

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**

Diego Vasconcelos Costa

**A Arbitragem no direito do trabalho e sua
possibilidade nos dissídios individuais.**

**Brasília – DF
2013**

Diego Vasconcelos Costa

**A Arbitragem no direito do trabalho e sua
possibilidade nos dissídios individuais.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF
2013

Diego Vasconcelos Costa

A Arbitragem no direito do trabalho e sua possibilidade nos dissídios individuais.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A arbitragem constitui um importante mecanismo de solução de litígios trabalhistas, que tem como pressuposto a apresentação da discussão para a análise e decisão de um terceiro, escolhido pelas partes litigantes, o árbitro. A aplicação deste mecanismo à parcela individual das relações decorrentes do contrato de trabalho é matéria amplamente controvertida, uma vez que neste ramo impera o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Assim, torna-se necessária a análise do instituto em face do texto Constitucional e legal, bem como a análise jurisprudencial quanto sua compatibilização com a sistemática trabalhista, sendo importante para tanto observar os pontos sustentadores das duas correntes.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito do Trabalho. Individual. Indisponibilidade. Compatibilidade.

ABSTRACT

Arbitration is an important mechanism for resolving labor disputes, which presuppose the presentation of the discussion and analysis for the decision of a third party chosen by the disputing parties, the arbitrator. The application of this mechanism to the individual parcel of relations arising from the employment contract is widely disputed matter, since this branch dominates the principle of unavailability of labor rights. Thus, it becomes necessary to analyze the institute in the face of the text Constitutional and legal and jurisprudential analysis as its compatibility with the systematic labor, it is important to observe both the supporters of the two currents points.

Key words: Arbitration. Labor Law. Individual. Unavailability. Compatibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. ARBITRAGEM.....	4
1.1. Conceito e Natureza Jurídica.....	4
1.2. Os Direitos Patrimoniais Disponíveis	6
1.3. Das Espécies de Convenção de Arbitragem	7
1.4. Da Execução da cláusula arbitral	9
2. ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO.....	11
2.1. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Coletivos	11
2.2. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Individuais	12
3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS	21
3.1. Da indisponibilidade dos direitos trabalhistas	21
3.2. Do momento da pactuação da arbitragem.....	28
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

A vida do homem enquanto parte de uma estrutura social sempre foi marcada por conflitos de diversas naturezas, conflitos esses ordinários no desenvolvimento da vida em comunidade. O mecanismo adotado para a resolução desses conflitos evolui ao mesmo passo das constantes variações e transformações sofridas pelo homem no seio de sua sociedade.

Os conflitos trabalhistas seguem a mesma sorte dos demais conflitos sociais no que tange à sua solução, possuindo algumas técnicas para uma composição adequada. Essas técnicas classificam-se em autodefesa, autocomposição e heterocomposição. Importante para a presente pesquisa, a heterocomposição é o modo de composição de litígios caracterizada pela existência de uma fonte superior em relação às partes, com poder decisório para impor sua decisão em caráter obrigatório¹.

No Brasil, a regra para a solução de litígios na seara trabalhista é sua apreciação pelo Estado, por meio do Poder Judiciário. Seguindo este modo de composição de conflitos, as discussões são postas perante o aparato Estatal, detentor do monopólio jurisdicional, para que este se posicione e utilize seu poder extroverso para impor à parte sucumbente a satisfação da tutela pretendida pela parte vencedora.

Pela primazia conferida ao judiciário trabalhista, tanto pela lei, quanto pela interpretação judicial desta, a tramitação dos processos segue um tortuoso e longo caminho, não obstante o primado pela celeridade. Desta forma, em função do acúmulo ocasionado pelo ajuizamento de milhares de demandas diárias, torna-se natural a queda na qualidade da prestação oferecida pelo Estado.

Neste contexto, a procura por soluções fora da justiça do trabalho surge como um dos possíveis recursos para tornar mais ágil o atendimento aos anseios das partes em um litígio relacionado à relação de trabalho.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito processual do trabalho. 23. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. P. 3.

Nessa tentativa, é possível buscar orientações no direito comparado, observando métodos aplicados com sucesso por outros países. Assim, chega-se à solução da arbitragem para a solução de conflitos de natureza trabalhista.

No tocante aos litígios coletivos, não há dúvida quanto à viabilidade deste modo de composição, uma vez que a própria Constituição Cidadã de 1988 contempla essa possibilidade, desde que de modo facultativo, nos termos do seu artigo 114, §§ 1º e 2º.

A grande celeuma que resta se refere à possibilidade de aplicação deste mecanismo para a composição de litígios laborais de índole individual. Destaca-se que, malgrado haja previsão quanto à possibilidade deste mecanismo para litígios coletivos, o legislador constitucional originário silenciou acerca dos conflitos individuais. No entanto, não se pode concluir que houve omissão do legislador, uma vez que se deve buscar interpretações tanto nos conteúdos quanto nos não-contenúdos constitucionais.

Em que pese esse dispositivo constitucional, a própria jurisprudência, em especial a emanada pelo colendo TST, encontra divergências. Conquanto possua direcionamento claro pela impossibilidade², possui decisões se posicionando pela compatibilidade da arbitragem nas relações singulares³.

Deste modo, o que se pretende é, por meio de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial, demonstrar a existência, ou não, de adequação do instituto como mecanismo de solução de litígios no tocante às relações individuais de trabalho.

Para tanta, este trabalho se embasará em intensa pesquisa bibliográfica, por meio de livros e artigos especializados, bem como na análise meticulosa da

²RR - 104100-20.2007.5.02.0021, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJ de 24/02/2012; RR - 556-10.2010.5.09.0411, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DJ de 15/06/2012; RR-217400-10.2007.5.02.0069, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DJ de 19/12/2011; AIRR-259700-12.2009.5.09.0654, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DJ de 16/12/2011; RR-13100-51.2005.5.20.0006, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DJ de 14/10/2011; E-RR-282000-61.2001.5.02.0033, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ de 10/03/2011; E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ de 19/03/2010; E-ED-RR - 79500-61.2006.5.05.0028, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 18/03/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 30/03/2010.

³ RR-1650/1999-003-15-00.3, juíza convocada Maria Doralice Novaes, 4ª Turma, DJ de 14/09/2005; AIRR 2.547/2002-077-02-40, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, DJ de 03/06/2006.

jurisprudência, em especial a encampada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Ademais, para subsidiar a conclusão a ser alcançada ao fim desta incursão, será realizada pesquisa documental, identificando e alimentando o presente trabalho com as leis relacionadas aos diversos temas discutidos.

1. ARBITRAGEM

1.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Como alternativa para o moroso sistema judicial brasileiro, foi editada a lei 9.307/96, popularmente conhecida como lei de arbitragem. A arbitragem é um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos que tem por característica a existência de um terceiro que opera como juiz privado, o árbitro, que atuará dizendo o direito nas causas levadas ao seu arbítrio.

Conforme dito, as partes esperam pela solução de seu litígio por um terceiro por elas escolhido, o árbitro. Este árbitro produzirá uma decisão que deverá ser cumprida obrigatoriamente pelas partes, independentemente de homologação judicial, sempre pautando sua atuação pela imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.⁴

Nos termos do artigo 1º do citado diploma, a arbitragem só pode ser utilizada por pessoas civilmente capazes para contratar, tendo seu objeto limitado a matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Deste modo, as pessoas físicas capazes, bem como as pessoas jurídicas possuem a faculdade de sua utilização.

Conforme lecionado por Ives Gandra da Silva Martins⁵, por meio da arbitragem se criou um processo mais ágil e flexível, adaptado às necessidades de cada caso, sem prejuízo de manutenção dos princípios básicos do contraditório e do direito à ampla defesa das partes.

