

A (IM)POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Antonio Jorge Pereira Júnior

Miguel Arcanjo Serra

Resumo: O presente artigo trata da (im) possibilidade da arbitragem em face de conflitos que envolvem direitos trabalhistas em dissídios individuais, segundo a legislação brasileira. Consideram-se, para tanto, a legislação pátria, julgados correlatos, doutrina e pesquisas sobre o assunto. A conclusão é que, de rigor, não há incompatibilidade sistêmica para sua prática, pelas razões expressas. A pesquisa é de caráter bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Trabalhista. Dissídios Individuais. Direitos Trabalhistas Indisponíveis.

SUMÁRIO

1. Introdução 2. A disponibilidade condicionada dos direitos trabalhistas 3. A aplicabilidade do procedimento arbitral aos dissídios individuais de trabalho 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da (im) possibilidade da arbitragem em face de conflitos a envolver direitos trabalhistas em dissídios individuais, segundo a legislação atual brasileira. Consideram-se, para tanto, a legislação pátria, julgados correlatos, doutrina e pesquisas sobre o assunto.

A dificuldade da conciliação do procedimento arbitral com os dissídios individuais de trabalho subjaz em que a Lei de Arbitragem¹ restringe o procedimento somente aos direitos patrimoniais disponíveis. Havendo uma impressão genérica, no entanto, de que os direitos trabalhistas sejam direitos patrimoniais indisponíveis, eles não estariam sujeitos ao procedimento.

De outra ponta, a arbitragem é prevista na

1 Lei nº. 9.307 de 1996.



Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Advogado e Árbitro.



Miguel Arcanjo Serra

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

Constituição Federal como um procedimento obrigatoriamente prévio à judicialização dos dissídios coletivos, e os sindicatos estão legalmente capacitados a transacionar e a dispor sobre os direitos de seus sindicalizados. Qual é o fundamento da ruptura entre o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho de modo que a um se permita certa liberdade e a outro se imponham como que freios?

O artigo identifica o fundamento desta divisão no elemento jurídico da paridade de armas que, num dado negócio jurídico, garante a manifestação de vontade livre, isenta de coação ou de pressão. É a presença pressuposta deste elemento que, numa situação e noutra, permite ou proíbe a transação de direitos. Sem vontade livre, os direitos não podem ser transacionados. A transação pressupõe a liberdade, para que a vontade seja manifestada validamente. Uma transação coagida, ou com elementos de pressão sobre uma das partes, está carregada de elementos de extorsão. Tanto mais livre é a vontade de todas as partes envolvidas, mais válida é a manifestação das vontades, e mais disponível é um dado direito.

A questão seguinte se apresenta: o procedimento arbitral nos dissídios individuais porta a paridade de armas negocial que garante a disponibilidade dos direitos trabalhistas? Se porta, é concebível a utilização da arbitragem nos dissídios individuais. Se não porta, a arbitragem, conforme o estado atual da legislação e da jurisprudência trabalhista, não é conciliável com o Direito Individual do Trabalho.

2. A DISPONIBILIDADE CONDICIONADA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Tem-se a irrenunciabilidade como um dos princípios fundamentais do Direito

do Trabalho, que seria construído sobre um conjunto de normas de ordem pública, dotadas de indisponibilidade². Nesse contexto se insere o entendimento de que a arbitragem, quanto ao Direito do Trabalho, seria aplicável apenas no âmbito coletivo, restando proibida nas relações individuais de emprego. Nos tópicos que se seguem, busca-se argumentar acerca da possibilidade de vislumbrar o uso da arbitragem para além dessa concepção restritiva, a partir do próprio sistema trabalhista.

2.1 A relativa indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Dado que a arbitragem só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis e dado que a Constituição Federal estabelece a arbitragem como via obrigatória anterior à Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos coletivos³, segue que os direitos trabalhistas são disponíveis relativamente à negociação. O silogismo jurídico feito acima (da premissa maior – Constituição – e da premissa menor – lei de arbitragem) indica desde já a necessidade lógica de que os direitos trabalhistas não sejam intrinsecamente indisponíveis, mas só condicionadamente indisponíveis, havendo

2 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 98-100.

