que a consensualidade é inerente a ambos os institutos⁵⁴.

A conciliação, portanto, pode ser definida como um processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.

Catena⁵⁵ destaca que a conciliação é considerada um marco no direito espanhol e uma importante forma de solução de conflitos:

En el marco del derecho español puede entenderse que en la conciliación la intervención del tercero consiste en sugerir, proponer o plantear diferentes salidas al conflicto, manejando cualquier posibilidad, con el fin de que las partes puedan acoger alguna de ellas X de ese modo, poner fin al litigio. En la mediación el tercero intenta que los contendientes, reconociendo la posición del contrario, puedan por ellos mismos obtener la solución⁵⁶.

Nalini⁵⁷, com importante destaque, comenta que a conciliação é uma alternativa aos meios heterocompositivos, pois há, efetivamente, a possibilidade do interessado assumir o protagonismo na solução do conflito, o autor afirma:

A decisão é heterônoma à vontade das partes. E a exteriorização da vontade todopoderosa - ainda que fundada em lei - de um ente tentacular e opressor chamado Estado. Enquanto isso, a conciliação resulta do protagonismo do próprio interessado. Ele consegue dialogar com o adversário, enxergar seu ponto de vista, replicar e triplicar, chegar a um ajuste que não significa necessariamente capitulação, mas o ponto possível de convergência entre os antagonismos. Na mesa de diálogo, a parte enxerga «o outro» como alguém também provido de legitimidade para discutir. Exercerá o contraditório de fato, não como princípio jurídico de sofisticação

⁵³ SAMPAIO JR., 2012. Op. cit.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ CATENA, 2017. Op. cit.

⁵⁶ Idem, p. 67.

⁵⁷ NALINI, J. **O que pensar da justiça?** In: NALINI, J.; PIRES, L. F.; RODOVALHO, M. Ética para o juiz: um olhar externo. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 65-79.

inalcançável para o homem do povo. Exercitará sua autonomia, eticamente superior à heteronomia da vontade estatal⁵⁸.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n. 125 com o objetivo de impulsionar e uniformizar os métodos consensuais de solução de conflitos. A partir de sua publicação, os Tribunais de Justiça tiveram até doze meses para implementar os CEJUSC – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania onde deveriam ocorrer as sessões de conciliação e mediação.

3.2 MEDIAÇÃO

Nascimento define a mediação como técnica de composição dos conflitos caracterizada pela participação de um terceiro, suprapartes, o mediador, cuja função é ouvir as partes e formular propostas, podendo ela ocorrer extrajudicialmente ou no curso de um processo judicial. Impera a vontade das partes, pois o mediador apenas auxilia, não podendo interferir na vontade dos participantes; estes ajustam suas vontades de forma a fazer um acordo para a benesse de ambos⁵⁹.

Sobre o tema, Sampaio Junior entende que a mediação não se preocupa tão-somente com a resolução do conflito posto em evidência e a sua característica principal consiste de que a participação do terceiro, que também pode ser o Juiz, é estimuladora para que os interessados encontrem a melhor solução, prestigiando a continuidade do relacionamento. Sua eficácia de satisfação social é bem mais evidente do que na conciliação⁶⁰.

E por tal razão, preservação da continuidade do relacionamento, é que se deve dar destaque especial na figura do mediador. Warat⁶¹ entende que para o processo da mediação se faz presente o mediador, este precisa além das técnicas de comunicação, ter uma visão geral sobre o problema participando dele com afetividade. É preciso abandonar as máscaras, o mediador deve compreender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes propondo que as pessoas transformem o olhar do conflito para si mesmas, percebendo que o conflito é algo exterior a elas mesmas.

A participação no processo de mediação sempre deve ser realizada de forma voluntária e sigilosa, pois a resolução do conflito é transcorrida por diferentes crenças, sociais e culturais,

⁵⁸ NALINI, 2014. Op. cit. p. 79.

⁵⁹ NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁰ SAMPAIO JR., 2012. Op. cit.

⁶¹ WARAT, 2004. Op. cit.

familiares e psicológicas, o tempo de cada parte envolvida para preparação e modificação da situação conflituosa é única⁶².

A mediação compreende uma nova visão da cidadania dos direitos humanos e da democracia, não é um litígio, mas um modo normativo de interferência nos conflitos, um acordo de interesses estabelecendo promessas e uma resolução para os conflitos, sendo ela um procedimento voluntário, com aceitação de ambas as partes⁶³.

Por fim faz-se necessário que a sociedade reconheça a mediação como um método alternativo e concreto que vislumbra a cultura aliada a paz para que todas as pessoas tenham a possibilidade de idealizar seus direitos e cumprir com seus deveres perante o Estado Democrático de Direitos⁶⁴.

3.3 ARBITRAGEM

No contexto de mundo globalizado em que passamos a viver a partir das décadas de 1990 e 2000, conjuntamente com as ideias do liberalismo político e econômico atuando no cenário político brasileiro e internacional, podemos dizer que se desenvolveu a expectativa dos políticos, empresários e advogados quanto a necessidade de se regulamentar métodos alternativos de solução de conflitos, pois a forte atuação morosa do estado não atende mais as necessidades da nova forma de produção do mundo globalizado.

Delgado⁶⁵ a respeito dos anseios daqueles que estão insatisfeitos com a morosidade jurisdicional, afirma que:

A arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, não só porque contribui para aumentar o grau de discórdia com o seu semelhante, mas, também, pelo fato de lhe ser negado o direito constitucional de ver o seu direito reconhecido em tempo razoável de ser possível o seu gozo e a sua fruição⁶⁶.

A duração razoável do processo para muitos pode ser entendida como um direito fundamental, pois, a morosidade do Poder Judiciário pode ofender o Princípio da Dignidade da

⁶² WARAT, 2004. Op. cit.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ DELGADO, J. A. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista de Direito Renovar**, v. 17, p. 1-24, 2000.

⁶⁶ Idem, p. 3.

Pessoa Humana, uma vez que, sem a efetividade, o processo vira um fim em si mesmo, e o Estado não entrega a prestação jurisdicional adequada.

Como se sabe, a prestação jurisdicional é a atividade principal exercida pelo Poder Judiciário como função do Estado, responsável pela pacificação dos conflitos sociais. E como acima aventado umas das principais críticas direcionada ao Poder Judiciário relaciona-se à lentidão com a qual exerce sua função. Acerca do tema Nalini⁶⁷ observa que:

A solução judicial dos conflitos é exageradamente lenta. Bem por isso, a morosidade é o mais universal de todos os problemas do Judiciário. A chamada Reforma do Judiciário da Emenda Constitucional 45/2004 teve em vista adequar o serviço público encarregado de solucionar as controvérsias ao ritmo da sociedade brasileira. Aliás, a única mácula consensual em relação à Justiça é a morosidade. Nada obstante a alteração do texto constitucional e as várias leis processuais dela derivadas, a Justiça ainda continua lenta⁶⁸.

Sobre a efetividade do processo, Wambier⁶⁹ entende que a efetividade que se requer das decisões emanadas da atividade jurisdicional do Estado "vale dizer que o direito ao processo significa direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos. Não se trata, é claro, de um processo fantasioso, que não desemboque numa efetiva prestação do serviço tutelar jurisdicional. O processo sem efetividade desrespeita o princípio do "*due process of law*".

A arbitragem é um dos métodos alternativos de composição dos conflitos extrajudicial, que tem como premissa a vontade das partes verem seu conflito resolvido por um terceiro capacitado para tal desafio, ou seja, é uma forma de resolução de conflitos baseados na heterocomposição.

Sendo uma das formas de heterocomposição, a arbitragem tem por finalidade o deslinde de controvérsias, onde as partes elegem um terceiro de sua confiança, estranho à relação discutida, ao qual caberá decidir o conflito, sendo as partes obrigadas a observar a decisão do árbitro.

Segundo Valério⁷⁰, na heterocomposição existe intervenção jurisdicional do Estado, que pode se materializar frente a um juiz togado, ou árbitro que, embora seja terceiro particular equidistante entre as partes, conta com o amparo legal, inclusive na aplicação de sanções. A

⁶⁷ NALINI, J. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

⁶⁸ Idem, p. 23.

⁶⁹ WAMBIER, L. R. **Liminares**: alguns aspectos polêmicos. In: ALVIM, T. A. (org.), Repertório de jurisprudência e doutrina sobre siminares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁷⁰ VALÉRIO, M. A. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social. **Revista de Direito Privado**, v. 69, set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.01.PDF. Acesso em: 18 fev. 2020.

heterocomposição, que tanto pode ser estatal ou paraestatal, surge quando um terceiro intervém na disputa, por meio do julgamento togado, da arbitragem, da mediação e da conciliação, para tentar pôr termo à lide.

A arbitragem é um dos métodos alternativos de composição dos conflitos extrajudicial, que tem como premissa a vontade das partes verem seu conflito resolvido por um terceiro capacitado para tal desafio, ou seja, é uma forma de resolução de conflitos baseados na heterocomposição.

Neste sentido, Câmara⁷¹ conceitua a arbitragem como meio de solução de conflitos alternativos à via judiciária, cujos aspectos essenciais são a liberdade de escolha do árbitro pelas partes e o poder e autoridade conferidos ao árbitro para proferir decisão e solucionar o conflito, poder esse também conferido pelas partes litigantes.

Scavone Jr.⁷² conceitua a arbitragem como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

A partir dos conceitos que foram até aqui colacionados, é possível compreender a arbitragem como sendo um método alternativo de solução de conflitos extrajudicial entre particulares, que elegem uma terceira pessoa de confiança para por fim a uma demanda. A sentença prolatada por este juízo arbitral também tem força de título executivo judicial irrecurável.

Conforme Scavone Jr.⁷³, até o advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a arbitragem foi, notoriamente, maltratada pelo Direito Positivo, no Brasil. A consequência é a falta de uma prática do instituto e de uma “cultura arbitral” em nosso país. Continua o autor que, quando não se acredita na arbitragem, e se admite que a justiça é feita apenas pelo Estado, nada obstante a crise universal do Poder Judiciário, a delonga das decisões judiciais, a injustiça manifesta que representam as decisões retardadas, a consequente inocuidade, na maioria das vezes, dessas sentenças e a impunidade frequente de infrações penais.

Com o advento da Lei nº 9.307/1996, a situação altera-se de modo significativo em favor do uso da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos, diploma legal que, ao dar uma disciplina normativa moderna à arbitragem, promoveu um verdadeiro renascimento do

⁷¹ CÂMARA, A. F. **Arbitragem, Lei nº. 9.307/96**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

⁷² SCAVONE JR, L. A. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual ed. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: Forense, 2018.

⁷³ Idem.

instituto no Brasil, consolidado anos depois, já em 2001, com o reconhecimento da sua plena constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF (AgRg na SE 5206/ES, rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

O CPC/2015 apresentou importantes e interessantes disposições sobre a Arbitragem, resolvendo inclusive um grave inconveniente que acontece entre os árbitros e os magistrados, por exemplo, a efetivação de medidas de urgência e coercitivas deferidas pelos árbitros, entre outras. Mas, uma possível crítica que se faz, com relação especificamente à arbitragem, foi a ausência de avanços de uma melhor disciplina da alegação de convenção de arbitragem⁷⁴.

A decisão proferida na arbitragem é reconhecida, pelo Código de Processo Civil, como título executivo judicial, os termos de seu art. 515, inc. VII: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral. Tal fato indica o reconhecimento normativo da arbitragem como espécie de jurisdição não estatal, nos termos do art. 15 do CPC/2015.

Franco⁷⁵ afirma que a arbitragem não é modismo, nem panaceia, muito menos mera privatização da jurisdição. Ela se insere perfeitamente no estágio atual de evolução da sociedade, contribuindo, embora em ainda em pequena escala, com a paz social, eliminando, de forma célere, a tensão que no processo judicial se mantém por longo tempo. Contribui, também, com a evolução do Direito, pela possibilidade de buscar-se e revelar-se a melhor solução no Direito vivo, distanciando-se das regras estratificadas do Direito posto.

Nesse sentido, afirma Reale⁷⁶:

Tudo indica, por conseguinte, que será sinal de maturidade jurídica a crescente utilização da arbitragem para solução dos conflitos de direitos e interesses patrimoniais disponíveis, sem continuarmos a nos perseverar em querer resolver a Crise da Justiça lançando mão apenas de reformas de ordem legislativa estatal, sobretudo quando dependam de alterações no plano constitucional. A meu ver a arbitragem vem abrir novo e amplo campo de ação nessa matéria, permitindo que a própria sociedade civil venha trazer preciosa contribuição, valendo-se da alteração verificada na experiência jurídica contemporânea no tocante às *fontes do direito*, enriquecidas pelo crescente exercício do chamado poder negocial, em complemento à lei, às decisões judiciais e às normas constitucionais, como penso ter demonstrado em meu livro *Fontes e Modelos do Direito*⁷⁷.

⁷⁴ RAGAZZI, J.; LASMAR, E. T. O instituto da arbitragem no novo Código de Processo Civil e em relação ao direito do consumidor. *Revista Jurídica Cesumar*, p. 487-502, 2016.

⁷⁵ FRANCO, 2007. Op. cit.

⁷⁶ REALE, M. **Crise da justiça e arbitragem**. In: WALD, A. (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, ne 5, abr-jun. 2005.

⁷⁷ Idem, p. 13.

Para finalizar, se faz importante o ensinamento de Watanabe⁷⁸ afirma que ainda há muita resistência à adoção dos chamados métodos alternativos de solução de conflitos. O autor afirma que muitos acham que são mecanismos menos nobres, próprios de povos com cultura primitiva, e que o método mais nobre é a adjudicação de solução por meio de sentença do juiz, proferida em processo contencioso.

O autor continua considerando que mesmo nas faculdades de direito é ainda acanhada a percepção da importância dos métodos alternativos de solução de conflitos, tanto que apenas algumas delas têm disciplinas específicas para iniciar seus alunos nesses mecanismos de solução de conflitos. Apenas a arbitragem vem merecendo uma atenção maior, em razão da aprovação, em 1996, da Lei nº 9.307, que a disciplinou por completo, e pela sua utilização cada vez mais intensa na solução de conflitos de natureza comercial, e naqueles adequada solução depende dos conhecimentos especializados em que sua do julgador⁷⁹.

⁷⁸ WATANABE, 2014. Op. cit.

⁷⁹ WATANABE, 2014. Op. cit.

4 COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM O DIREITO BRASILEIRO

4.1 A ARBITRAGEM E SEUS AVANÇOS NO BRASIL

Fernandes⁸⁰ afirma que no Brasil, o instituto da arbitragem se faz presente desde a época da colônia. Afirma o autor que a arbitragem surgiu, pela primeira vez, na Constituição do Império, de 22 de março de 1824.

Santana, afirma que no período compreendido entre 1500 a 1822 a arbitragem obrigatória ou necessária não tinha tradição no Brasil, somente sendo prestigiadas nos estatutos legislativos as arbitragens voluntárias, cuja característica essencial reside na autonomia da vontade. Mas época houve em que a arbitragem compulsória passou a ser disciplinada em vários artigos do Código Comercial de 1850, pelo Regulamento 737, o qual previa a arbitragem para dirimir conflitos comerciais. Porém, os conflitos particulares civis ainda permaneceriam obedecendo aos procedimentos ditados pelas ordenações portuguesas⁸¹.

Martins⁸² revela que, em âmbito infraconstitucional, a arbitragem foi, pela primeira vez, introduzida no Brasil, no ano de 1831 e, em seguida, em 1837, para solucionar litígios relativos à locação de serviços, em caráter impositivo ou obrigatório; informa, a seguir, que ela foi regulada, em 1850, pelo Decreto nº 737, de 25 de novembro, para ser aplicada em dissídios existentes entre comerciantes, para ser consagrada no Código Comercial:

Ainda nesse mesmo ano, o Código Comercial traz em seu bojo a figura do juízo arbitral e, seguindo a tendência já delineada no passado, prescreve-o de modo obrigatório às questões (i) resultantes de contratos de locação mercantil, (ii) suscitadas pelos sócios, entre si, ou com relação à sociedade, inclusive quanto à liquidação ou partilha, (iii) de direito marítimo, no que toca a pagamento de salvados e sobre avarias, repartição ou rateio das avarias grossas e (iv) relacionadas à quebra⁸³.