Acerca deste tema, Carlos Alberto Carmona, deixa claro não se tratar a arbitragem de instituto novo. Este método de solução de conflitos já era utilizado para a solução de conflitos internos e para controvérsias entre cidades-estado da Babilônia, há cerca de 3.000 anos antes de Cristo.⁶

⁴ CARDOSO, Oscar Valente. Lei de Arbitragem: aspectos gerais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2452, 19 mar. 2010. Acesso em: 05/10/2012.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1186, 30 set. 2006. Acesso em: 12/10/2012.

⁶ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 38.

No Brasil, as primeiras previsões deste mecanismo encontram-se nas Ordenações do Reino de Portugal, do século XVII, sendo regulado o instituto nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.⁷

No tocante à natureza jurídica da arbitragem, há três teorias: contratualista, jurisdicional ou mista.

Para a primeira, a arbitragem nada mais seria do que a simples manifestação de vontade das partes, aceitando a solução do conflito por um terceiro. Essa teoria tem por fundamento o princípio da autonomia da vontade.⁸

A teoria jurisdicional aponta ser a atividade jurisdicional típica, no entanto, não exclusiva do Poder Judiciário. Segundo os defensores dessa teoria, o árbitro exerce verdadeira jurisdição estatal, razão por que o processo arbitral é de ordem pública, não sendo possível sua modificação por convenção das partes⁹. Dentre os que perfilham este entendimento, Carlos Alberto Carmona destaca:¹⁰

O artigo 32 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial.

Segundo este mesmo autor, o legislador optou por esta teoria, quando retirou a obrigatoriedade de homologação pelo judiciário das sentenças arbitrais¹¹.

Para a teoria mista, a mais moderna entre as citadas, a arbitragem possui natureza contratual, até o momento de elaboração da sentença arbitral. Após a sentença arbitral, a arbitragem tem natureza jurisdicional.¹²

Sérgio Pinto Martins defende a última teoria, afirmando que “a arbitragem tem natureza de justiça privada, pois o árbitro não é funcionário do Estado, nem está investido por este de jurisdição, como ocorre com o juiz”¹³. Segundo este autor, a

⁷ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 20.

⁸ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 33.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 74.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 38.

¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 48.

¹² PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 34.

¹³ MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 18 ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002. p. 86-87.

arbitragem envolve jurisdição contenciosa, uma vez que há partes, lide, contraditório e coisa julgada da decisão arbitral, mas também possui natureza contratual, posto haver ajuste de vontades entre as partes, entregando ao árbitro a solução do conflito.¹⁴

1.2. OS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

Conforme definido pela lei 9.307/96, podem ser matéria de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis. Em primeira síntese, deve-se observar que os direitos patrimoniais são aqueles que possuem expressão econômica, podendo seu titular utilizar, fruir, dispor e autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte. A doutrina majoritária define os direitos patrimoniais como o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente¹⁵.

Para Pablo Stolze¹⁶, a idéia de patrimônio não se confunde com o conjunto de bens corpóreos, mas sim com toda a gama de relações jurídicas, valoráveis economicamente, de uma pessoa, jurídica ou ideal.

De resto, para entender o que pode ser objeto da arbitragem, torna-se necessário visualizar aquilo que é vedado pela lei. Portanto, merecem destaque os direitos indisponíveis.

Direitos indisponíveis são aqueles irrenunciáveis, intransigíveis, imprescritíveis e com relação aos quais a revelia não se induz, nem a confissão produz efeito¹⁷.

Para Carlos Alberto Carmona, será disponível um direito quando:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 18 ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002. p. 86-87.

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2. ed. Campinas: Servanda. 2007. p. 210.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho. Novo curso de direito civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. P. 282. v. 1.

¹⁷ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 44.

negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Os direitos indisponíveis encontram-se dispersos por todo o ordenamento jurídico, estando alguns previstos no texto constitucional, devido ao grande relevo que possuem. No entanto, não há no ordenamento jurídico pátrio dispositivo enunciando de modo taxativo quais são os direitos indisponíveis, em que pese a preocupação do legislador em apontar rumos para sua identificação.¹⁸

Dentre estes direitos indisponíveis, merecem destaque os direitos relativos à personalidade. Nos dizeres Adriano De Cupis, esses direitos são atributos ou manifestações essenciais da personalidade ou sobre os modos de ser, físicos ou morais da pessoa, são os chamados direitos essenciais.¹⁹

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, os direitos indisponíveis são:²⁰

Os direitos concernentes às pessoas do Estado, conceitualmente direitos indisponíveis são aqueles cuja realização interessa à própria sobrevivência e manutenção da sociedade.

Trata-se dos chamados direitos da personalidade (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado, etc.). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não tem disponibilidade de seus próprios interesses.

Em remate, torna-se possível concluir que os direitos definidos por lei como indisponíveis não podem ser objeto de renúncia, tampouco de transação. Isso por ser de interesse de toda a sociedade que seus titulares não possam dispor livremente desses direitos.

Destarte, torna-se possível concluir que as matérias que podem ser objetos da arbitragem possuem espectro extremamente limitado, somente sendo possível sua utilização diante de um bem jurídico que não possua nenhuma limitação estabelecida em norma cogente.

1.3. DAS ESPÉCIES DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

¹⁸ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 41.

¹⁹ DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livr. Moraes, 1961. p. 17.

²⁰ CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32.

De acordo com a referida lei, o procedimento arbitral é instaurado após convenção das partes. Deste modo, resta transparente a essência deste instituto, calcado na autonomia da vontade das partes.

Trata-se, portanto, de instituto essencialmente facultativo, dependendo da declaração de vontade das partes. Deste modo, a convenção de arbitragem constante em contrato de adesão, que é aquele contrato no qual a parte apenas adere às estipulações impostas pela outra, é considerada nula, pois desrespeita a autonomia da vontade da parte aderente. Neste sentido, Alexandre Câmara destaca o seguinte:²¹

Vale lembrar, porém, que no contrato de adesão o aderente simplesmente se submete às cláusulas impostas pelo proponente, o que nos leva a crer que, em muitos casos, o contrato só será celebrado se o aderente assinar também o documento anexo que institui a cláusula compromissória (ou dê sua assinatura ou visto especialmente para a cláusula compromissória constante, em negrito, do instrumento do contrato). Será assim, fundamental que o judiciário coíba abusos, assegurando que só se submeterá à arbitragem aquele que livremente optou por esta forma de solução de seus conflitos.

Ademais, para que a declaração de vontade da parte seja considerada válida, é primordial a observância da legislação civilista brasileira, no concernente à capacidade das partes para a realização de negócios jurídicos em geral.

Essa convenção de arbitragem é levada a efeito por duas vias diversas. As partes poderão optar pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Acerca disso, importante destacar o disposto por Marcio Yoshida²²:

Com esteio na conjugação dos artigos 1º, 3º, 13 e 18 da lei 9.307/96 é possível definir a arbitragem como uma modalidade de solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, fixada através de cláusula compromissória e/ou compromisso arbitral, que submete a qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, a prerrogativa de proferir decisão não sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei nº 9.307/96. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 23.

²² YOSHIDA, Márcio. Arbitragem Trabalhista: um novo horizonte para a solução de conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006. p. 17.

Já na formação dos contratos as partes podem definir a arbitragem como mecanismo de solução de eventuais litígios decorrentes da relação ali pactuada. Neste caso, as partes estipularão a arbitragem por meio da cláusula compromissória. Resta claro, portanto, que tal cláusula é instituída em momento pretérito em relação ao litígio.