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

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

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

como que freios para proteger o trabalhador na escala individual.

Uma vez superada esta condição – a saber, o desequilíbrio de força negocial entre empregador e empregado individual –, a lógica do Direito do Trabalho leva a crer que os direitos passam a ser disponíveis, renunciáveis e, sobretudo, transacionáveis, quando existe uma paridade na negociação entre as partes. Também a experiência da prática forense confirma tal alegação lógica, constatação feita a partir da média cada vez mais crescente dos acordos judiciais firmados⁴.

Outro forte indício lógico-jurídico que aponta para a disponibilidade condicionada dos direitos trabalhistas é o da prescrição e da decadência. Isto se dá porque estes direitos supostamente irrenunciáveis podem ser renunciados pelo empregado desde que ele escolha deixar transcorrer o tempo da prescrição quinquenal⁵, não podendo ser posteriormente arguidos em juízo⁶. O mesmo

4 Metas da Justiça do Trabalho: confira-se o desempenho do TRT-RS no primeiro semestre de 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1183306>. Acesso em 4 de janeiro de 2016.

5 Súmula nº 308 do TST - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988.

6 Maurício Godinho Delgado, 2012, p. 207: “Entretanto, não é todo tipo de supressão de direitos trabalhistas que o ramo juslaborativo inibe. O despojamento restringido pela legislação centra-se fundamentalmente naquele derivado do exercício expresso ou tácito da vontade pelo titular do direito

ocorre com direitos tidos por intocáveis, como o da estabilidade laboral da gestante, cuja renúncia pode ser praticada pelo pedido de demissão, o que é amplamente aceito pelos tribunais do trabalho⁷.

Noutra instância, o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a possibilidade de disponibilidade dos direitos trabalhistas em negociação coletiva, de onde se extrai o excerto do voto do Min. Relator Roberto Barroso em 30/04/2015⁸. O voto explora ainda outro critério

.....
trabalhista (através da renúncia ou da transação, por exemplo). O Direito do Trabalho não impede, porém, a supressão de direitos trabalhistas em face do exercício, pelo devedor trabalhista, de prerrogativa legal (como a arguição de prescrição) ou em face do não exercício, pelo credor trabalhista, de prerrogativa legal ou convencional (como no caso da decadência). Prescrição e decadência geram, pois, supressão de direitos laborais, sem afronta ao princípio básico da indisponibilidade que caracteriza o Direito Individual do Trabalho”.

7 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. RENÚNCIA. Tratando-se de período contratual inferior a um ano, incumbe ao trabalhador o ônus da prova acerca do vício de vontade na prática do ato jurídico de denúncia do contrato de emprego, não havendo que se falar em garantia de emprego, diante do ato de renúncia à estabilidade.

(TRT-1 - RO: 00109943520135010081 RJ, Relator: MARIA APARECIDA COUTINHO MAGALHAES, Data de Julgamento: 18/08/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 03/09/2015)

8 25. Por fim, de acordo com o **princípio da adequação setorial negociada**, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justabalhistas de *indisponibilidade absoluta* (grifo nosso: se há “indisponibilidade absoluta”, logo, haveria “indisponibilidade relativa”) Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação

para a aferição da disponibilidade relativa dos direitos trabalhistas, pondo em sujeição às negociações coletivas todos aqueles direitos que não constituírem um “patamar civilizatório mínimo”. Sinteticamente, o julgado estabelece que há direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis e direitos trabalhistas relativamente indisponíveis, os quais podem ser dispostos em negociação coletiva.

Também a doutrina justralhista⁹ reconhece a indisponibilidade relativa dos direitos trabalhistas a partir do exame da própria prática jurídica. Todos esses elementos indicam a mesma conclusão: a de que a disponibilidade dos direitos trabalhistas está vinculada à possibilidade da livre manifestação de vontade, a qual, por sua vez, está condicionada à igualdade negocial entre empregador e empregado.