Destaque que Santana, explicando que, quando da edição do decreto 3.900, de 26 de junho de 1867, a expressão “cláusula compromissória” foi inserida pela primeira vez no direito positivo brasileiro⁸⁴.

Importante destacar que nesta época a cláusula compromissória valia somente como promessa de submissão da controvérsia ao juízo arbitral, o que permitia o seu não cumprimento,

⁸⁰ FERNANDES, J. R. A arbitragem em conflitos individuais trabalhistas: uma interpretação constitucional e lógico-sistemática do art. 507-A da CLT. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, p. 89-104, 2018.

⁸¹ SANTANA, M. A. *Democratização da justiça e arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Líder, 2009.

⁸² MARTINS, S. P. *Direito do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁸³ Idem, p. 43.

⁸⁴ SANTANA, 2009. Op. cit.

gerando somente perdas e danos para o prejudicado com a negativa da instalação da arbitragem, o que se transformou no grande obstáculo para sua implementação no Brasil.

Segundo Carmona, a arbitragem permaneceu adormecida no Brasil por várias décadas, consequência do tratamento legislativo inadequado que lhe fora conferido pelo Código Civil de 1916, e, posteriormente, pelo Código de Processo Civil de 1973. Assim, ainda que prevista no direito positivo brasileiro, a arbitragem era pouco conhecida e menos ainda utilizada como modo alternativo de solução de controvérsias, a despeito dos crescentes problemas da via judicial para composição de litígios, congestionada por centenas de milhares de processos e carente de recursos⁸⁵.

A regra contida no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.037, afirmava que “[...] as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais”.

Neste diploma, portanto, a arbitragem volta à tona, com o juízo arbitral voluntário por meio de compromisso arbitral, mantendo, porém, o entendimento de que a cláusula compromissória consistia em mera promessa sem caráter obrigacional. Isto, porque, em seu art. 1.046, havia a previsão de que “[...] ainda que o compromisso contenha a cláusula ‘sem recurso’ e pena convencional contra a parte insubmissa, terá esta o direito de recorrer para o tribunal superior”, o que tornava inócua sua inserção nos contratos diante da possibilidade de se recorrer tanto no caso de nulidade ou de extinção do compromisso como no de ter o árbitro excedido seus poderes.

Já a Constituição de 1934 voltou a aceitar a arbitragem, assegurando à União competência para legislar sobre as regras disciplinadoras do referido instituto, incluindo nessas legislar sobre “normas fundamentais da arbitragem comercial”, em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “c”.

Art. 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

- a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;
- b) divisão judiciária da União, do Distrito Federal e dos Territórios e organização dos Juízos e Tribunais respectivos;
- c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo;

⁸⁵ CARMONA, C. *Arbitragem e processo – um comentário à Lei n.º 9.307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A Constituição de 1937 não valorizou essa entidade jurídica. A Carta Magna de 1946, de 18 de julho, também não fez qualquer referência à arbitragem privada, tendo o mesmo comportamento a Constituição de 1967.

Em 1939, foi editado o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, o qual disciplinou o juízo arbitral, mas ainda mantendo a ineficácia da cláusula compromissória. A mesma redação teve reprodução no Código de 1973.

A Constituição de 1988 demonstra a inovação do pensamento democrático e, além de dispor expressamente no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a ameaça ou lesão de direito”, em seu artigo 114, parágrafos 1º e 2º, passa a garantir o juízo arbitral para os dissídios coletivos do trabalho.

Nas palavras de Ragazzi e Lasmar⁸⁶, finalmente, após um lento processamento legislativo, em sessão solene, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei de Arbitragem, que, publicada no Diário Oficial da União, em 24 de setembro de 1996, passou a vigorar sessenta dias após esta publicação, revogando expressamente o artigo 1037 do Código Civil e o artigo 1.072 do Código de Processo Civil, permitindo a plena eficácia do instituto nas resoluções de conflitos e colocando o Brasil com as mais modernas legislações internacionais sobre a matéria, pois apresentava essenciais modificações para a eficácia da implementação do instituto no Brasil, quais sejam: permissão da execução específica da cláusula compromissória, autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário e desnecessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira.

A Lei nº 9.307/96, que revogou todo o sistema do juízo arbitral que constava tanto do direito material como do direito processual, deu novo enfoque a arbitragem por ter permitido que desenvolvesse como método alternativo de solução de conflitos, principalmente extrajudicial.

A arbitragem passou a ser um importante meio independente e autônomo de solução dos conflitos de natureza patrimonial disponível, na medida em que as decisões arbitrais passaram a constituir título executivo judicial, ou seja, podemos considerar que a maior inovação da Lei é a equiparação entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, como formas de composição extrajudicial de litígios, cuja adoção exclui a causa do âmbito do processo jurisdicional.

⁸⁶ RAGAZZI; LASMAR, 2016. Op. cit.

Importante também destacar que a sentença arbitral é independentemente de homologação pelo Poder Judiciário, como ocorria no regime anterior, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Após a edição da Lei de Arbitragem em 1996, sua constitucionalidade foi questionada. O argumento era de que a renúncia à tutela estatal consubstanciava em violação da garantia de acesso à Justiça.

A tese da constitucionalidade do juízo arbitral foi tratada como discussão incidental no Ag. Regimental da Sentença Estrangeira 5.206-7, abrangendo vários dos tópicos da lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

A majoritária jurisprudência após a promulgação da Lei 9.307/1996, suscitava a inconstitucionalidade da arbitragem por haver supressão da apreciação do Poder Judiciário nos feitos arbitrados, havendo, assim, manifesta violação constitucional. A questão chegou ao Supremo tribunal Federal no Agravo Regimental em sentença estrangeira n. 5.206-7, com a arguição da inconstitucionalidade dos art. 6º e 7º da Lei n. 9.307/96.

SE-AgR 5206 / EP – ESPANHA AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA -
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 12/12/2001 Órgão
Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 3004-2004 PP-00029 VOL-02149-06 PP-
00958Parte(s) EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito
entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a
existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial
de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste
processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na
origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada
pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante:
agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição
posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que,
homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral:
homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel
do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a
possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na
espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa
apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do
laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de
reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa
assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de
Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo
arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do
país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o
Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o
problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3.
Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral;
discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei,
especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica
para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia

constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Processo. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). VOTAÇÃO E RESULTADO: por unanimidade provido o Agravo para homologar a Sentença Arbitral. Vencidos, parcialmente, os Ministros. Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei-9307, de 23.09.1996.

Embora o Ministro relator Sepúlveda Pertence e os Ministros Néri da Silveira, Sidney Sanches e Moreira Alves tenham votado pela inconstitucionalidade dos referidos dispositivos da lei, sete Ministros votaram em sentido contrário: Ilmar Nascimento Galvão, Maurício José Corrêa, José Celso de Melo Filho, Ellen Gracie Northfleet, Nelson Jobim, Marco Aurélio Mendes de Faria Mello e Carlos Velloso. Desde então, com o voto dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, restou confirmada a constitucionalidade da lei de arbitragem.

Assim, o Supremo Tribunal Federal validou a arbitragem ao decidir pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996. A constitucionalidade da Lei foi declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso, não ofendem o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O CPC/2015, em seu artigo 3º, trata do instituto da Arbitragem como Jurisdição. No artigo 42º estabelece que “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”; desta forma o novo CPC confirma a Arbitragem como um instituto jurisdicional reconhecido, garantido o direito das partes a optarem pela Jurisdição Arbitral.

Mais recentemente, a arbitragem voltou a ser trata pelo Código de Processo Civil de 2015. De acordo com o novo CPC, se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência. Não havendo

sido instaurado o juízo arbitral, o juiz decidirá a questão. Assim, o novo CPC vem reafirmar a competência e legitimidade da Jurisdição Arbitral.

Ademais, o código aplica o princípio da inafastabilidade de jurisdição e coloca um fim na teoria de Sentença Arbitral ser inconstitucional, haja vista que, como já foi analisado através da contextualização histórica do instituto da arbitragem, houve muitas discussões a respeito da legitimidade, validade, legalidade e aplicação da Sentença Arbitral.

4.2 PREVISÃO LEGAL DA ARBITRAGEM NO BRASIL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

A utilização da arbitragem no Brasil vem ganhando, a cada ano, mais usuários, muito em razão na confiança do procedimento. Ainda as denominadas Cortes de Conciliação e Arbitragem, pela eficácia e efetividade demonstrada em suas atividades, considerando-se seus resultados, têm determinado a criação de um novo panorama para a solução dos litígios. Considere-se, também, a defesa que parte da doutrina faz, hoje, da aplicação da arbitragem para solucionar conflitos trabalhistas.

Tradicionalmente se entende que a jurisdição é monopólio e função do Estado que, assim, substitui as partes na solução do conflito que os envolve, mediante aplicação do direito material por meio do processo⁸⁷.

Quanto à constitucionalidade da arbitragem, há quem a considere legítima, outros que a vêem como uma ingerência de terceiros sobre o Estado. Dentre os que defendem a constitucionalidade da arbitragem encontram-se: Nelson Nery Junior, segundo quem “[...] a arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem do juiz natural”⁸⁸, isso porque, dado seu caráter opcional, não é a ninguém imposta e, sendo assim, não retira de ninguém o direito ao acesso à justiça, antes objetiva pacificar de forma mais rápida e desafogar a sobrecarregada justiça comum, não ferindo “o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas”⁸⁹.

Sob um prisma oposto, Etcheverry⁹⁰ vê que a arbitragem vai de encontro a princípios Constitucionais, tais como princípio do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e do

⁸⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014. Op. cit.

⁸⁸ NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

⁸⁹ NERY JUNIOR, 1999. Op. cit. p. 52.

⁹⁰ ETCHEVERRY, R. A. **El arbitraje internacional y su incidência en el comercio internacional**. In: PUCCI,

devido processo legal, bem como se constituir uma espécie de terceirização da justiça. O autor vê, inclusive, que o parágrafo 2º do art. 4º da Lei 9037/96 é inconstitucional, pois tiraria demandas privativas do Estado da apreciação pelo Poder Judiciário, isso porque:

Demandas verificadas em setores inteiros da economia passariam a ser decididas por particulares destituídos das garantias da magistratura, sem a possibilidade de recurso e, o que é pior, com a forte possibilidade de comprometimento dos árbitros com interesses das partes econômica e politicamente mais fortes nos litígios, já que por elas teriam sido indicadas⁹¹.

Notadamente, o questionamento acerca de uma possível inconstitucionalidade da supracitada lei arbitral partiu do certo e prestigiado princípio do “acesso à justiça”, este consagrado pelo constituinte brasileiro de 1988, mais precisamente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal atual, onde se expressa, conhecidamente que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em contrapartida, é possível argumentar que o juízo arbitral não fere a norma constitucional, porque ele não deixa o Poder Judiciário fora do exame das questões jurídicas, fato este previsto na própria normatização da arbitragem (Lei nº 9.307/96), como por exemplo, no caso de resposta à convocação da parte que, eventualmente, se sentir lesada ou mesmo no que toca ao árbitro, quando se fizer necessário o uso do caráter imperativo da força estatal mediante obstáculo operado por qualquer das partes quanto ao cumprimento voluntário de medidas aptas ao ordeiro desenvolvimento da via arbitral⁹².

A preferência jurisprudencial sob a demanda parece ter sido pacificada através do pronunciamento favorável à constitucionalidade do processo arbitral pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão sobre Agravo Regimental (Sentença Estrangeira 5.206-7), cujo julgamento transcorreu em dezembro de 2001, tendo a maioria dos ministros se manifestado pela constitucionalidade da Lei Arbitral, inclusive no tocante à possibilidade de o juiz proferir sentença substitutiva da vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso arbitral (artigo 6º, parágrafo único, e artigo 7º da Lei nº 9.307/96).

Entendendo a maioria dos ministros que a vontade da parte, expressamente manifestada na cláusula compromissória, é suficiente para que o magistrado substitua a declaração da parte que obstaculiza o firmamento do compromisso arbitral, não agredindo de modo algum o artigo

A. N. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Ltr, 1998.

⁹¹ Idem, p. 27.

⁹² GAIO JÚNIOR, A. P. **Teoria da arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012.

5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, decidindo-se, portanto, constitucional os artigos 6º, parágrafo único, 7º, 41 e 42 da Lei nº 9.307/96.

Destaca-se ainda, a favor da constitucionalidade do processo arbitral, o fato de que a Carta Magna assegura, formalmente, o exercício da arbitragem em diversas oportunidades tais como no art. 114, §§ 1º e 2º; no art. 12, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando antevê a utilização da arbitragem na demarcação das linhas divisórias entre Estados e Municípios.

O art. 5º, XXXV, da CF consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça. Segundo Cappelletti e Garth⁹³:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica⁹⁴.

A postura conservadora dos juízes é criticada por Cappelletti e Garth ao afirmarem que, os juízes profissionais tendem a ser *naturaliter* conservadores, quietos e respeitosos da lei, são também *naturaliter* contrários a evoluções que tendam a pôr em evidência e exaltar o elemento voluntarístico das suas decisões, colocando em perigo a mística da sua objetividade e neutralidade⁹⁵.

A advertência de Nalini⁹⁶ também é no sentido de que já não existe espaço no Brasil, par ao juiz omissor, para o juiz burocrata, compilador de jurisprudência ou distanciado do

⁹³ CAPPELLETTI; GARTH, 1998. Op. cit.

⁹⁴ Idem, p. 12-13.

⁹⁵ Idem, p. 35.

⁹⁶ ALINI, J. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

consenso jurídico, aquela ideia palpável do que é justo ou injusto numa sociedade heterogênea e imersa em iniquidade.

O modelo moderno do magistrado Brasileiro é o do juiz administrador, que não se limita às suas atribuições jurisdicionais, mas exerce seu papel de gestor de 22 sua unidade jurisdicional. Esse perfil de juiz não olvida que possui uma equipe de servidores que, juntamente com ele, formam à sua unidade jurisdicional. E que é fundamental que essa equipe seja eficientemente administrada.

Na mesma direção, Nalini⁹⁷, refletindo sobre as novas posturas do juiz Brasileiro sugere que

À procura de trilhas novas a serem percorridas, pode-se examinar como foi que a empresa privada conseguiu subsistir no capitalismo selvagem que demoliu as verdades estabelecidas e só permitiu a sobrevivência dos mais capazes. O Judiciário não é empresa. Mas grande parte de sua atividade meio é análoga à de um conglomerado empresarial. Com alguma cautela e guardadas as diferenças ontológicas entre as atuações, não é possível ao juiz servir-se de regras da iniciativa privada para melhorar uma prestação pública?⁹⁸.

Devemos observar que a garantia de devido processo legal, além de exigir da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, como acima observado, exige a observância do contraditório e ampla defesa, que também são normas constitucionais.

Destaca-se que o que se pretende assegurar com estes princípios é uma garantia aos litigantes, é não apenas uma sentença, mas uma sentença justa, dentro da melhor interpretação dos fatos e aplicação do direito material, assegurando-se o integral acesso à justiça, como observa Watanabe⁹⁹:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Saliencia, ainda, em relação ao princípio da proteção judiciária, a importância: a) da preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos; b) adequação da organização judiciária ao volume dos serviços judiciários; c) recrutamento adequado; d) remoção de óbices ao acesso à justiça; e) pesquisa sobre causas dos litígios e sobre os meios de sua solução judicial ou extrajudicial¹⁰⁰.

A importância dada ao princípio do devido processo legal no texto constitucional de 1988 é evidente, na medida em que foi inserido no rol dos direitos individuais e coletivos,

⁹⁷ NALINI, 2006. Op. cit.

⁹⁸ Idem, p. 168.