O compromisso arbitral é a forma de pactuação da arbitragem posterior ao surgimento do conflito. Neste caso as partes já se encontram em situação litigiosa e optam pela solução do conflito pela via arbitral, firmando tal convenção.

Nos dois casos, nos termos do artigo 267, VII do Código de Processo Civil brasileiro²³, a convenção de arbitragem serve de fundamento para a extinção de um eventual processo posto à análise do Poder Judiciário, sem resolução de mérito. Assim, conclui-se que a estipulação de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral configura óbice à análise do litígio pela via jurisdicional convencional.

1.4. DA EXECUÇÃO DA CLÁUSULA ARBITRAL

Uma vez preenchidos os requisitos constantes do artigo 10 da lei 9.307/96, podem as partes formalizar o contrato com a presença da cláusula arbitral. No entanto, após a pactuação da arbitragem, no momento do litígio é comum a ocorrência de resistência por alguma das partes na utilização da arbitragem.

Com o fim de evitar que esta resistência configure óbice ao objetivo maior visado por meio deste mecanismo de solução, a celeridade, é possível, por meio de requerimento ao judiciário, que se obrigue a instauração do procedimento arbitral. Isto pode ser depreendido da inteligência do artigo 7º da lei de arbitragem²⁴:

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

²³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Último acesso em fevereiro de 2013

²⁴ BRASIL. Lei nº 9.307/96, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Último acesso em fevereiro de 2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Deste modo, depois de convencionada a arbitragem, as partes encontram-se vinculadas à lei, que confere, conforme se observa do artigo citado, eficácia e legitimidade ao acordo arbitral estabelecido previamente.

2. ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

2.1. ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS TRABALHISTAS COLETIVOS

No que tange ao direito coletivo do trabalho, por expressa previsão constitucional, é possível a aplicação da arbitragem, sem qualquer óbice. Essa possibilidade pode ser compreendida por alguns motivos.

Em primeiro, não há, nesse caso, parte hipossuficiente compondo o litígio. O que há é de um lado a entidade patronal e do outro o sindicato da categoria econômica. Há, portanto, equilíbrio na relação processual.

Por outro ângulo, há, ainda, que se analisar que o prejuízo causado pela demora estatal em exercer sua função jurisdicional não atinge apenas uma pessoa, como em geral, nos dissídios individuais, com a ressalva das reclamações plúrimas. Há, pelo contrário, prejuízo a uma massa de trabalhadores, integrantes da entidade sindical envolvida no dissídio.²⁵

No entanto, em que pese haja previsão constitucional permitindo a utilização dessa ferramenta pelas entidades coletivas, a adesão deste mecanismo ainda não alcança índices satisfatórios. A esse respeito, Iara Pacheco afirma o que se segue²⁶:

Todavia, não obstante a autorização do artigo 114 da Constituição Federal, contida nos §§ 1º e 2º, facultando a utilização da arbitragem quando frustradas as negociações, ainda é pequeno o grau de adesão por parte das entidades sindicais, algumas, efetivamente por falta de representatividade e outras pelo descrédito na atuação dos árbitros ou no próprio instituto da arbitragem privada.

Deste modo, pode a arbitragem ser utilizada para resolver questões relativas a dissídios coletivos, tanto jurídicos, quanto econômicos. No entanto, esse mecanismo é preterido em face da solução pelo poder Judiciário. Esta preferência

²⁵ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 37.

²⁶ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 37.

se deve em grande monta, ao descrédito do qual goza o instituto e a atuação dos árbitros. Este descrédito, no entanto, parece injusto, tendo em vista tratar-se de um mecanismo efetivo e funcional, que não atinge amplo conhecimento, em função de que em grande parte dos casos, por não serem interesse público, os litígios levados à solução por meio da arbitragem recebem tratamento sigiloso.

No entanto, ponto importante é deixar clara a pacificidade inerente a este assunto. Não há grande divergência doutrinária ou jurisprudencial acerca da possibilidade desse mecanismo nesses litígios. Isso se deve, por óbvio, à previsão constitucional dada ao tema.

2.2. ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

No que tange aos direitos trabalhistas individuais, há grande celeuma jurisprudencial, mas principalmente doutrinária, quanto ao seu cabimento, ou não. Impende destacar, portanto, os argumentos perfilhados pelas duas correntes de entendimento, para, por fim, viabilizar uma conclusão lógica acerca do tema.

Inicialmente, há que se destacar que a corrente que entende pela possibilidade da arbitragem à solução de litígios trabalhistas de índole individual defende a indisponibilidade relativa dos direitos individuais do trabalhador. Isto, pois, conforme preleciona o artigo 1º da lei 9.307/96, visto em tópico anterior, só podem ser matéria de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis.

Neste contexto, entendem os defensores dessa hipótese, que há no universo de direitos individuais do trabalhador direitos patrimoniais disponíveis. Para confirmar tal tese, são citados como exemplos os direitos previstos nos incisos VI e XIV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988. Tais direitos são:²⁷

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, último acesso em 08/01/2013.

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Ademais, argumentam ainda, os defensores desta corrente de pensamento, que após a dissolução do pacto laboral, momento no qual entendem não mais existir desequilíbrio na relação empregador-empregado, deixam os direitos trabalhistas de gozar do atributo da irrenunciabilidade. Esta conclusão é alcançada sob o argumento de que não há mais a dependência jurídica e econômica do empregado em relação ao empregador, inexistindo, portanto, hipossuficiência de uma parte relativamente à outra²⁸.

Neste sentido, torna-se válido salientar o entendimento firmado pela 4ª turma do Colendo TST, consubstanciado em trecho de acórdão abaixo transcrito:²⁹

Ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que preveem expressamente sua disponibilidade, como v.g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7º da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos.

Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente sua vontade.

Após a dissolução do pacto, no entanto, não há de se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que o empregado não mais está dependente do empregador.

Ainda neste contexto, destaca-se o posicionamento de Iara Pacheco:³⁰

Efetivamente, a irrenunciabilidade não é absoluta no processo do trabalho: a uma porque nem todos os direitos trabalhistas tem origem em normas de ordem pública; a duas, porque existe na doutrina e na jurisprudência um tratamento diferenciado da irrenunciabilidade quanto ao momento do fato, se antes do contrato, durante este e no momento da rescisão ou após esta; a três, porque existem outros institutos acolhidos pelo direito do trabalho, como a conciliação (e consequente transação), que pode levar à renúncia parcial, bem

²⁸ RR-1650/1999-003-15-00.3, juíza convocada Maria Doralice Novaes, 4ª Turma, DJ de 14/09/2005.

²⁹ RR-1650/1999-003-15-00.3, Juíza convocada Maria Doralice Novaes, 4ª Turma, DJ de 14/09/2005.

³⁰ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 98.

como a prescrição e decadência, que podem acarretar a perda do direito de ação pela inércia do titular.

Deste modo, não há impedimento à utilização da arbitragem em matéria trabalhista relacionada aos dissídios individuais, uma vez que há, segundo estes doutrinadores e parcela minoritária da jurisprudência, dentre os direitos do trabalhador, alguns marcados pela indisponibilidade relativa.³¹

Deve se observar, contudo, que mesmo entre os defensores desta possibilidade, tal opção só seria possível se firmada por meio de compromisso arbitral. Para poder optar pela via da arbitragem para a solução do litígio trabalhista, o trabalhador não pode estar submetido à subordinação jurídica e econômica do empregador, motivo, portanto, por que se exclui a pactuação prévia por meio da cláusula compromissória.

Há, no entanto, a corrente que pugna pela incompatibilidade do instituto em análise com os direitos trabalhistas individuais. Vale destacar ser esta corrente a dominante entre doutrinadores e a jurisprudência do órgão jurisdicional superior em matéria trabalhista, o TST.