2.2 A condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas e a divisão do Direito do Trabalho

A divisão do Direito do Trabalho em seus dois grandes ramos é fruto da natureza

coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas (STF, RE n.º 590415/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30/04/2015)

9 Primeira [questão], a indisponibilidade de direitos trabalhistas, o que quer dizer que, se o trabalhador não pode dispor, por sua vontade, de alguns dos seus direitos, por consequência esses direitos não poderiam ser conciliáveis, porque nesse caso estaria ocorrendo a violação do princípio da indisponibilidade. A delicada questão leva o intérprete, de início, a dizer o que são e quais são os direitos indisponíveis. Não há avanços substanciais da doutrina. Limita-se a dizer que indisponíveis são os direitos que não podem ser alienados pelo trabalhador, mas não tem maior acolhida a tese de que todos os direitos trabalhistas são indisponíveis, uma vez que são habituais as situações nas quais muitos direitos trabalhistas são transacionáveis, ainda que mais limitada seja a possibilidade de renúncia, embora também essa possibilidade não seja totalmente afastada, [...] (NASCIMENTO, 2011, p. 1434)

política e econômica das normas trabalhistas, que visam à proteção do trabalhador contra possíveis abusos por parte dos empregadores. Isto se dá em virtude do problema da paridade de armas entre os dois contendores, que se dimensiona de maneira diferente em cada um desses subgêneros.

A paridade de armas é entendida como uma condicionante interna do processo judicial ao longo do qual se dimanam os efeitos jurídicos do princípio maior da igualdade. Garante, materialmente, a equiparação de forças das contrapartes de uma mesma contenda¹⁰.

O empregador goza, naturalmente, de mais poderes que o empregado individual, uma vez que dispõe da estrutura de produção e da faculdade de contratar ou dispensar o empregado, o qual, por sua vez, em regra dependeria do emprego para próprio sustento. O trabalhador, neste sentido, considerado individualmente, ao negociar com o empregador, é presumidamente mais fraco que ele, tendo que aceitar condições impostas pela vontade patronal a fim de garantir seu sustento e o de sua família. Isso justificaria a lei trabalhista tender ao empregado.

Vantagens semelhantes em favor do empregador se expressam também nos meios político e jurídico, dado que a condição econômica e social tende a favorecer acesso e

10 A fórmula de que todos são iguais perante a lei é pela Constituição de países com reconhecida tradição humanitária [...] Esta igualdade proclamada na maioria das democracias ocidentais não é apenas um direito individual, mas também organizacional, como mecanismo regulador da atividade do Estado, responsável pela coerência das regras existentes na ordem jurídica. Daí sua caracterização como direito fundamental, encontrando na paridade de armas sua manifestação no processo civil. Esta é compreendida como componente da garantia de um processo justo [...] (Diego Martinez Fervenza Cantoário, 2011, *online*, p. 17-18)

influência sobre parlamentares na confecção das leis e maior trânsito no judiciário, mediante a contratação de bons escritórios jurídicos. Do outro lado da relação, o trabalhador individual, sozinho, não consegue se revestir do mesmo poderio econômico e político do que um empregador de grande porte. Por isso também há um Ministério Público exclusivamente dedicado à seara trabalhista.

É em função dessa diferença na capacidade negocial entre empregador e empregado que exsurtem os princípios da imperatividade da lei trabalhista e da indisponibilidade dos direitos do trabalhador, como explica Maurício Godinho Delgado (2012, p. 196)¹¹.

Em atendimento ao princípio da isonomia, todo o sistema justralhista é a condensação das tentativas de reequilibrar e contrabalançar essa relação entre o empregado individual e o empresário. Este último, no mais das vezes, é um ente coletivo, dotado de personalidade jurídica, portando densidade política superior à de um único indivíduo.

11 Para este princípio [da imperatividade] prevalece a restrição à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego. [...]

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.

As diferenças entre o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho dão-se exatamente em função de equilibrar, a par do empregador, o trabalhador individual. Conferem-se maiores poderes aos sindicatos para que eles consigam fazer frente ao poderio econômico das empresas, de sorte que haja uma paridade maior de negociação entre os dois lados¹².