⁹⁹ WATANABE, K. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁰⁰ WATANABE, 2007. Op. cit. p. 20.

estando o mesmo salvaguardado como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso IV), sendo vedada a elaboração de qualquer emenda ao texto com o objetivo de aboli-lo.

Ademais, este princípio garante a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei, com todas as garantias constitucionais. O não respeito a este princípio, torna qualquer ato nulo. A partir deste instituto derivam os demais princípios constitucionais, tanto na esfera judicial, quanto administrativa.

[...] a cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁰¹.

Continua ainda, neste mesmo sentido:

[...] por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do case system norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar in concreto se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal¹⁰².

Outrossim, o devido processo legal garante alguns outros institutos como os princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação, faz os incisos LIV e LV, todas do artigo 5º da Constituição Federal. Eles visam garantir a tutela dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.

Vale, também, ressaltar o fato de que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais sobre arbitragem, como a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958), a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1957) e Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional (Buenos Aires, 1998).

Com vistas a dar continuidade aos apontamentos apresentados até esse momento da pesquisa, buscando-se atingir o objetivo que fora para ela estabelecido, dedica-se o capítulo seguinte ao estabelecimento de tratativas referentes à aplicabilidade – ou não – da arbitragem na Justiça do Trabalho, seguindo delineamento já apresentado na introdução.

¹⁰¹ LUCON, P. H. Dos S. **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

¹⁰² Idem, ibidem.

5 ARBITRAGEM NA JUSTIÇA DO TRABALHO

5.1 A CRESCENTE NECESSIDADE DE MODERNIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS LABORAIS

Apesar de não ser uma novidade e nem mesmo uma especificidade do país, o Brasil sofre com a escassez de empregos. Segundo a Pesquisa Mensal de Emprego (PME), vinculada pelo portal da internet do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de desemprego no Brasil subiu para 12,7% no trimestre encerrado em março de 2019, atingindo 13,4 milhões de pessoas.

Estes dados expõem as taxas consideradas recordes de desemprego das últimas décadas, sendo certo que, para falar de empregabilidade não podemos tomar como base apenas as taxas de desemprego, mas também as de brasileiros considerados desocupados, que são aqueles que já não mais buscam por emprego, e ainda os diversos trabalhadores da atividade informal que não são incluídos nas rotineiras pesquisas do instituto.

De outro lado, os investidores, nacionais e internacionais, alegam que o Brasil não é um foco de investimentos, por ser considerado um país com processos burocráticos que emperram e inviabilizam o investimento e a criação de novos postos de trabalho.

Grande parte dos empresários entende que a jurisdição brasileira, na maioria das vezes, não consegue acompanhar o ritmo das relações empresariais internacionais, sendo a burocracia, morosidade do Poder Judiciário e a insegurança jurídica (aqui em especial a trabalhista) um impedimento concreto para a falta de novos investimentos internacionais no Brasil, o que forçosamente impede a criação de novos postos de trabalho.

Pinheiro¹⁰³ afirma que “[...] um sistema que funciona bem deve ostentar quatro propriedades: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo”, ou seja, a morosidade do Poder Judiciário, os custos de acesso, e a falta de segurança jurídicas de suas decisões são, em parte, empecilhos ao crescimento econômico do país.

Sob este ponto de vista, podemos concluir que o Poder Judiciário brasileiro funciona mal, exatamente pela conjuntura do alto custo, decisões imprevisíveis e excessiva morosidade.

¹⁰³ PINHEIRO, A. C. A relação de cooperação e confronto entre Direito e Economia. **Conjur, Direito e Economia**, 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-fev-22/relacao_cooperacao_confronto_entre_duas_ciencias?pagina=4. Acesso em: 18 fev. 2020. p. 1.

E justamente por esta razão, os empresários e investidores internacionais afirmam que este contexto que em vive o país prejudica seriamente a economia, sendo indispensável ao desenvolvimento do país um Poder Judiciário célere, imparcial, e menos oneroso.

Neste ponto, importante destacar que a globalização, para que seja efetiva em sua parte mais positiva, precisa de um cenário favorável à circulação de investimentos. Para tanto, faz-se necessário romper as barreiras da burocracia e da morosidade do Poder Judiciário, para que, com isso, as negociações empresariais sejam mais céleres e seguras, respeitando tanto o lado do empregador como do trabalhador.

Engelmann entende que no caso brasileiro essa tentativa de aproximação do sistema judicial e da economia com a adequação dos ordenamentos jurídicos nacionais ao ambiente de negócios internacionalizado não logrou êxito no Brasil. O autor afirma que a redefinição das funções políticas das instituições judiciais no Brasil posteriormente à redemocratização teve como centro o crescimento do Ministério Público e, especialmente, a afirmação do Poder Judiciário como poder de Estado com grande intervenção na esfera pública¹⁰⁴.

Para este desentrelaçamento exige-se também rapidez e principalmente segurança jurídica nas soluções dos litígios oriundos dessas relações estabelecidas entre empresários e trabalhadores. E é neste plano de rapidez e segurança que surge os meios alternativos de solução de conflitos, em especial, para este trabalho, a arbitragem na seara trabalhista.

Antes de seguir para as considerações de arbitragem, necessário se faz tecer rápido comentário sobre a importância do direito do trabalho, principalmente sob a ótica da proteção do trabalhador.

Historicamente podemos entender que o princípio de proteção do trabalhador, é parte da história do desenvolvimento do trabalho assalariado no pós Revolução Industrial, e nasce do embate entre as desigualdades jurídicas que se verificavam entre a classe detentora dos meios de produção e a classe trabalhadora.

Delgado¹⁰⁵ ensina que o Direito do Trabalho é ramo jurídico especializado, que se estruturou a partir de meados do século XIX com vistas a reger as relações jurídicas entre empregados e empregadores, quer no plano dos contratos de trabalho individualmente considerados, quer no plano dos vínculos grupais formados entre estes seres e suas organizações representativas. Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a

¹⁰⁴ ENGELMANN, F. O espaço da arbitragem no Brasil: notáveis e experts em busca de reconhecimento. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, p. 155-176, nov. 2012.

¹⁰⁵ DELGADO, M. G. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os dois sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico - a relação de emprego.

O Direito Coletivo, ao contrário, é ramo jurídico construído a partir de um a relação entre seres teoricamente equivalentes: seres coletivos ambos, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as organizações sindicais. Em correspondência a esse quadro fático distinto, emergem, obviamente, no Direito Coletivo, categorias teóricas, processos e princípios também distintos¹⁰⁶.

Para o autor acima citado o Direito do Trabalho, por seu princípio protetivo, estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Neste mesmo sentido, Rodriguez¹⁰⁷ ensina que o significado do princípio da proteção orienta o Direito do Trabalho, afirmando:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger umas das partes com objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes¹⁰⁸.

O mesmo autor ensina que as regras de proteção ao lado mais fraco da relação de trabalho consubstanciadas no brocardo latino *in dubio pro misero*, ensejam a aplicação da norma mais favorável e a observância da condição mais benéfica, consubstanciando simples regras do princípio de proteção¹⁰⁹.

Barros¹¹⁰ defende que os diplomas legais no Brasil continuam sendo inspirados no princípio da proteção ou da tutela, como se infere do próprio caput do art. 7º da Constituição da República de 1988, comenta a autora:

Os diplomas legais no Brasil continuam sendo inspirados no princípio da proteção ou da tutela, como se infere do próprio caput do art. 7º da Constituição da República de 1988, o qual, ao arrolar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais prevê: ‘outros que visem à melhoria de sua condição social’. Isso demonstra uma técnica legislativa direcionada ao princípio da tutela. Outra manifestação do princípio da proteção encontra-se nos arts. 444 e 620 da CLT. O primeiro faculta às partes estipular condições contratuais, desde que não contravenham às disposições de proteção ao

¹⁰⁶ DELGADO, 1999. Op. cit.

¹⁰⁷ RODRIGUEZ, A. P. **Princípios de direito do trabalho**: fac-similada. São Paulo: LTr, 2015.

¹⁰⁸ Idem, p. 83.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

trabalho, às convenções coletivas que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Já o art. 620 preceitua que as condições estabelecidas em convenções coletivas, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo, desde que não contrariem o interesse geral da coletividade¹¹¹.

Temos então que o princípio de proteção busca equalizar diferenças econômico-sociais que mantém trabalhadores e empresários em níveis diferentes, buscando, por um lado a melhoria da condição de vida do trabalhador e a higidez do meio ambiente laboral, e, de outro lado, a prevenção do conflito social.

Apesar destas formas, pode-se entender que a principal meio de garantir a proteção do trabalho se dá através das vias judiciais, ou seja, dentro do processo judicial, mas especificamente na Justiça do Trabalho.

Mas é exatamente em função do princípio da igualdade de tratamento das partes do processo, expressão da vontade constitucional, que o princípio de proteção se aplica ao processo do trabalho, posto ser necessário igualar os desiguais, razão da lógica do favorecimento da lei ao hipossuficiente.

5.2 ÓBICES À APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Antes da aprovação da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, o entendimento consolidado no TST era de que não havia permissivo constitucional facultando às partes quanto à eleição da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos em dissídios individuais trabalhistas, prevalecendo, portanto um entendimento que a constituição vedava a aplicação da arbitragem, sendo apenas considerada válida nos dissídios coletivos, como amplamente discutido acima.

Além desta suposta vedação constitucional, uma grande barreira para uso da arbitragem seria a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, pois para a arbitragem é essencial a disponibilidade dos direitos. Na visão de Pacheco¹¹² é preciso esclarecer o que se entende por direito patrimonial disponível, e que na legislação brasileira não existe dispositivo de forma que expresse tais direitos. Observa-se que há caminhos apontados no sentido de identificar quais sejam considerando regras esparsas.

Nesta linha de raciocínio, os doutrinadores questionavam a possibilidade da aplicação da arbitragem e ao afrontamento dos Princípios do Direito Individual do Trabalho, para que não

¹¹¹ BARROS, 2005. Op. cit. p. 175.

¹¹² PACHECO, I. A. C. **Os direitos trabalhistas e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003.

se considere apenas o princípio da indisponibilidade dos direitos, como por outros, a exemplo: princípio da proteção, da imperatividade de normas trabalhistas, norma mais favorável, cláusula mais benéfica, inalterabilidade contratual lesiva, intangibilidade salarial, primazia da realidade sobre a forma, continuidade da relação de emprego, posto que:

[...] o Direito do Trabalho nasceu, é e será intervencionista, visando a limitar, com normas imperativas, a autonomia da vontade numa relação jurídica entre partes desiguais. Esse intervencionismo se reduz na razão inversa do fortalecimento das associações sindicais, em termo nacionais; mas impõe, pelo menos, um nível mínimo de proteção ao trabalhador, abaixo do qual não se concebe a dignidade humana¹¹³.

Importante destacar que estão os doutrinadores convalidando a essência básica do Direito do Trabalho, que é conservar seu caráter protecionista, o qual só seria reduzido com a reestruturação e fortalecimento dos organismos sindicais, o que na prática não ocorreu.

Em contraponto se observa que a sociedade entende que é preciso discutir alternativas de solução de conflitos na busca da celeridade no processo, em especial do trabalho, sem que tal comprometa a observância de direitos estabelecidos.

Os métodos alternativos de solução de conflitos precisam, necessariamente, estar sob a égide dos princípios nucleares do Direito Individual do Trabalho, pois:

[...] não parece racional que uma lei, a de arbitragem, faça, sozinha, a inversão de todo o sistema jurídico trabalhista, em outras palavras, crie um novo sistema, que se baseia na liberdade do direito de renunciar, determinando que o juiz do trabalho, diante de uma cláusula compromissória – como está disposto na mencionada lei -, sem qualquer discussão, extinga o processo sem julgamento do mérito¹¹⁴.

A situação acima narrada se dá, tendo em vista a clássica visão de hipossuficiência do trabalhador frente ao seu empregador. De forma que a manutenção dos mecanismos protetivos em detrimento da via arbitral em casos de conflitos individuais na seara trabalhista que se manteve até a entrada em vigor da nova legislação precisa ser repensada, para que se possa preservar os direitos indisponíveis por parte do trabalhador, mas trazer para o direito do trabalho uma alternativa menos morosa de pacificação dos conflitos.

Como se vê, inúmeras são as controvérsias relacionadas à adoção da arbitragem como instrumento de solução de conflitos individuais do trabalho, razão pela qual se deve investigar argumentações e ponderações de ambos os lados. Até porque é inegável que a tecnologia é

¹¹³ PACHECO, 2003. Op. cit. p. 75.

¹¹⁴ MAIOR, J. L. S. Arbitragem e Direito do Trabalho. **LTR - Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**, São Paulo: LTr, ano 61, n. 02, fev. 1997, p. 61-02/155 a 61-02/156. p. 155.

responsável pelas grandes mudanças ocorridas na sociedade e principalmente nas organizações e sua nova relação com o trabalho, emprego e trabalhador, o que justifica a adequação destas novas formas de gerenciamento das relações de emprego.

5.2.1 Impossibilidade de aplicação da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho

A discussão acerca da possibilidade de aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos extrajudiciais não é novidade para o Direito do Trabalho. A regulamentação das Comissões de Conciliação Prévia (CCP), instituída pela Lei n. 9.958/2000, ao inserir os arts. 625-A a 625-H na CLT, deu um passo neste sentido, mas não atingiu os resultados esperados.

A Lei 9.958/2000, acrescentou e alterou artigos à CLT, instituindo as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título extrajudicial na Justiça do Trabalho. Referidas Comissões foram regulamentadas pela Portaria MTE 329/2002, posteriormente alterada pela Portaria MTE 230/2004.

Desde maio de 2009, a obrigatoriedade das comissões de conciliação prévia está suspensa, por força de uma liminar (decisão provisória) concedida pelo plenário do STF. Agora, tal entendimento se torna definitivo. De qualquer forma, a experiência não foi bem-sucedida e como afirma Silva¹¹⁵, a experiência foi traumática:

A experiência traumática das Comissões de Conciliação Prévia deixa no ar a dúvida se nossa sociedade realmente terá condições de desenvolver câmaras e arbitragem idôneas e imparciais. O que se viu, à época da Lei 9.958/2000 (arts. 625-A e seguintes da CLT), foi um descalabro: acusações de cobranças excessivas, imposição de taxas, uso de textos com frases de duplo sentido, pressão por acordos fora ou além dos pedidos e assim por diante. O Ministério Público do Trabalho chegou a montar operações especiais de combate a fraudes de câmaras arbitrais, tendo obtido êxito no fechamento, via judicial, de várias delas. Até mesmo o uso do brasão com as armas da República era flagrado em alguns espaços de arbitragem, além daqueles profissionais que se chamavam de juízes para tentar impressionar e se vestiam com trajes forenses. Aflige saber que pouca coisa mudou no país em termos de ética e de transparência nesses anos que se passaram desde o malogro das CCPs - Comissões de Conciliação Prévia, de sorte que, afora os temas da aplicação da arbitragem sobre o direito individual do trabalho, também será importante acompanhar o grau de maturidade e de profissionalismo dos espaços abertos – e certamente muitos serão inaugurados – para o desenvolvimento da arbitragem trabalhista¹¹⁶.

¹¹⁵ SILVA, H. B. **Comentários à reforma trabalhista – análise da lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo, São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais, 2017.

¹¹⁶ Idem, p. 23.

Inevitavelmente a arbitragem é vista como uma possibilidade de se mascarar os desfechos das relações do trabalho. Muitos atores, em especial os juízes do trabalho, entendem que as experiências anteriores aplicadas na esfera trabalhista com a finalidade de manter os conflitos jus laborais fora do Poder judiciário não foram benéficas aos trabalhadores, como acima visto nas comissões de conciliação prévia.

A Lei nº 13.467/2017 veio ampliar as possibilidades de aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos, pois trouxe ao processo laboral novos institutos, entre os quais podem ser destacados: a homologação de acordo extrajudicial (arts. 652, al. f, e 855-B a 855-E da CLT); a quitação anual de obrigações trabalhistas (art. 507-B da CLT); a quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia decorrente da adesão à Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada (art. 477-B da CLT).