Segundo estes estudiosos, em que pese surja de maneira atraente a possibilidade do recurso da arbitragem para a solução de litígios trabalhistas de índole individual, não se considera aconselhável tal prática em atenção aos mais basilares princípios que instruem o direito trabalhista brasileiro.

O princípio protetivo, justificável em função do desequilíbrio intrínseco às relações de trabalho, é utilizado como argumento para a corrente que não aconselha a utilização da arbitragem. Neste contexto, destaca-se trecho extraído de decisão exarada pela 2ª Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, que tinha como relator o Ministro José Roberto Freire Pimenta³²:

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.

³¹ CARAJELES COV, Paula Corina Santone. Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2010. p. 87.

³² RR 294001120055010041 29400-11.2005.5.01.0041, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Julgado em 9/09/2012, DEJT 28/09/2012.

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.

Outro forte argumento perfilhado por essa corrente doutrinária e jurisprudencial remete mais um princípio, este de origem constitucional. Uma vez pactuada a arbitragem, conforme visto, quer pela via do compromisso, quer pela via da cláusula compromissária, as partes abrem mão de levar sua disputa à apreciação pelo judiciário. Deste modo, ao optar pela arbitragem, o trabalhador se veria impedido de receber a tutela jurisdicional pelo Estado, vindo ferido, deste modo, o princípio do amplo acesso ao judiciário.

Neste sentido, afirma o brilhante Ministro Maurício Godinho Delgado o que se segue³³:

Registre-se, também, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna. De fato, a Lei 9.307/96 parece querer conferir qualidade de coisa julgada material à decisão arbitral, mesmo em conflitos meramente interindividuais, excluindo, em consequência, da apreciação judicial lesão ou ameaça a direitos trabalhistas que poderiam estar nele embutidas.

Ainda que se considere superável tal dificuldade de compatibilização no âmbito do Direito Civil, Direito Comercial/Empresarial, Direito Internacional e outros seguimentos jurídicos - onde vigora, como critério geral, o princípio da autonomia da vontade - ela não parece passível de arredamento no campo justralhista, em que os princípios nucleares são de natureza e direção sumamente distintas.

Ressalte-se, a propósito, ser comum na cultura jurídica a existência de institutos modulares para certos campos normativos, embora incompatíveis com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho encontra-se a arbitragem.

Outro aspecto relevante acerca do tema, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas também é observada pelos defensores desta corrente. Há, no entanto, pouco enfrentamento acerca da relatividade ou não desta indisponibilidade. Na maioria das decisões, mesmo as emanadas pelo Colendo TST, os direitos do

³³AIRR-2-56.2010.5.02.0351, 3ª turma, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, Julgado em 29/10/2012, DEJT 31/10/2012.

trabalhador são vistos como indisponíveis, sem qualquer debate acerca disso. A exemplo disso, observa-se³⁴:

RECURSO DE REVISTA. 1. ARBITRAGEM. TRANSAÇÃO. ALCANCE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. Esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que a solução de conflitos oriundos da relação de trabalho efetivada no juízo arbitral não é compatível com o Direito Individual do Trabalho, considerando-se a significativa gama de direitos indisponíveis e irrenunciáveis e o desequilíbrio entre as partes decorrente da hipossuficiência típica da relação de emprego. Recurso de revista não conhecido.

JUÍZO ARBITRAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL. DESCABIMENTO. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, em que, como corolário da assimetria dos sujeitos envolvidos, o princípio tuitivo atua na criação de desigualdade jurídica compensatória, imantando os direitos decorrentes da relação de emprego com os atributos da irrenunciabilidade e da indisponibilidade, não se afigura viável a utilização de arbitragem, método de heterocomposição que, à luz do art. 1º da Lei 9.307/96, só pode ser utilizado -para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Revista conhecida e provida, no ponto.

O posicionamento pela inadmissibilidade da arbitragem é tema pacífico na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende das ementas colacionadas abaixo:

RECURSO DE REVISTA. 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

³⁴ TST-RR-33200-33.2009.5.05.0029, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT de 25.5.2012, e RR-223340-71.2001.5.05.0007, Ac. 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DEJT 11/9/2009.

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 provido". (TST-RR-13100-51.2005.5.20.0006, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT de 14.10.2011)

Neste julgado, o eminente ministro José Roberto Freire Pimenta assevera a importância do princípio protetor diante das relações individuais em direito do trabalho. Desta forma, tendo em vista a hipossuficiência do empregado diante da relação de emprego, não considera possível a arbitragem como mecanismo para solucionar o litígio.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 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. Agravo de instrumento

conhecido e desprovido". (TST-AIRR-58500-26.2009.5.15.0091, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 10.08.2012).

Neste outro Julgado, o Ministro Alberto Luiz Bresciani afirma os princípios relativos ao direito do trabalho, os quais segundo ele, inviabilizam a arbitragem dos dissídios individuais, lembrando, ainda o relator, que o próprio texto constitucional brasileiro preteriu às relações individuais de trabalho como objeto da arbitragem, dando margem, apenas à sua utilização em termos de direito coletivo do trabalho.

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. CLÁUSULA ARBITRAL - VALIDADE. A r. decisão turmária embargada conheceu do recurso de revista do reclamante por contrariedade à Súmula-TST-207 e ofensa ao art. 651 da CLT e devolveu os autos ao Juízo de primeiro grau para enfrentamento do mérito, tendo em vista a nulidade da cláusula arbitral que submete à legislação de estado estrangeiro a atividade do reclamante contratada e desenvolvida em território brasileiro. O recurso de embargos da reclamada, como aparelhado, não alcança conhecimento. De logo mostra-se incabível a alegada contrariedade à Súmula 221, II, do TST, haja vista a diretriz desta e. Subseção, no sentido de que não cabe recurso de embargos alicerçado em denúncia de contrariedade a Súmula de natureza processual, uma vez que, em face da nova redação do artigo 894, II, da CLT, a e. SDI passou a desempenhar função uniformizadora e não mais de revisão das decisões de Turmas. Já os arestos colacionados também não autorizam o conhecimento do recurso por divergência jurisprudencial, nos moldes da Súmula 296, I, do TST, na medida em que ou se limitam a esgrimir tese acerca da validade do juízo arbitral para a solução de conflitos trabalhistas ou sobre a inviabilidade do recurso de revista por interpretação razoável de lei, em face da Súmula 221 do TST, não atacando, em ambos os casos, o fundamento da v. decisão embargada, qual seja, a de ser inválida a arbitragem porque excludente da participação do Poder Judiciário Brasileiro, autorizando a solução da controvérsia pelo Estado e legislação estrangeiros, o que tipifica violação do art. 651 da CLT e contrariedade à Súmula 207 do TST. Por fim, a v. decisão embargada, ao concluir ser inválida a cláusula de arbitragem em acordo celebrado no Estado estrangeiro, decidiu em consonância com a Súmula 207 do TST. Recurso de embargos não conhecido" (E-RR-282000-61.2001.5.02.0033, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 10/03/2011).

Neste acórdão, da SBDI - 1 do TST, que teve como relator o Ministro Horácio Raymundo, o que se discutia era a possibilidade de arbitragem na qual a solução do litígio era alcançada por Estado estrangeiro, sem a aplicação da legislação brasileira. No entanto, tal medida foi contrariada de pronto pelo Ministro relator, ao argumento de que a cláusula

arbitral do acordo celebrado no estrangeiro era inválida, uma vez que excluiu a possibilidade de solução do conflito pelo Poder judiciário brasileiro.

ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO¹. 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 provimento" (E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 19/03/2010).