A distinção fundamental entre a forma como se dão os dissídios individuais e os coletivos no Direito é que aqueles presumem um desequilíbrio de forças entre as partes, o que predispõe a máquina judicial a inclinar-se em favor da parte hipossuficiente. No âmbito do dissídio coletivo, esse desequilíbrio está atenuado, pela constituição sólida da categoria unida, pela força jurídica dos sindicatos, e pelo poder de greve.

Ante a força dos sindicatos, as próprias garantias trabalhistas são mitigadas, entregando-lhes a liberdade de negociar e de decidir as melhores condições por conta própria, interferindo mesmo nos limites impostos pela CLT¹³.

12 São conflitos coletivos trabalhistas aqueles que atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviços, quer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo a categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla.

São distintos dos conflitos meramente interindividuais, que colocam em confronto as partes contratuais trabalhistas isoladamente consideradas (empregado e empregador). Os conflitos interindividuais tendem a abranger aspectos específicos do contrato bilateral entre as partes ou condições específicas da prestação de serviços pelo obreiro, sem que alcancem, regra geral, projeção no seio da comunidade circundante, empresarial e de trabalhadores. É claro que a repetição constante de idênticos ou semelhantes problemas individuais pode assumir dimensão grupal, dando origem, às vezes, a um conflito coletivo trabalhista. (Idem, p. 1316).

13 É que as noções de indisponibilidade absoluta (e

Se existem parâmetros para traçar algum limite quanto à indisponibilidade dos direitos individuais de trabalho, o primeiro deles é justamente quanto à escala da negociação, e o motivo é muito próprio da lógica interna do Direito do Trabalho: o trabalhador individual não está em posição de negar uma determinada condição de trabalho oferecida pelo empregador, sob pena de rescisão contratual.

A demissão não é simples punição ou mero contratempo para o empregado, uma vez que o mantimento de si e dos seus dependeria da continuidade do contrato. A livre-manifestação de vontade do empregado é afetada por essa circunstância de desequilíbrio negocial, em que ele deve aceitar tudo quanto sugerido pelo empregador. O freio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas age como uma garantia, um mecanismo de bloqueio, para salvaguardar a manifestação válida da vontade do empregado, como é o sentido do artigo 9º da CLT¹⁴.

.....
conseqüente nulidade absoluta do ato transgressor dessa imanência jurídica) e indisponibilidade relativa (com a nulidade relativa do respectivo ato), embora de fato não incorporem a larga diferenciação que caracteriza as duas figuras correlatas do Direito Civil (nulidade absoluta e nulidade relativa), são noções que, ainda assim, guardam inquestionável consistência científica no Direito do Trabalho.

Efetivamente, em primeiro lugar, são as únicas noções que, combinadas, permitem se apreender, com clareza, a validade e extensão das alterações produzidas pelas normas autônomas coletivas no interior das normas heterônomas estatais trabalhistas. Nessa linha, a unificação das duas categorias de atos suprimiria à Ciência do Direito um relevante instrumental para compreender-se o novo (e seguramente crescente) processo de democratização do Direito do Trabalho, com o maior espaço aberto à autonormatização das relações trabalhistas pela sociedade civil. (Ibidem, p. 212).

14 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.

No cenário da negociação coletiva, o trabalhador está revestido dos poderes e dos direitos da atuação coletiva, de modo que pode negociar seus interesses laborais com certa liberdade, sem temer uma possível demissão.

3. A APLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

A arbitragem contratada permite o exercício de uma atividade judicante por quem não pertence ao Poder Judiciário. Desde a recuperação da autodeterminação política popular no País, em 1985, novos personagens passaram a ocupar espaço na gestão do interesse público, antes exclusivos a autoridades civis. A Constituição de 1988 fez da descentralização político-administrativa um princípio e ao mesmo tempo valorizou a iniciativa privada. Para além de trazer o cidadão para cogestão do poder público, planejou devolver à sociedade civil o papel de gestora de matérias. “Ela impôs a descentralização e o fortalecimento do poder local, como princípios de política social. Além disso, fez constar (...) a sociedade civil como corresponsável por inúmeras funções, repetidas vezes” (PEREIRA JÚNIOR, 2016, p. 198).