Neste cenário ampliativo, merece destaque o art. 507-A da CLT, que prevê a possibilidade do uso da arbitragem nos conflitos de natureza individual.

O artigo art. 507-A da CLT, com absoluta certeza, se insere na lista dos mais polêmicos de toda a chamada “reforma trabalhista”, como ficou conhecida a Lei 13.467 do ano de 2017, pois traz à tona um método alternativo de solução de conflitos pouco aceito pelos atores do Direito do Trabalho no Brasil: a arbitragem.

A Lei 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, trouxe expressa possibilidade de as partes firmarem cláusula arbitral nos contratos de trabalho, abrindo assim a possibilidade até então impensável do uso da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas.

Mas, como já dito, o Poder Judiciário tem se mostrado refratário à utilização da arbitragem como forma de resolução de conflito individual de trabalho.

No Agravo de Instrumento nº. AIRR 269-71.2011.5.18.0052, publicado em 29/06/2012, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu pela inaplicabilidade da arbitragem aos dissídios individuais trabalhistas em função da previsão do art. 114, § 1º da CRFB/1988, conforme ementa *in verbis*:

92157752 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARBITRAGEM. LEI Nº 9.307/97. CONFLITOS INDIVIDUAIS. APLICAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. NÃO PROVIMENTO. 1. **O entendimento desta colenda corte superior é no sentido de que o juízo arbitral só é aplicável nesta justiça especializada, para a solução de conflitos coletivos, uma vez que nos conflitos individuais estão presentes direitos dos trabalhadores, os quais são indisponíveis e irrenunciáveis. Precedentes desta corte superior.** 2. Assim sendo, não vislumbro a alegada violação, pelo egrégio tribunal regional, dos artigos 3º e 4º da Lei nº 9.307/96, que versam sobre a prática da arbitragem na solução de conflitos. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Vínculo de emprego. Vendedor X representante comercial. Violação do artigo 3º da CLT. Não provimento. 1. Tendo em vista que restou consignado, no V. Acórdão regional, a existência de subordinação do reclamante à reclamada,

descaracterizando a alegação de que o autor exercia a atividade de representante comercial, considero correta a decisão recorrida que reconheceu o vínculo de emprego. 2. Logo, não há falar em violação do artigo 3º da CLT. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento¹¹⁷ (grifado)

No julgamento do Recurso Ordinário julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região RO - 0000122-37.2011.5.02.0037, publicado em 06/07/2012, o Tribunal entendeu, dentre outras razões, que a sentença arbitral em dissídios individuais trabalhistas seria nula de pleno direito porque cria óbice inconstitucional ao acesso à jurisdição amparado no art. 5º, XXXV, CF/88, conforme ementa *in verbis*:

21230556 - JUÍZO ARBITRAL. LEI Nº 9.307/96. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO DO TRABALHO. **A avença extrajudicial, ainda que tácita, que leva a substituir a Justiça do Trabalho por um "tribunal de arbitragem" é nula de pleno direito: A uma porque cria óbice inconstitucional ao acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF);** a duas porque cria embaraços à aplicação dos princípios protecionistas da legislação trabalhista; a três porque o sistema de solução de conflitos através de arbitragem, nesta Justiça, por força do parágrafo 1º do artigo 114 da Constituição Federal, é limitado às demandas coletivas, já que referido dispositivo explicita que "frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitro". Assim, o Direito do Trabalho não encampou o Juízo arbitral como meio de solução dos conflitos. Quando pretendeu implementar meio extrajudicial de solução de conflitos individuais, fê-lo o legislador, através da Lei nº 9.958/00, criando as comissões de conciliação prévia, e não, através da arbitragem, inaplicável para esse fim. É manifesto que a Lei nº 9.307/96 está direcionada às relações civis e comerciais, pelo que não se cogita de sua aplicação subsidiária no âmbito desta Justiça Especializada. Recurso patronal improvido 2. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECONHECIMENTO JUDICIAL E MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. Desconsiderar a incidência da multa do artigo 477 da CLT, nos casos em que a controvérsia acerca do vínculo empregatício entre as partes nada teve de razoável e foi trazida à baila pela reclamada com claro escopo de não pagar os direitos trabalhistas devidos, implica perigoso estímulo ao desvirtuamento desta relevante norma que veio coibir a protelação do pagamento das verbas rescisórias. Ademais, produziria situação perversa, premiando com rescisão menos onerosa aquele que sequer registrou seu empregado¹¹⁸ (grifado)

Afastando também a arbitragem na seara trabalhista, O TST no Recurso de Revista nº. RR-13100-51.2005.5.20.0006, publicado em 14/10/2011, decidiu que aos dissídios individuais trabalhistas, em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - Hipossuficiente - e empregador e em razão dos princípios protetores do direito do trabalho torna inadmissível a arbitragem como forma de resolução de conflitos, conforme ementa *in verbis*:

92029160 - RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE. Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses

¹¹⁷ TST; AIRR 269-71.2011.5.18.0052; Segunda Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 29/06/2012; Pág. 596.

¹¹⁸ TRT 2ª R.; RO 0000122-37.2011.5.02.0037; Ac. 2012/0723519; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Ricardo Artur Costa e Trigueiros; DJESP 06/07/2012.

gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da justiça do trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: **Aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - Hipossuficiente - E empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas.** Recurso de revista conhecido e provido¹¹⁹ (grifado)

Nesse sentido os seguintes precedentes, com os destaques:

RECURSO DE REVISTA. 1. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. **Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho.** O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. **Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador** (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. **O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos - inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora.** 4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir -litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis- (art. 1º). **A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho** (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 5. **A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior.** 6. **A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.** Recurso de revista não conhecido¹²⁰.

¹¹⁹ TST; RR 13100-51.2005.5.20.0006; Segunda Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 14/10/2011; Pág. 205.

¹²⁰ TST; RR-131200-95.2009.5.04.0029, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 21/02/2014.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. INVALIDADE. QUITAÇÃO GERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. **A jurisprudência desta Corte superior vem-se firmando no sentido de que é inválida a utilização de arbitragem, método de heterocomposição, nos dissídios individuais trabalhistas.** Tem-se consagrado, ainda, entendimento no sentido de que o acordo firmado perante o Juízo Arbitral não se reveste da eficácia de coisa julgada, nem acarreta a total e irrestrita quitação das parcelas oriundas do extinto contrato de emprego. Precedentes desta Corte superior. Recurso de embargos a que se nega provimento¹²¹.

ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE. Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. **No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador.** Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Recurso de revista não conhecido¹²².

RECURSO DE REVISTA. ACORDO HOMOLOGADO PELO JUÍZO ARBITRAL. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. **No direito do trabalho não há como se entender compatível a arbitragem, pela inserção no contrato de trabalho da cláusula compromissória, ou pelo compromisso arbitral posterior ao fim da relação contratual, com o fim de solucionar o conflito decorrente da relação de emprego, visto que a essência do instituto é a disponibilidade dos direitos que as partes pretendem submeter, conforme art. 1º da Lei da Arbitragem.** Ainda que se recepcione, em diversos ramos do direito, a arbitragem como solução de conflitos que acaba por desafogar o judiciário, é preciso enfrentar que o ato de vontade do empregado não é concreto na sua plenitude, no momento da admissão na empresa, em face da subordinação ínsita ao contrato de trabalho e à hipossuficiência do empregado, a inviabilizar que se reconheça validade à sentença arbitral como óbice ao ajuizamento de ação trabalhista, porque incompatível com os princípios que regem o direito do trabalho. Isso porque à irrenunciabilidade e à indisponibilidade está adstrita ao conteúdo do contrato de trabalho em razão do princípio fundamental a ser protegido, -o trabalho-, e as parcelas de natureza alimentar dele decorrentes, por consequência. Para submeter o conflito trabalhista ao juízo arbitral necessário seria relevar todos os princípios que regem esse ramo do direito, em especial a hipossuficiência, presumida em face da relação contratual em que se coloca o empregado, como a parte mais fraca, a indisponibilidade das verbas decorrentes do trabalho, a sua natureza alimentar e, em especial, a

¹²¹ TST; E-RR- 217400-10.2007.5.02.0069, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, SDI-1, DEJT 03/05/2013.

¹²² TST; RR- 576-04.2010.5.09.0022, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 13/09/2013.

impossibilidade da manifestação volitiva plena, própria do processo arbitral. Recurso de revista conhecido e desprovido¹²³.

ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. 1. **A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.** Ocorre que, em razão do **princípio protetivo** que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão **da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis.** Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. 2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta **Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho.** Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento¹²⁴.

Analisando os julgados acima, que são apenas uma amostra da jurisprudência majoritária dos tribunais da especializada e entendimentos pacificados do Tribunal Superior do Trabalho, podemos identificar que os argumentos preponderantes usados pela Justiça do Trabalho, que causam óbice a aplicação da arbitragem como forma de solução alternativa de conflitos trabalhistas individuais, são basicamente três.

Primeiro, destacamos que o entendimento é de que o juízo arbitral só é aplicável para a solução de conflitos coletivos, por força do parágrafo 1º do artigo 114 da Constituição Federal. Segundo, que a arbitragem no direito do trabalho é nula de pleno direito porque cria óbice inconstitucional ao acesso à jurisdição contida no art. 5º, XXXV da CF/88. E por fim, que a arbitragem em dissídio individual é inviável pois se constitui mecanismo de composição extrajudicial voltado a direitos patrimoniais disponíveis, sendo certo que os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis, tendo em vista o princípio da indisponibilidade de direitos e dos princípios protecionistas da legislação trabalhista.

Tem-se, portanto, inseridos nestes obstáculos que existe duas vedações constitucionais, seja por não ter permitido o texto constitucional a arbitragem de dissídios individuais, seja por não comportar a vedação do acesso à justiça. Temos também a hipossuficiência do trabalhador nas relações com o empregador, e a vocação protetiva da Justiça do Trabalho e a questão da

¹²³ TST; RR - 104100-20.2007.5.02.0021 Data de Julgamento: 15/02/2012, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012.

¹²⁴ TST; E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT de 30/3/2010.

indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, o que inviabilizaria tanto a cláusula compromissória arbitral, bem como a própria arbitragem.

Importante destacar que diversos doutrinadores importantes na área trabalhista seguem o entendimento de que a arbitragem é incompatível com a Justiça do Trabalho. Para Delgado e Delgado¹²⁵ o instituto da arbitragem não é possível no Direito do Trabalho, tampouco, nos contratos individuais de trabalho:

O instituto da arbitragem, entretanto, embora tenha algum sucesso em segmentos jurídicos nos quais prepondera o princípio da autonomia e simetria de vontades (Direito Empresarial; Direito Internacional; alguns segmentos do Direito Civil), ele se mostra flagrantemente incompatível com os campos do Direito em que vigoram princípios distintos, especialmente em vista da lancinante diferenciação de poder entre os sujeitos das relações jurídicas centrais desses campos normativos específicos. É o que acontece, por exemplo, com o Direito do Trabalho e com o Direito do Consumidor¹²⁶.

Nas páginas a seguir vamos tentar decifrar estes argumentos causadores de restrições a arbitragem na Justiça do Trabalho.

5.2.2 Existência de vedação constitucional à aplicação da arbitragem nas relações de trabalho

O art. 114 da Constituição Federal é silente quanto a possibilidade de se instalar a arbitragem nos conflitos individuais de trabalho, tendo em vista que este somente determina a possibilidade em se tratando de conflitos coletivos de trabalho de natureza econômica.

Face o silêncio constitucional, sempre houve debate acalorado a respeito da aplicação da arbitragem no âmbito das relações de trabalho. O tema apresenta especial interesse, inclusive em face da recente Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que estabeleceu relevantes modificações quanto à arbitragem.

O debate doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicabilidade da arbitragem gerou uma grande discussão a respeito e foi estabelecido o conflito de teses no processo nº E-ED-RR 259006720085030075, fazendo com que os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecessem dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, entendessem pela incompatibilidade

¹²⁵ DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017.

¹²⁶ Idem, p. 192.

do instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, nos termos de entendimento infra consignado:

A meu ver, data vênua da Eg. Quarta Turma, seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, no direito positivo brasileiro o instituto da arbitragem não se aplica à solução de conflitos individuais trabalhistas. Em primeiro lugar, porque, ao tratar da competência material da Justiça do Trabalho, o legislador constituinte delimitou a utilização da arbitragem à seara do direito coletivo do trabalho, uma vez frustrada a negociação coletiva (art. 114, §§ 1º e 2º, Constituição Federal). Ora, é sabido que a Constituição Federal não contém palavras inúteis, tampouco permite interpretação ampliativa ou restritiva de seu Texto, mas unicamente uma exegese sistemática de seus dispositivos. Partindo dessa premissa, o exame conjunto das normas dos artigos 114, §§ 1º e 2º, e 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), da Constituição Federal autoriza concluir que o legislador constituinte de fato limitou o manejo da arbitragem aos conflitos coletivos de trabalho. Em segundo lugar, porque, como cediço, o artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), autoriza a adoção da arbitragem para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Não desconheço a corrente que sustenta, tal qual a Eg. Quarta Turma, a disponibilidade relativa dos direitos individuais trabalhistas. A ela não me filio, contudo, data vênua. Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou renúncia, a manifestação de vontade do empregado, além de apreciada com naturais reservas, deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva. Em regra, a hipossuficiência econômica ínsita à condição de empregado interfere no livre arbítrio individual. Daí a necessidade de intervenção estatal ou, por expressa autorização constitucional, da entidade de classe representativa da categoria profissional, como meio de evitar o desvirtuamento dos preceitos legais que regem o Direito Individual do Trabalho. Em semelhante circunstância, entendo que o princípio tuitivo do empregado, um dos pilares do Direito do Trabalho, inviabiliza qualquer tentativa de promover-se a arbitragem, nos moldes em que estatuído pela Lei nº 9.307/1996, no tocante a direitos individuais trabalhistas. Sem embargo do respeitável entendimento esposado no v. acórdão turmário, penso que tal proteção estende-se, inclusive, ao período pós-contratual, abrangidas a homologação da rescisão, a percepção de verbas daí decorrentes e até eventual celebração de acordo com vistas à quitação do extinto contrato de trabalho. A premência da percepção das verbas rescisórias, de natureza alimentar, em momento de particular fragilidade do ex-empregado, frequentemente sujeito à insegurança do desemprego, com maior razão inviabiliza a adoção da via arbitral como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas, ante o maior comprometimento do arbítrio do trabalhador diante de tal panorama. Robustece tal convicção a disciplina do artigo 477, §§ 1º e 3º, da CLT, no que atrela a validade do “pedido de demissão” ou do recibo de quitação do contrato de trabalho à assistência do respectivo sindicato ou à presença da autoridade do Ministério do Trabalho e, na falta destes, do Representante do Ministério Público, ou do Defensor Público ou, ainda, do Juiz de Paz. De sorte que, sob minha ótica, a intermediação de pessoa jurídica de direito privado - “câmara de arbitragem” - quer na solução de conflitos, quer na homologação de acordos envolvendo direitos individuais trabalhistas, não se compatibiliza com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil¹²⁷.

Quanto à afirmação de que a arbitragem pode ser utilizada nas relações individuais do trabalho, ainda não se tem nem um posicionamento firme e pacífico doutrinária e

¹²⁷ TST; E-ED-RR: 259006720085030075, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 16/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.

jurisprudencialmente. Sendo que a parte da doutrina que defende a possibilidade é de ser considerada minoritária¹²⁸.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho já firmou entendimento no sentido de que é inválida a utilização de arbitragem, método de heterocomposição, nos dissídios individuais trabalhistas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), na qual se considera que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho.

Para compreender o primeiro argumento nada melhor que a análise literal ao art. 114 da CF/88. *In verbis*:

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

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir,

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 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.

§ 3º - Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Uma atenta leitura do artigo nos leva a entender que a arbitragem é possível e estabelecida de forma expressa no texto constitucional nos dissídios de natureza coletiva, entendimento consolidado na jurisprudência sem divergências.