No acórdão exposto acima, também da SBDI – 1 do TST, relatado pelo Ministro João Batista Brito Pereira, além dos argumentos já analisados, como a impossibilidade de utilização da arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, o princípio protetivo, que visa equilibrar a relação labor-capital, se discutiu, ainda, a possibilidade de utilização do árbitro como substituto do sindicato do empregado na função de homologar a rescisão do contrato de trabalho. O relator considerou inválida a utilização da arbitragem com este fim, tendo em vista a inexistência de previsão legal para tanto.

RECURSO DE REVISTA. COISA JULGADA. INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COM O DIREITO DO TRABALHO. INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS E PRINCÍPIO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. 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 impossibilidade da manifestação volitiva plena, própria do processo arbitral. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a coisa julgada e determinar o retorno dos autos ao eg. TRT para o julgamento da pretensão, como entender de direito" (RR-225300-85.2003.5.05.0009, Ac. 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 15/5/2009).

Conforme visto, configuram óbice à utilização da arbitragem como mecanismo de solução de litígios individuais trabalhistas inúmeros princípios instruidores do direito do trabalho.

No entanto, em que pese os posicionamentos lançados acima, para atingir uma conclusão calcada em fundamentos sólidos, há que se observar a natureza jurídica dos direitos dos trabalhadores, mas não apenas isso, tal análise deve ser feita em paralelo com o momento no qual a opção pelo mecanismo de solução do litígio é levada a cabo.

3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

A lei 9.307/96, popularmente conhecida como lei da arbitragem, estabelece em seu artigo 1^a como condição de validade, que seu objeto se refira a direito patrimonial disponível. Deste modo, surge a controvérsia sob a qual se prolonga este trabalho, isto é, identificar a compatibilidade ou não do instituto da arbitragem como mecanismo de composição de litígios trabalhistas de natureza individual.

A questão em análise tem lugar uma vez que o direito do trabalho, em especial a legislação que disciplina tal matéria, estabelece inúmeras regras e princípios com o objetivo principal de resguardar o trabalhador, diante da superioridade econômica e jurídica da qual goza o empregador. Desta forma, tem-se que as normas relativas ao direito do trabalho, de modo genérico, possuem caráter essencial de matéria de ordem pública, portanto, com caráter indisponível³⁵.

Não obstante esta visão, ratificada por grande parcela da doutrina e da jurisprudência, permanece, tal tema, sendo objeto de grande celeuma, pois, embora não se duvide da natureza indisponível dos direitos decorrentes da relação laboral, em especial aos direitos de índole individual, ainda se discute acerca da relatividade desta indisponibilidade.

3.1. Da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Para uma parcela da doutrina e da jurisprudência, não são todos os direitos trabalhistas que possuem a natureza de ordem pública, motivo pelo qual, em relação a esses direitos torna-se possível vislumbrar a possibilidade de disposição por parte de seu detentor, o empregado.³⁶

Acerca disso, há autores, como é o caso do respeitado Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, que defendem a indisponibilidade dos direitos

³⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José de Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957. v.1 .p. 227-229.

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9^a ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 199.

trabalhistas, dividindo-os em direitos absolutamente indisponíveis e direitos relativamente indisponíveis.³⁷

O citado autor considera como direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis aqueles aos quais é atribuída tutela de interesse público, que traduzam ao trabalhador um patamar civilizatório mínimo. Além desses, Godinho considera, ainda, os direitos tutelados por normas de interesse abstrato da respectiva categoria, ou seja, aqueles que visam a proteção de toda uma classe de trabalhadores³⁸.

Por outro ângulo, há, nos dizeres do citado Ministro, os direitos trabalhistas cujo atributo da indisponibilidade é apenas relativo. Esses direitos são aqueles não caracterizados por um padrão civilizatório mínimo, que traduzam um interesse bilateral ou individual³⁹. Para Maurício Godinho, estes direitos podem ser objeto de transação ou renúncia, desde que não reste caracterizado prejuízo ao trabalhador, em face da previsão legal desta vedação, conforme se depreende da inteligência dos artigos 9º, 444 e 468, todos do texto consolidado, abaixo transcritos⁴⁰:

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

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

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

Assim, torna-se possível observar a existência de alguns meios de disponibilidade dos direitos trabalhistas, como a decadência e a prescrição; a

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 200.

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 217-218.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 218.

⁴⁰ BRASIL, Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Último acesso em fevereiro de 2013.

composição e a conciliação; e, ainda, a renúncia e a transação.⁴¹ Esses meios, no entanto, só podem ser utilizados pelo trabalhador em relação a uma esfera reduzida de direitos, que não sejam marcados por uma natureza de ordem pública, consubstanciando, assim, um último resquício da autonomia da vontade na seara trabalhista.⁴²

Há que se observar, no entanto, que esta exceção não exclui a regra, pelo contrário, apenas a confirma. Assim, a proteção aos direitos do trabalhador, lado reconhecidamente mais frágil na relação de trabalho, permanece como fundamento do direito do trabalho, motivo pelo qual, mesmo em se tratando da pequena gama de direitos que podem ser objeto de disposição pelo trabalhador, esta só será efetivamente possível quando não acarretar ao trabalhador prejuízo de qualquer natureza.⁴³

Conclui-se, portanto, que há, dentre a esfera de direitos dos trabalhadores, uma parcela marcada pela indisponibilidade relativa. Conforme observado, esses direitos são aqueles a respeito dos quais o Estado não criou reserva específica.

Deste modo, traçando o paralelo da disponibilidade de certos direitos dos trabalhadores com instituto da arbitragem, algumas observações devem ser feitas. A lei estabelece como objeto da arbitragem direitos patrimoniais disponíveis. Assim, para poder ser solucionada pela a arbitragem, a controvérsia deve se fundar em direito dotado de valor pecuniário, devendo, ainda, fazer parte da esfera de direitos disponíveis pela parte⁴⁴.

Por conseguinte, não parece forçoso o entendimento pela possibilidade de aplicação da arbitragem aos dissídios laborais de natureza individual. A esse respeito Carmona⁴⁵ se posiciona da seguinte forma: “parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição de juízo arbitral”. No entanto, tal aplicação, para ser possível, deve

⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 217.

⁴² GIGLIO, Vagner Drdla. A conciliação nos dissídios individuais do trabalho. São Paulo: LTr, 1982. p. 47.

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito processual do trabalho. 23. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008 p.578.

⁴⁴ FLENIK, Giordani. Arbitragem nos Litígios Trabalhistas Individuais. Florianópolis: Insular, 2009. p 56.

⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 59.

respeitar inúmeros critérios, como, por exemplo, não acarretar prejuízo ao trabalhador e dizer respeito a direito pertencente à parcela sob a qual o trabalhador pode dispor.

3.2. Das formas de disposição dos direitos trabalhistas

3.2.1. Renúncia

A renúncia, conceituada por Rodriguez como o ato jurídico que importa no direito potestativo de caráter secundário, que é unilateral e implica abandono, perda ou extinção de um direito, com natureza irrevogável, surge como um dos meios de disposição dos direitos trabalhistas.⁴⁶

Delgado a conceitua como um ato unilateral da parte, por meio do qual ela abre mão de um direito do qual é titular, sem, contudo, receber uma prestação correspondente pela parte que se beneficia da renúncia.⁴⁷

A utilização deste meio de renúncia pelo empregado em relação a seus direitos trabalhistas não é tema pacífico na doutrina e na jurisprudência, havendo posicionamento entendendo possível sua utilização diante de determinados direitos e em determinadas circunstâncias.