A arbitragem se insere nesse movimento. Entre 2010 e 2013 ela cresceu a uma taxa de 47% nas maiores câmaras brasileiras. Os valores das causas chegaram a 16 bilhões de reais (LEMES, 2014, p.1). Os dados confirmam que a arbitragem tende a se consolidar a atrair diversas demandas. Mais cedo ou mais tarde será admitida em matéria trabalhista. O mesmo deve acontecer quanto aos direitos indisponíveis, uma vez que o árbitro tem igual dever que recai sobre juízes togados no que se

refere ao respeito às normas cogentes (PEREIRA JÚNIOR, 2015).

3.1 A Lei Brasileira e a arbitragem trabalhista

A ordem jurídico-constitucional brasileira não somente admite a aplicação da arbitragem aos dissídios trabalhistas, como também obriga procedimento como via anterior ao judicial no caso dos dissídios coletivos, como já analisado anteriormente. Todo o restante do texto constitucional silencia ao tratar da proibição do procedimento arbitral em qualquer nível, como ressalta Márcio Yoshida (YOSHIDA, 2006, p. 114, *apud* ABAGGE, 2011): “A simples omissão da Constituição Federal, por conseguinte, não corresponde à proibição da arbitragem nos conflitos individuais de trabalho indicada por parte da doutrina e da jurisprudência”.

Não só a ordem constitucional, mas a ordem infraconstitucional também alude ao procedimental arbitral no Direito do Trabalho. Este é o caso da lei que regulamenta o direito de greve¹⁵, e a lei que regulamenta a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa¹⁶. Esta última inclusive determina a inafastabilidade do compromisso arbitral depois de feito e a força normativa da sentença do árbitro.¹⁷

15 Art. 3º da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989: “Frustrada ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.”

16 Art. 4º da Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2000: “Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: [...] II – arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

17 [...] § 3º - Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. § 4º - O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

As situações acima referidas são representações de negociações coletivas, ocasião em que se encontra presente a condição da igualdade negocial entre as partes¹⁸ – definida anteriormente como a condição necessária para a disponibilidade dos direitos trabalhistas –, o que não só confirma a tese anterior da disponibilidade condicionada dos direitos trabalhistas, mas associa expressamente o procedimento arbitral a essa condição, como antevisto.

3.2 Condições de disponibilidade dos direitos trabalhistas e uso da arbitragem nos dissídios individuais

Nos casos anteriores, a condição de disponibilidade já está dada antes mesmo de se firmar o compromisso arbitral ou de ele ter sido instaurado, em função da negociação coletiva garantir a igualdade de forças. Se a negociação coletiva, pela igualdade de forças das partes, tem poderes para firmar o compromisso arbitral a fim de dirimir o dissídio coletivo, teria ela também poderes para firmar o compromisso arbitral a fim de dirimir futuros litígios individuais, ou mesmo poderes para prever a possibilidade de opção pela cláusula arbitral nos contratos individuais da categoria?

18 A Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2000 inclusive sedimenta a necessidade de uma comissão paritária para a negociação cujo impasse posteriormente poderá ser resolvido em arbitragem: “Art. 2º - A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo: I - comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; II - convenção ou acordo coletivo.

É de se cogitar que a opção pela arbitragem por parte do empregado no ato de contratação seja inválida, devido à ausência da condição de disponibilidade do direito, enfrentando aí o trabalhador individual toda a plenitude da diferença de poderes negociais entre patrão e empregado. Essa situação macularia de invalidade a declaração de vontade que, porventura, tenha firmado o compromisso arbitral, afastando toda a eficácia da possível sentença arbitral, tanto quanto uma exceção de incompetência absoluta sobre os efeitos de uma sentença transitada em julgado, por absoluta falta de legitimidade do procedimento.

Outra é a situação, inobstante, quando o obreiro tiver firmado o compromisso arbitral no ato de contratação apoiado em norma coletiva, cuja produção presume-se válida e sob os auspícios da condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas: a igualdade de forças na negociação. Dado que é permitida a negociação coletiva diretamente sobre direitos em tese indisponíveis, não menos admissível seria a negociação coletiva sobre a mera arbitrabilidade desses direitos indisponíveis, ou seja, sobre a simples possibilidade de transação. Se se pode o mais, pode-se o menos.