Seguindo essa premissa, nos conflitos coletivos nada obsta que haja solução pela via arbitral, mormente em razão do que dispõe o art. 114, § 1º, da CF, segundo o qual, “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Assim, é possível a arbitragem nos

¹²⁸ SILVA, 2017. Op. cit.

conflitos trabalhistas decorrentes de greve (arts. 3º e 7º da Lei 7.783/1989) 44 e participação nos lucros (art. 4º da Lei 10.101/2000).

Tratando-se de conflito individual no Direito do Trabalho, o Poder Judiciário costumava afastar a possibilidade da arbitragem, e o faziam em razão da previsão constitucional da irrenunciabilidade dos Direitos do Trabalho e, portanto, indisponibilidade dos direitos assegurados pela Consolidação das Leis do Trabalho, como pode ser observado no julgado abaixo:

RECURSO DE REVISTA. 1. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. **Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho.** O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos - inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora. 4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir -litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis- (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho. Recurso de revista não conhecido¹²⁹.

Ocorre que, quanto a aplicação da arbitragem em dissídios individuais, há uma interpretação restritiva por parte do Poder Judiciário, a princípio, sem amparo constitucional, como destaca Fernandes:

Face às previsões contidas no art. 114, §§1º e 2º, da CRFB/88, prevalecia anteriormente na jurisprudência a visão de que a arbitragem era permitida apenas para a resolução de conflitos coletivos de trabalho. De acordo com tal entendimento, o instituto seria, contudo, incompatível com a resolução de conflitos individuais de trabalho, pois o art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) estabelece que somente

¹²⁹ TST; RR-131200-95.2009.5.04.0029, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 21/02/2014.

litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis seriam suscetíveis de resolução através de tal mecanismo¹³⁰.

Observa-se que no texto constitucional destacado não há qualquer menção quanto à proibição dos métodos alternativos de solução de conflitos, em especial a arbitragem, nos dissídios individuais de natureza trabalhista como se vem apregoando na justiça do trabalho há vários anos, com jurisprudência consolidada neste sentido.

Novamente, se apegando unicamente na literalidade do texto constitucional, a conclusão lógica e racional que podemos fazer é que a arbitragem não é constitucionalmente desautorizada como concluí a jurisprudência especializada acima destacada. Assim, o silêncio quanto ao uso da arbitragem como método alternativo de solução de conflito extrajudicial não implica necessariamente sua vedação legal.

Este entendimento é amparado no Princípio do Direito Constitucional o princípio da reserva legal que, vem, expressamente, previsto no art.5º, inc. II da Constituição de 1.988: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer senão em virtude de lei”.

Ou seja, todos os indivíduos capazes são autorizados a praticar atos e negócios da vida civil, como celebrar contratos de trabalho com a previsão de meios alternativos de composição de conflitos, como a arbitragem.

Ainda, dentro do artigo destacado, uma possível restrição quanto ao uso da arbitragem em dissídios individuais poderia ser uma lacuna constitucional não suprida pela lei extraordinária.

Neste caso, para justificar uma restrição constitucional, podemos ter o entendimento de que o artigo art.114 da CF/88 ao não mencionar explicitamente o uso dos métodos alternativos de solução de controvérsias extrajudiciais nos dissídios individuais trabalhistas, teria dado a lei infraconstitucional o dever de regular a alternativa extrajudicial.

Para defender esta tese devemos corroborar com o entendimento doutrinário de que não há no texto Constitucional lacunas, mas entender que, em certas matérias, a Constituição delegou à lei infraconstitucional o preenchimento da lacuna legal, como explica Samantha Meyer-Pflug:

Questão importante a ser levantada quando se tem em vista o estudo da interpretação constitucional é a da existência ou não de lacunas na Constituição. A doutrina não é pacífica nesse sentido. Entende-se por lacuna o vazio normativo existente dentro de um texto normativo. Todavia, quando se fala em lacuna na Constituição faz-se necessário dizer que o entendimento predominante é no sentido de o constituinte não ter abordado tal matéria propositadamente, preferindo vê-la tratada em nível

¹³⁰ FERNANDES, 2018. Op. cit. p. 91.

infraconstitucional. Portanto, não se pode falar em uma lacuna constitucional da mesma forma que uma lacuna legal, é dizer, ausência de disciplina legal sobre uma determinada matéria. Trata-se, na verdade, de uma delegação que a Constituição faz, em certas matérias, à lei infraconstitucional¹³¹...

E neste sentido o MIN. Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática que negou seguimento ao Recurso Extraordinário RE-681357-BA, afirmou que:

[...] a aplicabilidade da arbitragem como medida extrajudicial de solução de conflitos na esfera do direito trabalhista está adstrita à análise da matéria infraconstitucional de regência, especialmente a do texto normativo da Lei nº 9.307/96.

No que tange ao princípio do acesso ao Poder Judiciário, também chamado de direito de ação ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, compreende o direito fundamental de todo indivíduo, previsto no inc. XXXV do art. 5º da Carta Maior, de que a lei não poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela - e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo¹³².

Por esse princípio, o Estado deve facilitar e permitir o acesso ao Poder Judiciário para que nenhuma lesão ou ameaça de lesão fique desprotegida de uma tutela do Estado, a fim de resolver o conflito¹³³.

Assim, o segundo entrave posto acima, vem do entendimento que a arbitragem no direito do trabalho é nula de pleno direito porque cria óbice inconstitucional ao acesso à jurisdição contida no art. 5º, XXXV da CF/88.

Neste sentido destacamos o Acórdão do TRT 2ª região no julgamento do RO 0002493-45.2015.5.02.0065; onde restou consignado que “o acordo extrajudicial feito em "tribunal de arbitragem" que pretende substituir a Justiça do Trabalho é nulo de pleno direito, porque criaria um entrave ao acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF)”, *in verbis*:

TRANSAÇÃO. CÂMARA ARBITRAL. EFEITOS. O acordo extrajudicial feito em "tribunal de arbitragem" que pretende substituir a Justiça do Trabalho é nulo de pleno direito, porque criaria um entrave ao acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), obstando a aplicação dos princípios protecionistas da legislação trabalhista. Diga-se que a Constituição Federal de 1988 apontou, para a solução "arbitral" de conflitos coletivos, nos moldes do parágrafo 1º do artigo 114. Em hipótese outra, ainda que se pudesse admitir a incidência desse sistema para solução de conflitos individuais, no caso em tela, o acordo celebrado com quitação plena não se sustenta. Pois bem. A

¹³¹ MEYER-PFLUG, S. R. **ÂNIMA - Revista eletrônica do Curso de Direito Opet**. 2019. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020. p. 3.

¹³² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014. Op. cit.

¹³³ CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Método, 2018.

transação, para sua validade exige: Concessões mútuas, negociação de direitos patrimoniais de caráter privado, e ausência de vícios de consentimento (CC, art. 840 e seguintes). Quando uma das partes transaciona em nítida desvantagem (não havendo concessões por parte da outra contratante), dispondo de todos seus direitos, inclusive os relativamente indisponíveis, sem saber os efeitos do ato e premida pela necessidade, há mácula ao princípio da boa-fé contratual, presumindo-se a lesão de uma parte em detrimento da outra, com manifesto objetivo da segunda, em fraudar Lei imperativa (CC, art. 166, VI, combinado com art. 9º da CLT). Não constitui coisa julgada acordo realizado Tribunal Arbitral", em face da sua natureza extrajudicial. Inexiste ato jurídico perfeito, se no ajuste houve renúncia a direito indisponível, ou seja, várias são as teses desfavoráveis a eficácia liberatória nessa espécie de transação. Some-se a elas o fato de que a o Juízo Arbitral não possui força para afastar qualquer pleito referente ao extinto contrato de trabalho, ou seja, não há que se falar em eficácia liberatória plena. Cristalina a apropriação feita pela ré do instituto como forma de obter vantagem indevida¹³⁴.

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

Neste ponto, vale voltar assunto já tratado neste trabalho, pois, como acima afirmado a instituição da arbitragem, como uma das modalidades de heterocomposição de litígios, já foi balizada pelo STF, que por ocasião do julgamento da constitucionalidade da Lei 9.307/1996, reconheceu da validade do cidadão optar em não acessar à jurisdição estatal e fazer uso da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos.

Ao considerar constitucional o instituto da arbitragem, o STF, porém afirmou que é constitucional desde que limitada às matérias atinentes a direitos patrimoniais disponíveis, como determina a Lei 9.307/96, em seu artigo 1º.

Considerando a constitucionalidade da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas como acima defendido, nos leva a rechaçar o segundo entrave posto, e alterá-lo para se determinar que a arbitragem no direito do trabalho não é nula de pleno direito porque cria óbice inconstitucional ao acesso à jurisdição contida no art. 5º, XXXV da CF/88, pois, como defendido, a arbitragem é de livre escolha das partes, é uma alternativa de solução de conflito extrajudicial. Neste sentido segue a jurisprudência abaixo destacada:

DISSÍDIO COLETIVO. PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. CONQUISTAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL. PRECEDENTES NORMATIVOS. I - o acesso ao poder normativo da justiça do

¹³⁴ TRT 2ª R.; RO 0002493-45.2015.5.02.0065; Ac. 2017/0073968; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Ivani Contini Bramante; DJESP 24/02/2017.

trabalho pode fazer-se nos moldes da arbitragem (pública), que, em regra, depende do ajuizamento de comum acordo (expresso ou tácito), pelos interessados; mas admite a propositura da demanda, por iniciativa exclusiva de qualquer interessado, mediante suprimento judicial, em caso de recusa da outra parte, conforme os artigos 6º e 7º da lei nº 9.307/1996 (lei de arbitragem), o que equivale à técnica de solução jurisdicional, garantia do princípio do livre acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF). ii - o dissídio coletivo proposto de comum acordo é apenas uma faculdade, mas não uma obrigação, até porque essa condição seria a negação do direito ao livre acesso à jurisdição estatal. iii - a rigor, nem seria necessário submeter a matéria ao e. tribunal pleno para declaração de inconstitucionalidade da expressão de comum acordo (art. 114, § 2º, da constituição da república, introduzido pela emenda constitucional nº 45/2004), em face das considerações expostas, haja vista que aquela expressão diz respeito à arbitragem e não à jurisdição estatal. iv - não obtida a solução negociada ou por via de arbitragem, no conflito coletivo, está garantido o livre acesso à jurisdição da justiça do trabalho e o seu poder normativo, sem necessidade do comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica ou jurídica. v - a sentença normativa deve respeitar as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho, como são as conquistas já obtidas pela categoria profissional e que encontram respaldo nos precedentes normativos da jurisprudência, mediante a concessão de normas que proporcionem melhores condições de trabalho¹³⁵.

LEI N. 9.307/96. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO. OBRIGATORIEDADE DA SUBMISSÃO DA DEMANDA AO JUÍZO ARBITRAL. Havendo no contrato cláusula compromissória que elege a arbitragem como meio de solução de conflitos, a submissão da contenda ao juízo arbitral é obrigatória, ainda que a discussão verse acerca de matéria trabalhista. Isso porque não existe qualquer desarmonia entre o Direito do Trabalho e o instituto, pois além de se tratar de mais um meio pelo qual as partes buscam o acesso à justiça, a arbitragem é instrumento legítimo para a solução de controvérsias que requer, apenas, a estrita observância dos termos da Lei n.º 9.307/96¹³⁶.

5.2.3 Impossibilidade de aplicação da arbitragem em razão da natureza dos direitos trabalhistas (direitos indisponíveis)

O princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas está diretamente ligado ao conceito da hipossuficiência do trabalhador. Além da condição de hipossuficiência, tem-se também a situação de subordinação a que se submete o trabalhador, e por isto, o respeito à dignidade do trabalhador e a especial valorização do trabalho, que este princípio é tão especial na legislação trabalhista.

O art. 9º da CLT determina que “[...] são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas”. As normas trabalhistas, nessa seara, são em sua maioria de ordem pública, não admitindo portanto a

¹³⁵ TRT 8ª R.; DC 0000343-56.2017.5.08.0000; Rel. Des. Fed. Vicente José Malheiros da Fonseca; DEJTPA 29/09/2017; Pág. 1.

¹³⁶ TRT 10ª R.; RO 00879-2005-007-10-85-5; Primeira Turma; Rel. Juiz Pedro Luís Vicentin Foltran; Julg. 21/11/2007; DJU 07/12/2007; Pág. 18.

renúncia. A indisponibilidade de direitos trabalhistas pelo empregado constitui-se em regra geral no Direito Individual do Trabalho do país, estando subjacente a pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: artigos 9º, 444 e 468 da CLT

Assim, pelo princípio destacado, verificamos que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato neste sentido.

Importante destacar que, em sentido da utilização da arbitragem, há alguns avanços conforme podemos observar no julgado abaixo:

24119448 - ARBITRAGEM. TRANSAÇÃO ENVOLVENDO DIREITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. POSSIBILIDADE. A indisponibilidade dos direitos do empregado existe somente durante a vigência do contrato de trabalho, quando se presume encontrar-se o obreiro em uma situação de subordinação e dependência econômica que o impede de manifestar a sua vontade sem vícios. Findo o contrato de trabalho, esta indisponibilidade não mais existe, uma vez que o empregado já não se encontra subordinado ao empregador, nem também depende deste para a sua sobrevivência, estando, deste modo, em condições de livremente manifestar a sua vontade, o que inclusive possibilita a celebração de conciliação na Justiça do Trabalho, conforme dispõe o parágrafo único do art. 831 da CLT¹³⁷.

Martins¹³⁸ estabelece que:

O trabalhador não está renunciando, alienando ou transacionando direitos quando submete o conflito à arbitragem, mas apenas escolhe um terceiro para solucionar o litígio. O árbitro irá dizer o direito do trabalhador. Se não há mais contrato de trabalho entre empregado e empregador, não se pode falar que o trabalhador está sofrendo pressão do empregador para renunciar as verbas trabalhistas, principalmente diante do fato de que a controvérsia está sendo submetida ao árbitro. O empregado não está mais submetido ao poder de direção do empregador¹³⁹.

O terceiro obstáculo aqui a ser tratado é a resistência por parte dos advogados aos métodos alternativos de solução de conflitos.

As razões de sua resistência quanto a tais métodos são várias, destacando-se: (i) a sensação de ameaça por estarem fora da zona de conforto habitual; (ii) a crença sobre a falta de programas de treinamento de alta qualidade; (iii) a percepção de que, embora a ideia da autocomposição pareça boa, pelas pautas éticas do advogado sua adoção nunca se torna uma prioridade¹⁴⁰.

¹³⁷ TRT 5ª R.; RecOrd 0001482-62.2013.5.05.0551; Ac. 206848/2014; Quinta Turma; Rel. Des. Paulino César Martins Ribeiro do Couto; DEJTBA 16/09/2014.

¹³⁸ MARTINS, 2018. Op. cit.

¹³⁹ Idem, p. 119.

¹⁴⁰ BORDONE, R. C.; MOFFITT, M. L.; SANDER, F. E. A. **The next thirty years: directions and challenges in dispute resolution.** In: MOFFITT, M. L.; BORDONE, R. C. *The handbook of dispute resolution.* San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

Para Watanabe¹⁴¹, parte do problema se encontra na formação acadêmica dos operadores de Direito. Para o autor, o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do país enfatiza “[...] a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses¹⁴²” por meio do processo judicial, que chama de “cultura do processo”, constitui o grande óbice ao uso mais intenso dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Nalini¹⁴³ também observa que a formação acadêmica dos atores da justiça é impregnada no que chama de “cultura adversarial”, desenvolvendo com clareza que a sociedade precisa assumir responsabilidade e que a judicialização de todas as formas de conflitos não traz benefícios à sociedade, afinal não haverá juízes suficientes para responderem a demanda, nas palavras do autor:

A cultura adversarial que impregnou o ensino jurídico tornou quase impossível a missão pacificadora cometida ao Judiciário. Se todas as pejeas tiverem como destino único a capacidade de um juiz, não haverá juízes suficientes para responderem às pendências. A sociedade precisa se converter e assumir suas responsabilidades. Ilusório atribuir-se a titularidade de todos os direitos e transferir a responsabilidade de todos os deveres a uma ficção dolorosa chamada Governo. Este pode se tornar cada dia mais onipotente se a cidadania declinar de sua parcela de encargo cívico. Conviver numa república significa partilhar obrigações. Protagonizar representa um fardo. Mas é consequência de atuação madura na gestão da vida coletiva¹⁴⁴.