Para ser eficaz o ato de disposição, consubstanciado pela renúncia, certos requisitos devem ser respeitados. Alguns desses óbices merecem destaque, como a observância à natureza do direito renunciado, sendo nulos os atos que obstem a aplicação de um direito cogente, ou ainda, aqueles cuja alteração implique prejuízo ao trabalhador, ainda que indireto.⁴⁸

Outro impedimento diz respeito à capacidade da parte, capacidade esta requisito de qualquer negócio jurídico. A livre manifestação do empregado, também surge como óbice à eficácia da renúncia. Sempre que se observar a existência de

⁴⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios do Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 146.

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 200.

⁴⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José de Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, v.1. p. 235 – 236.

qualquer vício de consentimento por parte do empregado, a renúncia por ele exercida torna-se sem valor, isto é, inexistente, motivo pelo qual o ato de renúncia é formal, não podendo ser exercido de forma tácita, apenas expressa.⁴⁹

Acerca da aceitação deste modo de disposição de direitos na esfera trabalhista, a doutrina diverge em relação ao momento no qual ela ocorre. No entanto, há pacificidade no sentido de considerá-la impossível quando no início da relação laboral, no momento da pactuação do contrato de trabalho, bem como durante a vigência deste contrato, tendo em vista a inferioridade jurídica na qual se encontra o empregado.⁵⁰

Há, no entanto, entendimento pela flexibilização desta vedação durante a vigência do contrato de trabalho. Acerca disso, destaca-se o exposto por Márcio Yoshida⁵¹:

Não há falar-se que a inferioridade jurídica do empregado deixará de existir, mas devem ser sopesadas situações específicas de empregados com qualificação e especialização profissional diferenciadas, melhor discernimento intelectual, nível de escolaridade privilegiado e detentores de cargos estratégicos na hierarquia da empresa. A melhor sujeição dessa classe de trabalhadores às pressões econômicas pode retirar a presunção apriorística do vício da manifestação de vontade.

Já ao fim do contrato de trabalho, há parcela da doutrina que entende possível a renúncia de certos direitos, desde que observados os requisitos deste ato e desta disposição não surja para o trabalhador qualquer prejuízo, nos termos dos artigos 9º, 444 e 468 da CLT. Neste sentido, destaca Martins que a renúncia de direitos por parte do trabalhador diante do Juiz do trabalho é possível, uma vez que se afasta a existência de coação ou qualquer outro vício no consentimento.⁵²

A jurisprudência também já se manifestou neste sentido, valendo destacar o decidido pela 3ª turma do TST, decisão esta de lavra da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

⁴⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José de Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, v.1. p. 235 – 236.

⁵⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 78.

⁵¹ YOSHIDA, Márcio. Arbitragem Trabalhista- um novo horizonte para a solução de conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006. p. 85.

⁵² MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 78.

RECURSO DE REVISTA - FUNCIONÁRIO PÚBLICO OPTANTE PELO REGIME DA CLT - INCORPORAÇÃO À APOSENTADORIA DE VERBAS DE NATUREZA NÃO SALARIAL

1. Este Eg. Tribunal Superior possui entendimento pacífico, consagrado pela Súmula nº 243, no sentido de que, salvo previsão contratual ou legal expressa, - (...) a opção do funcionário público pelo regime trabalhista implica a renúncia dos direitos inerentes ao regime estatutário. (grifo nosso)

Não se pode entender, assim, que, por força de norma regulamentar que garantiu aos -empregados optantes- aposentados - reajustes salariais nas mesmas bases concedidas aos empregados ativos-, têm jus os Autores a todas as vantagens concedidas aos empregados da ativa.

Ao contrário, a disposição regulamentar que instituiu a paridade no reajuste dos salários de ativos e inativos não consubstancia nenhuma garantia de integração, aos proventos dos inativos, das vantagens de natureza não salarial porventura concedidas aos ativos.

Diante desse contexto, forçoso é reconhecer que os Reclamantes só têm direito à integração dos aumentos salariais stricto sensu.

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

(ED-RR - 644615-69.2000.5.02.5555. 3ª Turma. Recorrente: Nossa Caixa – Nosso Banco S.A. Recorrido: Firmino Algatti e outros. Relator (a): Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 03 de maio de 2006)

Deste modo, é possível observar que em regra a renúncia de direitos por parte do trabalhador é em regra vedada, prevalecendo o princípio da irrenunciabilidade, tendo em vista a hipossuficiência que goza o empregado em relação ao empregador. No entanto, em certos casos admite-se a mitigação deste princípio, desde que esta mitigação não implique prejuízo ao empregado, tampouco desrespeito a norma de ordem pública.

3.2.2. Transação

A transação, prevista nos artigos 840 a 850 do Código Civil brasileiro pode ser definida como o ato jurídico bilateral, que permite às partes extinguirem obrigações em litígio por meio de concessões recíprocas. Assim, para haver

transação é necessário que às partes em litígio haja vantagens e ônus ocasionados pela disposição mútua de direitos.⁵³

A aplicação deste mecanismo ao direito do trabalho enfrenta certas restrições, posto o caráter protetivo da legislação laboral, que colide com a premissa da autonomia da vontade, característica do Direito Civil.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a transação, assim como a renúncia, está sujeita aos diversos requisitos de validade, comuns aos negócios jurídicos. Deste modo, também não podem ser objeto de transação os direitos que não possuam entre suas características a disponibilidade absoluta.⁵⁴

No que tange aos direitos do trabalho, a transação encontra limites no próprio texto da Consolidação das Leis do Trabalho. Conforme se depreende da leitura dos artigos 9º e 468, já citados nesta pesquisa, são nulas as alterações contratuais que tragam prejuízos ao trabalhador ou contrariem as disposições do texto consolidado.⁵⁵

Neste sentido, cumpre salientar o disposto por Ricardo Resende⁵⁶:

Quanto à transação, somente será admitida, em regra, quanto aos direitos de ordem privada (previstos em cláusula contratual ou regulamento empresarial), e ainda assim se não causar prejuízo ao trabalhador, salvo quando a própria lei autorizar a transação. Também é importante ressaltar que só se pode admitir a transação de direitos duvidosos, e nunca de direito líquido e certo, pois neste caso não haveria qualquer concessão por parte do empregador, mas sim renúncia pelo empregado.

Quanto ao momento da transação, a doutrina segue a mesma orientação adotada no caso da renúncia, entendendo impossível o exercício de tal faculdade pelo empregado antes e excepcional durante a vigência do contrato de trabalho. Acerca disso, vale salientar o defendido por Yoshida⁵⁷, que afirma ser a transação repelida pela doutrina e pela jurisprudência, quando exercida antes da formalização

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4. p. 308.

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 203 – 204.

⁵⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre, Síntese, ano VIII, nº. 101, novembro de 1997. p. 15-16.

⁵⁶ RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho esquematizado. 2ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2012. p. 35.

⁵⁷ YOSHIDA, Márcio. Arbitragem Trabalhista- um novo horizonte para a solução de conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006. p. 92.

contratual da relação laborativa, assim como no momento da assinatura de tal pacto, posto ser presumida a existência de vício de consentimento por parte do empregado, neste momento da relação.

Quanto ao exercício da transação por parte do trabalhador após o término da relação de trabalho, Yoshida⁵⁸ afirma que a transação de direitos pertencentes ao patrimônio jurídico do empregado poderá ocorrer, como regra, após a verificação de seu término. O autor acredita que não há como sustentar o caráter indisponível de direitos trabalhistas relativos a pactos laborativos já extintos, uma vez que ao empregado não resta qualquer receio de que o empregado seja coagido a aceitar a imposição de seu antigo empregador, uma vez que a relação de trabalho não mais existe.

Deste modo, torna-se sensível a possibilidade desses modos de disposição de certos direitos trabalhistas, por parte do empregado, segundo entendimento doutrinário, desde que respeitados certos requisitos, tais como o momento de sua realização e a natureza do direito, seu objeto.