Watanabe ainda afirma, que ainda há muita resistência à adoção dos chamados métodos alternativos de solução de conflitos. O autor afirma que muitos acham que são mecanismos menos nobres, próprios de povos com cultura primitiva, e que o método mais nobre é a adjudicação de solução por meio de sentença do juiz, proferida em processo contencioso¹⁴⁵.

O autor continua considerando que mesmo nas faculdades de direito é ainda acanhada a percepção da importância dos métodos alternativos de solução de conflitos, tanto que apenas algumas delas têm disciplinas específicas para iniciar seus alunos nesses mecanismos de solução de conflitos. Apenas a arbitragem vem merecendo uma atenção maior, em razão da aprovação, em 1.996, da Lei n. 9.307, que a disciplinou por completo, e pela sua utilização cada vez mais intensa na solução de conflitos de natureza comercial, e naqueles adequada solução depende dos conhecimentos especializados em que sua do julgador¹⁴⁶.

5.3 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

¹⁴¹ WATANABE, 2007. Op. cit.

¹⁴² Idem, p. 7.

¹⁴³ NALINI, 2014. Op. cit.

¹⁴⁴ Idem, p. 77.

¹⁴⁵ WATANABE, 2007. Op. cit.

¹⁴⁶ Idem.

Define-se o compromisso como um ato bi ou multilateral de vontade, em que as partes desistem do poder jurisdicional pátrio e optam por deixar sua controvérsia nas mãos de árbitros.

O começo da arbitragem ocorre através da convenção arbitral, definida na cláusula compromissória. Nesse sentido, compromisso e cláusula compromissória são sinônimos de convenção de arbitragem.

Tecnicamente, a cláusula compromissória indica que as partes, na ocorrência de alguma controvérsia, podem dar início à arbitragem. A palavra “podem”, na redação do artigo, demonstra o caráter optativo da arbitragem, como meio de solução de litígios fora do Poder Judiciário.

Alude o art. 4º da lei 9307/96 estuda que “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”.

Deve-se fazer constar dos contratos, obrigatoriamente, uma cláusula compromissória, a qual, assinada pelas partes, indica que estas abdicam do poder jurisdicional para solução de suas controvérsias, optando tão somente pela arbitragem. Deriva do *pactum compromittendo*, significando um acordo inserido em um contrato, objetivando uma obrigação de fazer.

O compromisso arbitral deverá, necessariamente, informar a qualificação das partes e dos árbitros (ou da instituição à qual foi delegada a indicação dos árbitros); a matéria que será objeto da arbitragem; o local em que será proferida a sentença arbitral (a legislação não mais se refere a laudo arbitral). Além disso, poderá o compromisso arbitral estipular o prazo para que seja proferida a decisão (caso contrário, deverá ser, em teoria, de até seis meses); a autorização para que o árbitro (ou tribunal arbitral) julgue por equidade, com base no direito positivado brasileiro ou de outro país, nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes ou práticas internacionais de comércio, ou ainda, com base em regras corporativas ou institucionais aplicáveis à arbitragem. Também, poderão as partes convencionar acerca da responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos árbitros e das despesas com a arbitragem¹⁴⁷.

Ao contrário da legislação brasileira pretérita, se a parte que for convocada a comparecer para acordar quanto aos termos do compromisso arbitral não cumprir sua obrigação, a parte prejudicada pode convocá-la judicialmente, mediante procedimento especial. Caso, ainda assim, não compareça, ou se comparecendo em juízo se recusar a acordar quanto aos termos da arbitragem, o juiz proferirá sentença que, se procedente, equivalerá ao compromisso arbitral, atendendo aos requisitos do mesmo. Nesse caso, a arbitragem prosseguirá normalmente, fora

¹⁴⁷ ENGELMANN, 2012. Op. cit.

do Poder Judiciário¹⁴⁸.

Importante ressaltar que a arbitragem requer um acordo anterior das partes, que ficam preparadas previamente para algum conflito futuro, de ocorrência não obrigatória. O ideal seria a não utilização da arbitragem, resolvendo-se os contratos de acordo com o estatuído, sem controvérsias aptas a ensejarem o início do procedimento arbitral.

Artigo 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.

O contrato verbal não é abrangido pelo diploma arbitral, devendo obrigatoriamente ser lavradas a termo, por escrito, todas as cláusulas contratuais.

A existência da cláusula compromissória é imperativa para a eficácia da arbitragem, não existindo qualquer posição específica da mesma no corpo do contrato. Como sugestão, tem-se a possibilidade, no § 2º do referido artigo, de se incluir esta cláusula como norma específica ou em adendo a contrato. Veja-se:

§ 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.

Nos contratos pré-elaborados ou padronizados, a cláusula arbitral deve ser plenamente aceita e rubricada pelo contratante, com o fito de evitarem-se os erros.

Nos contratos de adesão, uma parte compulsoriamente deve aderir, sendo que a cláusula compromissória deve ser aprovada expressamente por ambas as partes, para sua eficácia.

É uma medida salutar de proteção ao aderente, que deverá saber que, ao firmar o contrato, abdicará da jurisdição estatal.

¹⁴⁸ ENGELMANN, 2012. Op. cit.

5.4 O ARTIGO 507-A DA CLT

O uso do instituto da arbitragem no Brasil é motivo de controvérsias desde a entrada em vigor da Lei 9.307/1996, principalmente no tocante à compatibilidade do diploma legal com o direito constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/88) como já discutido.

Sobre o tema, Mallet¹⁴⁹ afirma que a jurisprudência parece pretender-se retornar ao debate já travado, ou seja, a constitucionalidade da arbitragem, *in verbis*:

No Brasil, com a Lei n. 13.467/2017, parece pretender-se retornar ao debate já travado após a entrada em vigor da Lei n. 9.307/1996, quando também foi suscitada a inconstitucionalidade da previsão de estabelecimento coativo de arbitragem, com fundamento em cláusula compromissória. Desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, tomada no julgamento do processo de homologação de sentença estrangeira SE n. 5.206 AgR/EP, tem-se por assentado que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF”¹⁵⁰.

Para o autor:

[...] admitir o ajuizamento e o prosseguimento de ação trabalhista, mesmo contra a vontade de um dos pactuantes, havendo cláusula compromissória – cuja constitucionalidade encontra-se afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, –, é negar todo sentido à previsão do art. 507-A da CLT¹⁵¹.

Engelmann¹⁵² ensina que desde o início da década de 1980, diversas iniciativas direcionaram a construção institucional da arbitragem no Brasil, passando por iniciativas oriundas do Ministério da Desburocratização (1976-1986), congressos, formulação de projetos de lei, o ativismo dos institutos liberais e diversas associações comerciais e que envolve desde a mobilização de associações empresariais periféricas até a viabilização de acordos com organismos internacionais promotora da arbitragem, bem como a adesão de políticos vinculados ao meio empresarial que contribuem para alavancar a prática arbitral, tornando o processo uma pauta política a ser defendida no legislativo.

No comércio internacional, a arbitragem é muito usual, por ser mais rápida e por não sujeitar o conflito à jurisdição de diferentes países. Os conflitos de comércio internacional são solucionados por medidas unilaterais (tratados de dupla tributação), pelo procedimento

¹⁴⁹ MALLETT, E. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, n. 6, p. 847-901, 2018.

¹⁵⁰ Idem, p. 849.

¹⁵¹ Idem, ibidem.

¹⁵² ENGELMANN, 2012. Op. cit.

amigável em tribunais internacionais (Corte Permanente de Arbitragem, Corte Permanente de Justiça Internacional e Corte Internacional de Justiça) e pelos Centros Internacionais de Arbitragem¹⁵³.

Ao contrário das demais áreas do Direito, a arbitragem tem sido pouco utilizada para a solução de conflitos trabalhistas.

Fernandes afirma que no ano de 2015, a Lei nº 13.129 tentou introduzir o §4º ao art. 4º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), com o intuito de possibilitar a estipulação de cláusula compromissória em contrato de trabalho envolvendo empregado que ocupasse ou viesse a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário. O dispositivo previa, contudo, que a cláusula compromissória só teria eficácia se o empregado tomasse a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordasse expressamente com a sua instituição¹⁵⁴.

Explica o autor que o então Vice-Presidente da República Michel Temer, que seguindo recomendação do Ministério do Trabalho e Emprego, vetou o dispositivo e com a manutenção do veto, ganhou ainda mais força o entendimento – que já era majoritário na jurisprudência – no sentido da incompatibilidade da arbitragem com as lides individuais trabalhistas¹⁵⁵.

A Lei 13.467/17, mais conhecida como Reforma Trabalhista, autoriza o uso da arbitragem nos contratos individuais de trabalho, desde que (i) a remuneração do empregado seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e (ii) a cláusula compromissória seja pactuada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), *in verbis*:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Discute-se se a arbitragem pode ser aplicada para a solução de conflitos nas relações individuais de trabalho, em razão do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Sustenta-se que a utilização deste meio alternativo de solução de conflitos ofende a legislação trabalhista, notadamente quanto aos princípios da irrenunciabilidade e da indisponibilidade dos

¹⁵³ CARMONA, C. A. **Arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹⁵⁴ FERNANDES, 2018. Op. cit.

¹⁵⁵ Idem.

direitos, já que o artigo 1º da Lei nº 9.307/96 restringe a arbitragem aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁵⁶.

Direito disponível é o que pode ser exercido de forma livre pelo titular, sem a presença de norma cogente e a imposição quanto ao ato que possa anular ou tornar nula a vontade do autor. Portanto, disponíveis são os bens que podem ser alienados de forma livre pelo titular.

Segundo Martins¹⁵⁷:

Direitos patrimoniais disponíveis são diferentes de direitos irrenunciáveis. Direitos disponíveis são normas direcionadas às partes e não exatamente normas de ordem pública absoluta. Os direitos dos trabalhadores não são patrimoniais indisponíveis. O trabalhador não está renunciando, alienando ou transacionando direitos quando submete o conflito à arbitragem, mas apenas escolhe um terceiro para solucionar o litígio. O árbitro irá dizer o direito do trabalhador [...]. Se não há mais contrato de trabalho entre empregado e empregador, não se pode falar que o trabalhador está sofrendo pressão do empregador para renunciar a verbas trabalhistas, principalmente diante do fato de que a controvérsia está sendo submetida ao árbitro.

Cremonesi afirma que aqueles que são a favor do uso da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, ao contrário, partem da premissa de que não há proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 não a veda e o que não é proibido há de ser tido como permitido. Há, ainda, o entendimento de que a indisponibilidade de direitos na área trabalhista não é absoluta e sim relativa, principalmente depois da rescisão do contrato de trabalho. Para os que assim entendem, enquanto existir o contrato de trabalho, não poderá ser utilizado o instituto da arbitragem, mas sim depois de seu término¹⁵⁸.

Em todos os casos, se o trabalhador optar pela via judicial para resolução do litígio, o empregador não poderá se opor a tal escolha. Ou seja, de acordo com a interpretação ora proposta, é possível a celebração de convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) no âmbito de uma relação individual de trabalho, tal qual previsto no art. 507-A da CLT. No entanto, isso não pode impedir que o trabalhador tenha acesso ao Poder Judiciário, se assim desejar¹⁵⁹.

¹⁵⁶ GEMIGNANI, D.; GEMIGNANI, T. A arbitragem no direito trabalhista: um desafio a ser enfrentado. **Revista CEJ**, p. 7-17, mai-ago. 2018. p. 13.

¹⁵⁷ MARTINS, 2018. Op. cit. p. 71.

¹⁵⁸ CREMONESI, A. A cláusula compromissória de arbitragem no contrato individual de trabalho. **Revista Genesis**, n. 119, nov. 2002.

¹⁵⁹ GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2018. Op. cit.

5.5 SUBORDINAÇÃO, SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E PARASUBORDINAÇÃO

Rios¹⁶⁰ afirma que o Direito do Trabalho tem como ideia central o trabalho sob a dependência alheia. É a proteção jurídica de quem serve, com o seu trabalho, para o implemento das relações de produção capitalista. O Direito do Trabalho não se limita ao trabalho sob as ordens de outrem, pois ele vai muito além do aspecto de uma pessoa, individualmente considerada, que submete sua atividade aos comandos alheios. O empregado não se submete ao empregador sob o ponto de vista pessoal. A relação de emprego é de natureza objetiva e não subjetiva, sendo identificada pela venda habitual de sua força de trabalho de uma pessoa para a satisfação dos interesses organizacionais e produtivos de outrem.

Lembra-nos Fonseca¹⁶¹ a necessidade de se compreender:

[...] que não foi o direito que inventou a relação de trabalho subordinado e o requisito da subordinação jurídica, traçando depois a linha divisória do que seria o limite de uma subordinação jurídica e uma subordinação não jurídica. O que de fato ocorreu é que a subordinação do trabalhador preexistia à regulamentação do contrato de trabalho, e o direito positivo, confrontando-se com uma situação de subordinação já existente, traçou os limites formais para definir até onde essa subordinação poderia ser exercida licitamente (e denominou-a subordinação jurídica)¹⁶².

Por certo, o Direito do Trabalho tem seu surgimento atrelado ao desenvolvimento do sistema de produção capitalista e à Revolução Industrial e emerge com a proposta de trazer equilíbrio à relação antinômica existente entre capital e trabalho.

A relação empregatícia, principal categoria socioeconômica sobre a qual incide o Direito do Trabalho, começou a se estruturar já no desenrolar da Revolução Industrial, num processo que se deu no final do século XVII e início do século XVIII, quando, de fato, a ruptura com o paradigma servil e escravocrata tornou-se generalizada.

A subordinação marca a transição do trabalho fundado na sujeição pessoal do trabalhador para o trabalho livre, no qual o trabalhador não mais se confunde com os meios de produção do empregador e torna-se autônomo em relação a estes, submetendo-se, contudo, a um rígido controle sobre o modo de prestação do serviço pactuado.

¹⁶⁰ Maria Isabel Franco Rios

¹⁶¹ FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001.

¹⁶² Idem, p. 138.

Subordinação, segundo Cunha¹⁶³, surgiu no século XVI do latim medieval *Subordinatio-onis*, mas, o verbo subordinar, é de 1813, significando fazer dependente, dominar, sujeitar. Adaptado do francês *subordonner*, derivação, do médio latim *subordinare*.

Sobre o tema, dispôs Moraes Filho¹⁶⁴:

Ninguém configurou melhor o conteúdo da subordinação jurídica do que Paul Colin, através de uma página exemplar: „ Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual se chamou a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui, ao contrário, do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de lhe fixar limites, sem que para isto seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois polos da subordinação jurídica“.

É exemplar esta conceituação de subordinação jurídica proposta por Paul Colin; e bem merece a difusão que tem tido entre nós. Vemos que a fiscalização e o controle do patrão não precisam ser constantes e permanentes, nem se torna necessária a vigilância técnica, contínua, dos trabalhos efetuados. É neste direito, que lhe assiste, de fiscalizar a atividade do seu empregado, de interrompê-lo, ou suscitá-la à vontade, que bem reside o verdadeiro conteúdo da subordinação jurídica, hierárquica ou administrativa¹⁶⁵.

Porto¹⁶⁶ afirma que o conceito de subordinação é essencial para o Direito do Trabalho, pois é decisivo para a afirmação da existência da relação de emprego. Nesse sentido, ele representa a “chave de acesso” aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados em sua plenitude apenas aos empregados.

Romita¹⁶⁷ defende o que se denominou subordinação objetiva, que traduz o seguinte:

Fixando o conceito objetivo de subordinação, chega-se à assertiva de que ela consiste em integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho [...]

A subordinação não significa sujeição ou submissão pessoal. Este conceito corresponde a etapa histórica já ultrapassada e faz lembrar lutas políticas que remontam à condição do trabalhador como objeto de *locatio*, portanto equiparado a coisa (res). O trabalhador, como pessoa, não pode ser confundido com a atividade este sim objeto de relação jurídica¹⁶⁸.

¹⁶³ CUNHA, A. G. da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

¹⁶⁴ MORAES FILHO, E. de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: LTr, 1982.

¹⁶⁵ Idem, p. 381.

¹⁶⁶ PORTO, L. V. **A parassubordinação: aparência X essência**. Disponível em: http://216.252.1211.32/br.f434.mail.yahoo.com/ya/securedownload?mid+1_478. Acesso em: 29 nov. 2019.

¹⁶⁷ ROMITA, A. S. **Subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

¹⁶⁸ Idem, p. 82-83.

No entanto, diante da complexidade das relações trabalhistas estabelecidas na contemporaneidade e das necessidades impostas pela tecnologia, houve declínio do modelo de disciplina anteriormente empregado no mundo do trabalho.

O perfil do operariado comum não mais representa a grande massa de trabalhadores da atualidade e o rígido conceito de subordinação clássica tem se mostrado insuficiente para a caracterização das modernas relações de emprego.

Diversos questionamentos sobre o que, outrora, se entendia por subordinação surgiram na doutrina, sempre atenta à necessidade de o Direito do Trabalho expandir a sua protetividade ao trabalhador, permitindo que novos conceitos ganhassem força no ramo justralhista, quais sejam: subordinação estrutural, subordinação objetiva, subordinação estrutural-reticular e a parassubordinação.

A subordinação, tomada em seu sentido clássico, é encarada sob uma perspectiva objetiva, recaindo não sobre o trabalhador, mas sobre a forma de prestação do serviço, oriunda da direção empresarial que o obreiro se compromete a acolher. A subordinação clássica, como preleciona Delgado¹⁶⁹: “Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador”¹⁷⁰, subsistindo na maior parte dos vínculos empregatícios. Para o autor:

Como se sabe, o conceito de subordinação hoje dominante é o que a compreende como situação jurídica, derivada do contrato de emprego, em decorrência da qual o trabalhador acata a direção laborativa proveniente do empregador. É uma situação jurídica que se expressa por meio de certa intensidade de ordens oriundas do poder diretivo empresarial, dirigidas ao empregado. Em paralelo a esta conceituação hegemônica, construiu o Direito do Trabalho noção ampliada deste elemento integrante da relação de emprego, denominando-a de subordinação objetiva. A subordinação objetiva, ao invés de se manifestar pela intensidade de comandos empresariais sobre o trabalhador (conceito clássico), despontaria da simples integração da atividade laborativa obreira nos fins da empresa. Com isso reduzia-se a relevância da intensidade de ordens, substituindo o critério pela ideia de integração aos objetivos empresariais. Embora válido o intento da construção teórica da subordinação objetiva, ela não se consolidou, inteiramente na área jurídica, por ser fórmula desproporcional às metas almejadas. Tal noção, de fato, mostrava-se incapaz de diferenciar, em distintas situações práticas, entre o real trabalho autônomo e o labor subordinado, principalmente quando a prestação de serviços realizava-se fora da planta empresarial, mesmo que relevante para a dinâmica e fins da empresa. Noutras palavras, a desproporção da fórmula elaborada, tendente a enquadrar como subordinadas situações fático-jurídicas eminentemente autônomas, contribuiu para o seu desprestígio. A readequação conceitual da subordinação – sem perda de consistência das noções já sedimentadas, é claro – de modo a melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, atenua o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços. Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador

¹⁶⁹ DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

¹⁷⁰ Idem, p. 283.

de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. A ideia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial, a terceirização¹⁷¹.

Já a subordinação estrutural é entendida como aquela em que o trabalhador, independentemente de tomar ou não ordens diretas do tomador de serviços, participa da dinâmica de funcionamento do empreendimento. Conforme Delgado¹⁷²:

Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas cheias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.

A teoria da subordinação estrutural desenvolveu-se intimamente vinculada ao processo produtivo contemporâneo que, a título de “flexibilização” e “horizontalização”, tenta esfacelar a garantia outorgada pela legislação trabalhista, e representa uma resposta ao argumento de que a legislação em vigor está amarrada e sem aptidão para regular o novo modelo de aplicação do capital produtivo. Esta tese apresentada concede a possibilidade de solução a diversas questões específicas que rondam a realidade jurídica.

Como não existe unanimidade, a tese da subordinação estrutural também não está livre de críticas. Há quem entenda que dispensando a submissão às ordens do empregador emitidas diretamente por ele, distancia-se do entendimento jurisprudencial sobre terceirização lícita constante da Súmula nº 331, III, do TST. Dispõe a mesma que o vínculo de emprego não se forma diretamente com o tomador de serviços, quando decorrente de atividade-meio e em caso de trabalho temporário.

Silva¹⁷³, afirma que o conceito de parassubordinação foi desenvolvido pela doutrina italiana com o objetivo de efetuar uma distinção entre a subordinação e a autonomia nas relações jurídicas de trabalho. O autor afirma que no Direito Italiano abriga no conceito de parassubordinação diferentes tipos de relações jurídicas, que conservam sua específica disciplina substancial, conforme cada caso. Essas relações jurídicas recebem ainda um a regulamentação suplementar, formalizada por lei ou por contrato coletivo, que garante algumas

¹⁷¹ DELGADO, 2006. Op. cit. p. 341.

¹⁷² Idem, p. 284.

¹⁷³ SILVA, O. P. E. O trabalho parassubordinado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 195-203, jan. 2002.

medidas de proteção. Sob o aspecto da tutela processual, todas as relações de trabalho parassubordinadas ficam submetidas a trâmites idênticos aos que são previstos em lei para os empregados.

Em linhas gerais, os trabalhadores parassubordinados são aqueles que, resguardando certa hipossuficiência e dependência econômica em relação ao tomador de serviços, detêm elevado grau de autonomia no modo de prestação de serviços, fugindo tanto ao conceito de trabalhador autônomo, quanto ao conceito de trabalhador subordinado.

Com o reconhecimento da existência dessa classe de relações jurídicas, a doutrina italiana procura deixar claro que: a. o trabalho parassubordinado possui algumas semelhanças com o trabalho subordinado, mas com ele não se confunde; b. a parassubordinação vai além do conceito tradicional de trabalho autônomo

Silva aponta que para ser classificada a parassubordinação são necessários a presença de quatro elementos essenciais, que precisam estar obrigatoriamente presentes na relação. Afirma o autor: que na parassubordinação é necessário haver continuidade, pessoalidade, colaboração e coordenação.

O primeiro elemento é o da continuidade da relação de trabalho: a prestação de serviços deve se destinar a atender uma necessidade do tomador e que tenha um determinado prolongamento no tempo, tendo em vista os interesses de ambas as partes. A continuidade deve estar vinculada a uma série de resultados que as partes pretendem atingir e que justificam a presença da coordenação, não podendo a continuidade estar ligada a uma reiteração das prestações meramente ocasionais.

O segundo elemento caracterizador do trabalho parassubordinado é a natureza pessoal da prestação dos serviços, que deve preponderar. Pode o prestador até se valer do auxílio de outras pessoas, mas dentro de certos limites, ou seja, precisa ser de forma complementar, significando que a principal carga de atividades deve ser desenvolvida pelo prestador pessoalmente contratado.

O terceiro elemento seria a colaboração, que a ideia está diretamente vinculada às anteriores quando se fala em trabalho parassubordinado, na medida em que pressupõe uma ligação funcional entre a atividade do prestador dos serviços e aquela do destinatário da prestação profissional. A atividade do trabalhador é indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços, observando para tantos critérios qualitativos, quantitativos e funcionais.

E por fim, o quarto elemento o da coordenação, que partindo deste elemento entre os sujeitos da relação jurídica, assume relevância a ideia de coordenação, no sentido de uma peculiar modalidade de organização da prestação dos serviços. Genericamente, o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços.

A limitação contratual à autonomia da vontade do trabalhador parassubordinado existe, ainda que menos abrangente do que aquele presente na subordinação clássica. Todavia, os trabalhadores denominados parassubordinados, devido à natureza do serviço prestado, possuem menor dependência em relação ao poder de direção do empregador exercendo, normalmente, cargos de direção/coordenação, ou outras funções que demandem elevada capacitação técnica e intelectual.

5.6 O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

Como vimos acima, o sistema judicial deve sempre observar o devido processo legal (CF, art. 5º. LIV) e à garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º. XXXV), no entanto não se pode imaginar que os litigantes não tivessem o ônus das despesas e custos processos e seus advogados fosse remunerados pelo Poder Público.

Mas a Constituição Federal, no art. 5º. LXXIV, solucionou este problema, pois, é taxativa quanto à possibilidade de todos acessarem à justiça, afirmando que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Neste sentido, Canotilho leciona:

A garantia do acesso aos tribunais perspectivou-se, até agora, em termos essencialmente <defensivos> ou garantísticos: defesa dos direitos através dos tribunais. Todavia, a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também dimensões de natureza prestacional na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparo), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos (CRP, art.. 20º). O acesso à justiça é um meio materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades.

Segundo o entendimento predominante na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), todos os trabalhadores – sem distinção – eram, presumidamente, hipossuficientes e, portanto, não teriam poder de negociação (autonomia da vontade) com os empregadores.

Nessa perspectiva, o legislativo passou a ter um entendimento que necessário, frente ao novo mercado de trabalho e adequação mundial a necessidade de alterar esta presunção de

trabalhador hipossuficiente e diante de suas características e do tratamento diferenciado foi proposto que o trabalhador graduado em ensino superior e que recebe um salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social deveria ter um tratamento diferenciado, o que resultou no chamado “trabalhador hipersuficiente”.

Silva, em seu texto, afirma que a uma das principais e mais importantes alterações promovidas pela Lei n 13.467/2017 é a clara distinção entre duas categorias de trabalhadores: os hipossuficientes e os hipersuficientes.

Com vistas a modernização e adequação das relações de trabalho contemporânea foi introduzido o parágrafo único ao artigo 444, da CLT. Segundo o Parecer da Comissão Especial criada na Câmara dos Deputados para se manifestar sobre o Projeto de Lei (PL) n. 6.787/2016¹⁷⁴, a inclusão do parágrafo único no aludido dispositivo legal tem como objetivo permitir que “os desiguais sejam tratados desigualmente”. Sendo a redação final nos seguintes termos:

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.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Como apontado, para que o trabalhador possa ser enquadrado no parágrafo único do artigo 444, da CLT, e, por conseguinte, seja caracterizado como hipersuficiente, é preciso que ele apresente dois requisitos cumulativos: seja diplomado em curso superior e receba salário no valor mínimo de duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social.

Consoante a literalidade deste dispositivo, há uma nova categoria de empregados os quais podem pactuar as condições da relação de trabalho livremente acerca das hipóteses do artigo 611-A da CLT, desde que cumpridos os requisitos dispostos no dispositivo em análise.

Destaque-se ainda que, o parágrafo único do artigo 444 evidencia que esta negociação direta entre empregado e empregador terá a mesma eficácia legal dos instrumentos coletivos e, inclusive, tendo preponderância sobre estes. Portanto, em uma leitura literal deste dispositivo

¹⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

legal, pode-se concluir que mesmo que haja uma pactuação direta que verse sobre condições menos favoráveis que as previstas em negociação coletiva ou na própria legislação, será preponderante a primeira.

Teixeira afirma que, como justificativa para a adoção pelo legislador desta flexibilização da legislação trabalhista, “partiu-se do pressuposto que o trabalhador com nível superior e salário acima da baixa média nacional não se encontra em uma relação de inferioridade com o empregador, não necessitando da proteção do Estado ou da tutela sindical”¹⁷⁵. Ou seja, o trabalhador o qual se enquadra nos requisitos dispostos no parágrafo único do art. 444 da CLT tem a hipossuficiência relativizada. Nesse sentido, evidencia Delgado¹⁷⁶:

[...] os fundamentos para a construção da regra jurídica residem na ideia de que, em se tratando de profissional portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior ao padrão de duas vezes o teto dos benefícios previdenciários, ele não se encontraria submetido a subordinação intensa. Com isso, possuiria o poder de também impor a sua vontade no cotidiano da relação empregatícia

Por isso, pode-se observar que há uma evidente relação entre a figura do trabalhador considerado “hipersuficiente” e o paradigma da flexibilização instituído pela Reforma Trabalhista ocorrida no ano de 2017, uma vez que reflete a preponderância do negociado sobre o legislado, bem como uma ausência de preocupação em fortalecer os sindicatos. Em suma, o legislador estabeleceu que, observados os critérios econômico e de escolaridade, o trabalhador o qual se encontra de acordo com os parâmetros determinados não demandariam a mesma proteção dos demais.

Conforme exposto por Silva¹⁷⁷, o referido artigo 444, caput, da CLT, sempre foi conhecido como o dispositivo que preconiza a livre estipulação de cláusulas e condições de trabalho sujeita às restrições da legislação, das normas coletivas e das decisões das autoridades competentes, outorgando, contudo, às partes baixo grau de liberdade contratual. É esse dispositivo que fundamenta, por exemplo, a fixação do turno de trabalho, do salário, bem como das funções a serem exercidas pelo obreiro.

O autor entende que, neste aspecto, a grande novidade da reforma de 2017, reside na inserção do parágrafo único ao art. 444 e art. 507-A, que preconiza maior grau de liberdade

¹⁷⁵ TEIXEIRA, M. O.; et al. (Org.) **Contribuição Crítica à reforma trabalhista**. Campinas, SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

¹⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 159.

¹⁷⁷ SILVA, 2017. Op. cit.

para as partes negociarem e autorizar a fixação de cláusula compromissória, para fins de procedimento arbitral, em caso de conflito trabalhista¹⁷⁸.

Os requisitos apresentados para a configuração desta nova espécie de trabalhador são: no primeiro artigo estipula a necessidade do empregado possuir diploma de nível superior e em ambos salário superior ao dobro do teto previdenciário.

Há que se destacar a diversidade entre os textos do art. 507-A e 444, parágrafo único, da CLT, que trazem para a legislação laboral este novo trabalhador. Não se pode olvidar que para a mesma espécie de trabalhador a Lei faz uma distinção sem sentido prático.

Silva¹⁷⁹, traz sua opinião sobre esta sutil diferença entre o art. 444, parágrafo único, sobre a livre estipulação do empregado hipersuficiente, e o art. 507-A da cláusula compromissória de arbitragem:

Talvez o legislador tenha entendido que a livre estipulação com patamar de negociação coletiva necessite maior discernimento do empregado, mas isso é uma presunção relativa e bastante frágil, mormente se a gente se lembrar da queda livre em que se encontra a qualidade dos bacharelados brasileiros e a proliferação dos cursos vagos, à distância e sem compromisso com o conteúdo. Mas isso pertence a outro âmbito de discussão¹⁸⁰.

Delgado e Delgado¹⁸¹, entendem que este novo dispositivo afronta as normas constitucionais de forma literal e direta, apontando os seguintes dispositivos constitucionais como violados: proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII), além do princípio geral antidiscriminatório (art. 1º. III, art. 3º, IV e art. 5º, caput, da CF).

Neste sentido, Antunes, Oliveira, & Ferrer, também apresentam restrições na combinação destes artigos, afirmando que:

Combinando-se as redações vigentes do art. 444, parágrafo único, e do art. 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem-se que o trabalhador portador de diploma de nível superior e que perceba salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderão entabular estipulações que prevalecerão sobre a lei e também sobre os acordos e convenções coletivas de trabalho, que disponham sobre a jornada de trabalho (observados os limites constitucionais); banco de horas anual; intervalo intrajornada (respeitado o limite mínimo de trinta minutos para superiores a seis horas); adesão ao programa seguro-emprego de que trata a Lei 13.189/2015; plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de

¹⁷⁸ SILVA, 2017. Op. cit.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Idem, p. 38.