3.3. Do momento da pactuação da arbitragem

Partindo dos pressupostos por ora analisados, pode-se concluir haver compatibilidade entre o instituto da arbitragem e os dissídios individuais trabalhistas. Para tanto, contudo, deve-se observar a natureza do direito controvertido. Isso se deve ao fato de a lei de arbitragem ter criado óbice, estabelecendo só ser possível sua utilização diante de direitos patrimoniais disponíveis.

Neste contexto, conforme salienta boa parcela da doutrina, além da jurisprudência minoritária do TST, o direito controvertido deve fazer parte do grupo seletivo de direitos dos trabalhadores que não possuem natureza de ordem pública.

⁵⁸ YOSHIDA, Márcio. Arbitragem Trabalhista- um novo horizonte para a solução de conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006. p. 92.

Deste modo, a disposição do direito pelo trabalhador não pode ferir o patamar civilizatório mínimo exposto por Godinho⁵⁹, entendendo estes direitos como sendo aqueles previstos na Constituição, nas leis e nas normas regulamentares expedidas pelo Poder Executivo visando a garantia da saúde do trabalhador, bem como às normas internacionais que tutelam as relações trabalhistas.⁶⁰

Uma vez consolidado este entendimento, para afirmar ser possível a aplicação da arbitragem ao caso concreto, há outro ponto que deve ser analisado. Para ser possível a convenção da arbitragem, o momento no qual esta ocorreu, antes, durante ou ao fim da relação laboral, se mostra de extrema relevância. Esta análise se mostra devida, levando-se em conta o fator primordial para o qual as leis trabalhistas foram criadas, isto é, a proteção da parte hipossuficiente da relação.

Conforme visto, há dois modos de convenção, a cláusula compromissória, que ocorre de modo preventivo em relação à controvérsia, e o compromisso arbitral, este firmado após a existência de lide. Na relação de trabalho, contudo esta convenção pode ocorrer em três momentos: antes, durante e após o contrato.

Quando a convenção pela arbitragem for prévia, isto é, quando for pactuada por meio de cláusula compromissória no contrato de trabalho, não será admitida. Esta vedação se deve à atenção dada pela legislação à proteção do trabalhador, então parte hipossuficiente na relação. Neste momento o empregado se apresenta em claro estado de inferioridade em relação ao empregador. Deste modo, é possível encontrar semelhanças entre o contrato de trabalho e um contrato de adesão, comum no direito civil. A esse respeito, Scavone Jr.⁶¹ afirma: “De fato, no momento da contratação o empregado está em situação de vulnerabilidade, pelo menos é o que se presume”.

No mesmo sentido se posiciona Amaury Mascaro Nascimento, considerando que se a inserção de cláusula compromissória fosse possível, nenhum empregado seria admitido sem antes renunciar à possibilidade de buscar a atividade jurisdicional do estado para tutelar seus direitos materiais eventualmente lesados,

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 217-218.

⁶⁰ CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. Niterói. Impetus, 2007. p 227.

⁶¹ SCAVONE JR., Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 40.

pois neste momento, em regra, o trabalhador se encontra em situação de inferioridade, se submetendo a qualquer condição imposta pelo empregador⁶².

Assim, conclui-se que a convenção pela arbitragem não pode ocorrer nas relações de trabalho individuais por meio de cláusula compromissória, pois a presença de tal cláusula ao contrato de trabalho, por si só é capaz de caracterizar vício de vontade por parte do trabalhador, parte incontestavelmente hipossuficiente neste momento da relação.⁶³

Outro momento no qual a convenção de arbitragem não parece conveniente é durante a vigência do contrato de trabalho. Neste momento, o empregado se encontra em mais clara situação de hipossuficiência, uma vez que se submete economicamente ao empregador. Deste modo, Levando-se em conta a patente situação de vulnerabilidade na qual o trabalhador se encontra, submisso jurídica e economicamente ao seu empregador, não há como vislumbrar a possibilidade de pactuação da arbitragem neste momento do contrato de trabalho.

Há que se frisar, no entanto, que tal posicionamento encontra divergência doutrinária. Carmona⁶⁴ entende ser possível a prevalência da autonomia da vontade mesmo na vigência do contrato de trabalho. No entanto, tal posicionamento não representa o pensamento da doutrina dominante. Deste modo, como forma de proteção ao trabalhador, não se aceita a pactuação pela arbitragem na vigência do contrato de trabalho.

Por fim, mas não menos controvertida, surge a possibilidade de convenção arbitral com a cessação do contrato de trabalho. Autores como Carmona⁶⁵ e Scavone Jr.⁶⁶, entendem não haver razão para restringir sua utilização, uma vez que as controvérsias, neste momento, estariam ligadas de modo exclusivo às verbas indenizatórias, possuindo, portanto, natureza meramente indenizatória.

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito processual do trabalho. 23. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 579.

⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito processual do trabalho. 23. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 579.

⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. P. 60.

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 60.

⁶⁶ SCAVONE JR., Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.39.

Deste modo, os direitos controvertidos passariam a ser patrimoniais e disponíveis, admitindo sua composição pela via arbitral.⁶⁷

Em que pese o posicionamento firmado acima, tal matéria não busca tão simples solução. Conforme preleciona Nascimento, os créditos trabalhistas resultantes da dissolução do pacto laborativo não possuem natureza única. Segundo o autor, os direitos decorrentes da cessação do contrato de trabalho podem possuir dupla natureza: salarial e indenizatória. Com relação aos direitos com natureza salarial, Nascimento defende a irrenunciabilidade e a impossibilidade de sua livre disposição. Para o autor, esses créditos trabalhistas são personalíssimos, não admitindo, portanto, qualquer forma de cessão⁶⁸.

Deste modo, para entender possível a convenção pela arbitragem como mecanismo de composição dos litígios trabalhistas de natureza individual, deve ser observado, inicialmente em que momento se pactuou pelo seu uso. Cabe ressaltar, que em face do princípio protetor, a convenção arbitral não pode se dar em momento no qual a parte se encontre em situação de hipossuficiência em relação ao empregador. Essa vedação se deve à presunção de vício no consentimento do trabalhador.

Posteriormente à cessação do contrato de trabalho, é possível a utilização da arbitragem para a solução de eventuais controvérsias decorrentes daquela relação. No entanto, a natureza das verbas controvertidas deve ser analisada. Apenas os direitos com expressão patrimonial que possuam natureza indenizatória podem ser objeto da arbitragem, estando respeitada, assim, a imposição prevista na lei 9.307/96.

⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 60.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito processual do trabalho. 23. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 580.

CONCLUSÃO

Em decorrência do alto número de conflitos advindos das relações do trabalho levados à apreciação da Justiça laboral, os tribunais especializados nessa matéria encontram-se abarrotados de processos, motivo pelo qual o atendimento ao primado da celeridade, torna-se, por vezes, inalcançável.

Como alternativa para solucionar tal problema, a utilização da arbitragem, surge de modo tentador a parcela da doutrina e da jurisprudência dos tribunais trabalhistas brasileiros.

Este mecanismo heterocompositivo de solução de litígios, muito utilizado para uma rápida solução de conflitos cíveis, é dotado de plena aplicabilidade na seara do direito trabalhista. Tal possibilidade encontra-se pacificada, não sendo, ao menos, citada como controvertida pela maioria da doutrina processual trabalhista. No entanto, sua aplicação é pacífica, apenas, em relação aos litígios coletivos em matéria trabalhista.