¹⁸¹ DELGADO; DELGADO, 2017. Op. cit.

sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade e por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho; troca do dia de feriado; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; programas de incentivo; e participação nos lucros ou resultados da empresa. Vale observar que, segundo o caput do art. 611-A, esse rol tem pretensão meramente exemplificativa, e não exclui a possibilidade de previsão de outras matérias em que o negociado por tais trabalhadores prevalecerá não apenas sobre a legislação vigente, mas também sobre acordos e convenções coletivas de trabalho¹⁸².

O fato de se tratar de trabalhador que recebe salário diferenciado, por si só, não elide a notória assimetria de poder de negociação existente entre as partes no ato da contratação, situação que permanece durante a vigência do contrato de trabalho, uma vez que pautado pela subordinação do empregado e exercício do *jus variandi* pelo empregador¹⁸³.

Neste sentido, Souto Maior¹⁸⁴ entende que:

Importante se reconhecer o estado de sujeição desses mesmos empregados, ainda que possuam elevado padrão financeiro: Parece-me que um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu status social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável¹⁸⁵.

Portanto, analisando a figura do trabalhador “hipersuficiente” criada pela Reforma Trabalhista, é possível perceber que este não se encontra afastado da noção de subordinação em relação ao empregador, em que pese o legislador tenha o afastado da proteção do Direito do Trabalho por meio do reconhecimento de uma situação de paridade entre empregador e empregado, bem como de uma “autonomia” do empregado para que houvesse negociação direta com o empregador.

Muradas¹⁸⁶ afirma que:

[...] a linha acolhida na Reforma Trabalhista, ao estabelecer corte e natureza salarial para fins de proteção no emprego, retoma, de certo modo, discussão acerca da subordinação como estado de dependência econômica para fins de cobertura social do

¹⁸² ANTUNES, T. C.; OLIVEIRA, L.; FERRER, W. M. A reforma da legislação trabalhista brasileira e o mito da hipersuficiência do trabalhador em uma economia globalizada. **RJLB**, p. 2069-2088, 2019.

¹⁸³ GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2018. Op. cit.

¹⁸⁴ SOUTO MAIOR, J. L. Reforma Trabalhista: juízo final? (11 de Jul. de 2017). Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/reforma-trabalhista-juizo-final>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁸⁵ Idem, p. 1.

¹⁸⁶ MURADAS, D. **Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral**. In: MAIOR, J. L. S.; SEVERO, V. S. (Coord.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p.171-179.

direito do trabalho. E o faz não em uma ótica inclusiva de outros dependentes econômicos do trabalho por conta alheia no raio protetivo do direito do trabalho (...) mas em uma linha antagônica para propiciar o desamparo aos que, em face da dependência dos fatores e meios organizados de produção, mantêm em situação de vulnerabilidade, independentemente dos valores salariais recebidos¹⁸⁷.

Em outras palavras, ao estabelecer a “autonomia” destes empregados devido aos critérios de escolaridade e econômico, por mais que se reconheça uma paridade formal entre estes, devesse observar que, existindo relação de emprego, não há verdadeira disposição do trabalhador acerca do próprio trabalho ou dos meios de produção, já que o primeiro “aliena” a sua força de trabalho ao segundo, não tendo liberdade para determinar como será a sua prestação de serviços.

¹⁸⁷ MURADAS, 2017. Op. cit. p. 174.

6 CONCLUSÃO

A partir do estudo desenvolvido, é possível concluir que não há razão para que seja negada a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas ou pelo menos não há impedimento legal, mas apenas cultural, e por esta razão chegamos a três barreiras à aplicação: os advogados, o Poder Judiciário e carência de legislação clara sobre o assunto.

O primeiro ponto de crítica à arbitragem que apontaremos será a resistência encontrada dentro da advocacia. Os métodos alternativos de solução de conflitos encontram na advocacia grande resistência por terem os advogados a “cultura do processo” como tratamos neste trabalho. O advogado, desde a sua formação, não é adaptado aos métodos alternativos de solução de conflitos e até mesmo por desconhecer estas práticas, elas não são apresentadas aos clientes da forma correta.

E para este caso, somente o fomento as práticas alternativas poderá dar a credibilidade necessária para a aderência dos advogados.

A segunda barreira às práticas é o próprio Poder Judiciário, que apesar de estar em um estado de emergência pelo acúmulo dos processos e pela morosidade, não adere de forma correta aos métodos alternativos de resolução dos conflitos. O Poder Judiciário hoje não atende aos anseios sociais da forma como deveria ou como esperam os jurisdicionados. Disso decorre o atual desprestígio da atividade jurisdicional do Estado, gerando ineficiência e insegurança jurídica.

Está claro que o monopólio Estatal em relação a resolução de conflitos não é eficiente, e neste cenário, torna-se evidente a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos, aptos a oferecer possibilidade de aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, cumprindo o objetivo da Constituição Federal, previsto no art. 5.º, XXXV, como forma de garantir a celeridade e efetividade ao direito pretendido pela parte. Outro fator, mais ainda relacionado com o Poder Judiciário, é o custo. O alto custo relacionado à prática da arbitragem também é fator que represa o uso desde método para a solução de conflitos e a preferência dos litigantes a jurisdição estatal.

Por fim, a nova legislação aqui tratada inovou ao trazer para o Direito Trabalho uma nova figura, o trabalhador hipersuficiente, mas mesmo com este avanço a lei se equivocou ao não trazer a conceituação objetiva deste novo tipo de empregado. Como mostramos a Lei é contraditória, no sentido de que traz em dois artigos diversos, o conceito do hipersuficiente de forma diversas.

O ponto é que o trabalhador hipersuficiente é muito mais complexo que a simples classificação monetária ou educação formal. Ao analisar a capacidade de negociação que o trabalhador tem junto ao seu empregador, deve também se levar em consideração o poder econômico do trabalhador frente ao empregador.

A subordinação, requisito essencial para a relação de trabalho, não se extingue com o fator econômico, nem mesmo de educação formal. Podemos inclusive considerar que parte importante da hipossuficiência trata da subordinação nesta relação.

Neste sentido é que defendemos que algumas espécies de contratos de trabalho ou de emprego em que o trabalhador tem mais autonomia podemos considerar a existência da hipossuficiência relativa, ou seja, a hipossuficiência.

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

A arbitragem, tal como já ocorre em inúmeros outros países, poderá trazer importantes contribuições à resolução de lides individuais trabalhistas, especialmente em casos que versem sobre matérias altamente especializadas, quando as partes poderão eleger árbitros que possuam elevado conhecimento técnico sobre determinada área do saber.

Concluimos que não há impedimento legal, mas apenas cultural e que apesar de tantos argumentos que tornam sólida e viável a utilização da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos em dissídios individuais trabalhistas, vemos que pelo aspecto cultural e econômico os advogados e o Poder Judiciário mostram-se relutantes na aplicação da arbitragem.

Os resultados obtidos apontaram na direção da possibilidade de aplicação da arbitragem nas relações de trabalho, sobretudo considerando-se a condição do trabalhador hipersuficiente, nos termos de inovação jurídica introduzida no bojo da CLT pela reforma trabalhista.

REFERÊNCIA

ALVIM, A. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ANTUNES, T. C.; OLIVEIRA, L.; FERRER, W. M. A reforma da legislação trabalhista brasileira e o mito da hipersuficiência do trabalhador em uma economia globalizada. **RJLB**, p. 2069-2088, 2019.

AZEVEDO, A. G. **Manual de mediação judicial**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BARBANTI JR, O. **Conflitos socioambientais: teorias e práticas**. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/dimensoes_socio_politicas/CONFLITOS%20SOCIOAMBIENTAIS%20-%20TEORIAS%20E%20PRATICAS.PDF. Acesso em: 18 fev. 2020.

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

BEZERRA, P. C. S. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIRNBAUM, P. **O conflito**. In: BOUSON, R. (org.) **Tratado de Sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 245-247.

BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2001.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. V. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BORDONE, R. C.; MOFFITT, M. L.; SANDER, F. E. A. **The next thirty years: directions and challenges in dispute resolution**. In: MOFFITT, M. L.; BORDONE, R. C. **The handbook of dispute resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

CÂMARA, A. F. **Arbitragem, Lei nº. 9.307/96**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, C. **Arbitragem e processo – um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, C. A. **Arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNELUTTI, F. **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Método, 2018.

CATENA, V. M. **La resolución jurídica de conflictos**. In: SOLETO, H.; MORALES, C. E.; LÓPEZ, R. C. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2017. p. 45-78.

CINTRA, A. D.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo, São Paulo, Brasil: Malheiros, 2014.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 22 de março de 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/6f5cd863e4fc7df2397866c692301712.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CONCILIACION y Arbitraje em los Conflictos de Trabajo: Estudio Comparativo. Primera edición, segunda impresión. Ginebra Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 1987.

CREMONESI, A. A cláusula compromissória de arbitragem no contrato individual de trabalho. **Revista Genesis**, n. 119, nov. 2002.

CUNHA, A. G. da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, J. A. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista de Direito Renovar**, v. 17, p. 1-24, 2000.

DELGADO, M. G. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

ENGELMANN, F. O espaço da arbitragem no Brasil: notáveis e experts em busca de reconhecimento. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, p. 155-176, nov. 2012.

ENTELMAN, R. R. **Teoria de conflictos: hacia um nuevo paradigma**, Barcelona Gedisa, 2002.

ETCHEVERRY, R. A. **El arbitraje internacional y su incidência en el comercio internacional**. In: PUCCI, A. N. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Ltr, 1998.

FERNANDES, J. R. A arbitragem em conflitos individuais trabalhistas: uma interpretação constitucional e lógico-sistemática do art. 507-A da CLT. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, p. 89-104, 2018.

FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2001.

FRANCO, M. **Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura**. In: LEMES, S. F.; CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

GAIO JÚNIOR, A. P. **Teoria da arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012.

GEMIGNANI, D.; GEMIGNANI, T. A arbitragem no direito trabalhista: um desafio a ser enfrentado. **Revista CEJ**, p. 7-17, mai-ago. 2018.

GRECO, L. Acesso à Justiça no Brasil. **Revista do Curso de Direito da UNIVALE Universidade do Vale do Rio Doce**, n. 1. Governador Valadares. UNIVALE, jan-jun. 98.

LEAL, J. da S.; FAGUNDES, L. M. Acesso à justiça: perspectivas críticas a partir da justiça comunitária andina. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 9, 2011.

LUCON, P. H. Dos S. **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MADEU, J. F. D. **Direito vivo – introdução ao estudo e à Teoria Geral do Direito**. São Paulo, São Paulo, Brasil: Saraiva, 2015.

MAIOR, J. L. S. Arbitragem e Direito do Trabalho. **LTR - Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**, São Paulo: LTr, ano 61, n. 02, fev. 1997, p. 61-02/155 a 61-02/156.

MALLET, E. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, n. 6, p. 847-901, 2018.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil – Teoria Geral do Processo Civil**. V. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEYER-PFLUG, S. R. **ÂNIMA - Revista eletrônica do Curso de Direito Opet**. 2019. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MORAES FILHO, E. de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: LTr, 1982.

MURADAS, D. **Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral**. In: MAIOR, J. L. S.; SEVERO, V. S. (Coord.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p.171-179.

NALINI, J. **O que pensar da justiça?** In: NALINI, J.; PIRES, L. F.; RODOVALHO, M. Ética para o juiz: um olhar externo. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 65-79.

NALINI, J. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NALINI, J. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACHECO, I. A. C. **Os direitos trabalhistas e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003.

PASSOS, C. **Teoria do conflito**. 2014. Disponível em: www.isaconsultoria.com.br/media_upload/Teoria%20do%20Conflito%20_%20Texto%20Cel ia%20Passos.5c7430ccc0610.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020.

PINHEIRO, A. C. A relação de cooperação e confronto entre Direito e Economia. **Conjur, Direito e Economia**, 22 de fevereiro de 2005. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2005-fev-22/relacao_cooperacao_confronto_entre_duas_ciencias?pagina=4. Acesso em: 18 fev. 2020.

PONIEMAN, A. **Qué hacer con los conflictos**: claves para comprenderlos, manejarlos. Buenos Aires: Losada, 2005.

PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTO, L. V. **A parassubordinação**: aparência X essência. Disponível em: http://216.252.1211.32/br.f434.mail.yahoo.com/ya/securedownload?mid+1_478. Acesso em: 29 nov. 2019.

RAGAZZI, J.; LASMAR, E. T. O instituto da arbitragem no novo Código de Processo Civil e em relação ao direito do consumidor. **Revista Jurídica Cesumar**, p. 487-502, 2016.

REALE, M. **Crise da justiça e arbitragem**. In: WALD, A. (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, ne 5, abr-jun. 2005.

RODRIGUEZ, A. P. **Princípios de direito do trabalho**: fac-similada. São Paulo: LTr, 2015.

ROJOT, J. **Negotiation**: from theory to practice. McMillan: New York, 1991.

ROMITA, A. S. **Subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SAMPAIO JR., J. H. O papel do juiz na tentativa de pacificação social – a importância das técnicas de conciliação e mediação. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, p. 105-142, 2012.

SANTANA, M. A. **Democratização da justiça e arbitragem em Espécie**. Belo Horizonte: Líder, 2009.

SCAVONE JR., L. A. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atual ed. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: Forense, 2018.

SERPA, M. de N. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, H. B. **Comentários à reforma trabalhista – análise da lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo, São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, O. P. E. O trabalho parassubordinado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, p. 195-203, jan. 2002.

SOUTO MAIOR, J. L. Reforma Trabalhista: juízo final? (11 de Jul. de 2017). Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/reforma-trabalhista-juizo-final>. Acesso em: 18 fev. 2020.

TEIXEIRA, M. O.; et al. (Org.) **Contribuição Crítica à reforma trabalhista**. Campinas, SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

THEODORO JR., H. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **RDC**, n. 2, nov-dez. 1999. Doutrina.

TRT 10ª R.; RO 00879-2005-007-10-85-5; Primeira Turma; Rel. Juiz Pedro Luís Vicentin Foltran; Julg. 21/11/2007; DJU 07/12/2007; Pág. 18.

TRT 8ª R.; DC 0000343-56.2017.5.08.0000; Rel. Des. Fed. Vicente José Malheiros da Fonseca; DEJTPA 29/09/2017; Pág. 1.

TRT 5ª R.; RecOrd 0001482-62.2013.5.05.0551; Ac. 206848/2014; Quinta Turma; Rel. Des. Paulino César Martins Ribeiro do Couto; DEJTBA 16/09/2014.

TRT 2ª R.; RO 0002493-45.2015.5.02.0065; Ac. 2017/0073968; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Ivani Contini Bramante; DJESP 24/02/2017.

TRT 2ª R.; RO 0000122-37.2011.5.02.0037; Ac. 2012/0723519; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Ricardo Artur Costa e Trigueiros; DJESP 06/07/2012.

TST; E-ED-RR: 259006720085030075, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 16/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.

TST; RR-131200-95.2009.5.04.0029, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 21/02/2014.

TST; RR- 576-04.2010.5.09.0022, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 13/09/2013.

TST; E-RR- 217400-10.2007.5.02.0069, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, SDI-1, DEJT 03/05/2013.

TST; AIRR 269-71.2011.5.18.0052; Segunda Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 29/06/2012; Pág. 596.

TST; RR - 104100-20.2007.5.02.0021 Data de Julgamento: 15/02/2012, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012.

TST; RR 13100-51.2005.5.20.0006; Segunda Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 14/10/2011; Pág. 205.

TST; E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT de 30/3/2010.

VALÉRIO, M. A. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social. **Revista de Direito Privado**, v. 69, set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.01.PDF. Acesso em: 18 fev. 2020.

WAMBIER, L. R. **Liminares**: alguns aspectos polêmicos. In: ALVIM, T. A. (org.), Repertório de jurisprudência e doutrina sobre siminares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WARAT, L. A. **O ofício do mediador II**: a escuta dos marginalizados. Surfando na pororoca, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, K. **A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses**. In: TOLEDO, A. S. P. de. Estudos avançados de mediação e arbitragem. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 1-5.

WATANABE, K. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2007.