Esta possibilidade é incontroversa, tendo em vista a previsão constitucional dada à matéria no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, que prevê em seus parágrafos 1º e 2º, que sempre que frustrada a negociação coletiva, será facultado às partes optar pelo meio arbitral. Porquanto nos litígios coletivos não há uma parte hipossuficiente, em estado de inferioridade jurídica ou econômica em relação à outra, o Estado pode atuar de modo negativo, sem intervir na relação para tentar equiparar as partes.

Em que pese essa pacificidade, nas relações laborais de caráter individual, tal matéria é objeto de grande celeuma, tendo em vista o imperativo maior, ensejador, inclusive, do surgimento e evolução das leis trabalhistas, qual seja, o princípio da proteção ao trabalhador. Este princípio visa proteger o empregado, inclusive de seus atos, motivo pelo qual a doutrina entende pela irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Ocorre, no entanto, que este último princípio passa a ser questionado por parcela da doutrina e da jurisprudência dos diversos órgãos do judiciário trabalhista brasileiro.

Acerca da indisponibilidade dos direitos decorrentes da relação de trabalho, a doutrina e jurisprudência clássicas não discutiam, apenas defendiam sua

natureza absoluta, sem qualquer aprofundamento. No entanto, modernamente, o tema tem sido objeto de acalorados debates jurídicos. Antigamente, os direitos trabalhistas não podiam ser passíveis de renúncia ou transação. Tal afirmação implicava afirmar que os direitos assegurados aos empregados não podiam sofrer qualquer ato de disposição pelo seu titular, porquanto decorriam diretamente de normas de ordem pública de caráter cogente.

No entanto, após análise de doutrinas e jurisprudências mais modernas, tornou-se visível a possibilidade de disposição pelo empregado, de certos direitos que compõem seu patrimônio, tendo em vista que nem todos os seus direitos decorrem diretamente de normas dotadas de tal caráter. Conforme visto, alguns direitos trabalhistas, em especial aqueles advindos da extinção do contrato de trabalho, possuem natureza predominantemente patrimonial, podendo, portanto, ser objetos de disposição pelo seu titular.

Outra análise importante diz respeito à natureza das parcelas, pois, conquanto após a relação trabalhista reste clara a natureza patrimonial das obrigações, há entre elas algumas dotadas de natureza alimentar, motivo pelo qual persistem infectadas pela característica da indisponibilidade.

Outro ponto que contribui para a falta de pacificidade acerca do tema é a aparente omissão do legislador constituinte, ao prever apenas a possibilidade de aplicação da arbitragem para solucionar controvérsias coletivas em matéria de direito do trabalho. No entanto, esta simples omissão constitucional não possui força suficiente para por fim ao debate.

Ademais, os opositores à utilização deste mecanismo para a solução de litígios laborais, agarram-se à doutrina mais clássica, que defende pela indisponibilidade dos direitos trabalhistas, para, aliado ao artigo 1º da lei de arbitragem, entender incompatível este instituto com as normas relativas às relações individuais de trabalho.

Entretanto, após a análise exaustiva do tema nas diversas fontes de pesquisa adotadas nesta pesquisa, entendeu-se pela indisponibilidade dos direitos trabalhistas, como defende a maior doutrina. Contudo, tal indisponibilidade surge apenas como regra, possível, portanto de relativização, desde que respeitados certos requisitos.

A análise dos fatores que podem tornar um determinado direito decorrente da relação do trabalho como excepcionalmente disponível, deve levar em

consideração diversos aspectos inerentes a cada caso, tendo em vista a situação concreta em questão.

A conclusão pela existência, ainda que como exceção, de direitos laborativos disponíveis, possibilita a discussão acerca da possibilidade da arbitragem em relação aos dissídios individuais trabalhistas.

A defesa desta possibilidade não decorre da simples ineficiência pela qual passa a justiça do trabalho em decorrência do excessivo número de processos levados à discussão perante seus diversos órgãos. Trata-se, pois, de uma situação mais complexa, que deriva, em princípio, da interpretação das diversas normas que tratam da matéria.

Ademais, mesmo que a discussão não se centralize na deficiência Estatal em dar uma rápida solução aos litígios trabalhistas, tendo em vista sua incapacidade orgânica, não há como se desprezar tal situação, e a possibilidade de melhoria de todo o aparelho, pela adoção de tal possibilidade, que surgiria como mais um instrumento de desafogo do Judiciário trabalhista.

Em que pese o benefício que sua aplicabilidade traria ao processo do trabalho, há que se destacar as circunstâncias que tirariam do direito trabalhista a natureza de indisponibilidade, tornando-o possível objeto da arbitragem.

Importante, para tanto, é a observação o momento da pactuação pela utilização da arbitragem. Como visto, ela pode ser pactuada por meio de cláusula compromissória, no contrato de trabalho do empregado, ou por meio do compromisso arbitral, este firmado pelas partes após o surgimento do litígio.

O primeiro caso, isto é, a celebração da arbitragem por meio de cláusula contratual, não pode ser aceito, uma vez que resta clara a situação de hipossuficiência na qual se encontra o empregado, neste momento. Da mesma forma, o compromisso arbitral firmado após a celebração do contrato, mas durante a vigência do mesmo não pode ter valor, posto que a vontade declarada pelo trabalhador, neste momento, presume-se eivada de vício de consentimento.

No entanto após a extinção da relação laboral, torna-se possível vislumbrar a equiparação de forças entre os eventuais litigantes. Neste momento, a relação que há se dá entre empregado e ex-empregador, motivo pelo qual, entendeu-se possível a disposição e, portanto, a utilização da arbitragem para a composição de eventuais litígios decorrentes de divergências acerca dos direitos decorrentes da relação laboral anterior.

Não obstante o entendimento alcançado, há que se reconhecer que tal instrumento não pode ser utilizado de maneira arbitrária e irrestrita. Para sua utilização, maiores garantias devem ser conferidas ao empregado, de modo que seja assegurado o respeito às suas garantias legais, tal como a vedação a prejuízo decorrente desta prática.

Destarte, conclui-se pela possibilidade de aplicação da arbitragem como mecanismo de solução de litígios de natureza trabalhista, tendo como presunção, para tanto, o respeito a todos os direitos e garantias assegurados ao trabalhador pela lei, bem como os princípios orientadores da disciplina do direito do trabalho.

Tal conclusão tem como pressuposto o entendimento elencado pela parcela da doutrina e da jurisprudência que, embora minoritária, possui visão mais moderna diante das necessidades pelas quais transitam as partes nos dissídios trabalhistas. Assim, considera-se a natureza indisponível dos direitos trabalhistas como regra geral, que abarca a maioria esmagadora dos direitos decorrentes das relações de trabalho. No entanto, defende-se pela mitigação desta indisponibilidade nos casos expostos, tendo em vista, não apenas a ausência de vedação legal expressa, mas, ainda a interpretação dos diversos dispositivos legais acerca do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre, Síntese, ano VIII, nº. 101, novembro de 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2. ed. Campinas: Servanda. 2007
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei nº 9.307/96. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CARAJELESOV, Paula Corina Santone. Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2010.
- CARDOSO, Oscar Valente. Lei de Arbitragem: aspectos gerais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2452, 19 mar. 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.
- CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. Niterói. Impetus, 2007.
- CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2010.
- DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livr. Moraes, 1961.
- FLENIK, Giordani. Arbitragem nos Litígios Trabalhistas Individuais. Florianópolis: Insular, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho. Novo curso de direito civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.
- GIGLIO, Vagner Drdla. A conciliação nos dissídios individuais do trabalho. São Paulo: LTr, 1982.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1186, 30 set. 2006.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito processual do trabalho. 23. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003.

RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho esquematizado. 2ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios do Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2008.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José de Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

YOSHIDA, Márcio. Arbitragem Trabalhista: um novo horizonte para a solução de conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006.