Mesmo o Tribunal Superior do Trabalho outrora já se manifestou favoravelmente à arbitrabilidade dos direitos do trabalho nos dissídios individuais, admitindo indisponibilidade somente relativa¹⁹. O Ministro

19 RECURSO DE REVISTA - DISSÍDIO INDIVIDUAL - SENTENÇA ARBITRAL - EFEITOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - ART. 267, VII, DO CPC. I - É certo que o art. 1º da Lei nº 9.307/96 estabelece ser a arbitragem meio adequado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Sucede que a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não é absoluta. Possui relevo no ato da contratação do trabalhador e durante vigência do pacto laboral, momentos em que o empregado ostenta nítida posição de desvantagem, valendo salientar que o são normalmente

Levenhagen, relator do referido julgado, referenda, na sua fundamentação, a cadeia de raciocínio desenvolvida neste trabalho, ao explicar que, não só a indisponibilidade dos direitos do trabalho é relativa, mas que ela é fruto da vulnerabilidade e da hipossuficiência do trabalhador quando defronte do empregador na relação de emprego, situação que, a seu viso²⁰, não ocorre com a rescisão contratual, permitindo o compromisso arbitral. Também os tribunais regionais desenvolviam uma farta jurisprudência em favor da arbitragem nos dissídios individuais de trabalho²¹.

.....
os direitos relacionados à higiene, segurança e medicina do trabalho, não o sendo, em regra, os demais, por conta da sua expressão meramente patrimonial. Após a extinção do contrato de trabalho, a vulnerabilidade e hipossuficiência justificadora da proteção que a lei em princípio outorga ao trabalhador na vigência do contrato, implica, doravante, a sua disponibilidade, na medida em que a dependência e subordinação que singularizam a relação empregatícia deixam de existir. II - O artigo 114, § 1º, da Constituição não proíbe o Juízo de arbitragem fora do âmbito dos dissídios coletivos. Apenas incentiva a aplicação do instituto nesta modalidade de litígio, o que não significa que sua utilização seja infensa à composição das contendas individuais. III - Para que seja consentida no âmbito das relações trabalhistas, a opção pela via arbitral deve ocorrer em clima de absoluta e ampla liberdade, ou seja, após a extinção do contrato de trabalho e à míngua de vício de consentimento. IV - Caso em que a opção pelo Juízo arbitral ocorreu de forma espontânea e após a dissolução do vínculo, à míngua de vício de consentimento ou irregularidade quanto à observância do rito da Lei nº 9.307/96. Irradiação dos efeitos da sentença arbitral. Extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, VII, do CPC), em relação aos pleitos contemplados na sentença arbitral. [...] (TST - RR: 1799006620045050024 179900-66.2004.5.05.0024, Relator: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 03/06/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 19/06/2009)

20 O presente trabalho tem conclusão semelhante, o que é explicado mais à frente.

21 Estes julgados estão mantidos fora do corpo do trabalho para não dificultar a leitura, mas podem ser encontrados em: <http://www.arbitragem.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=60&-catid=19&Itemid=263>.

Orientação²² do Tribunal Superior do Trabalho de 26 de março de 2015 estabelece o mesmo limite traçado na decisão acima contemplada e explicado neste trabalho, a sedimentar a jurisprudência do TST em afastar a arbitragem dos conflitos trabalhistas individuais nos casos em que o compromisso arbitral foi firmado no ato de contratação e nos casos em que a arbitragem é utilizada para aditamento no contrato durante sua vigência²³.

A orientação geral da Subseção de Dissídios Individuais I – SDI-I do TST é a da incompatibilidade do instituto da arbitragem com o Direito Individual do Trabalho. Entretanto, mesmo essa restrição não é feita sem ressalvas, como já elaborado acima, e sem que haja divergências internas no pleno.

A despeito da aparência de vedação absoluta que tem o entendimento jurisprudencial em relação à utilização da arbitragem para fins de resolução dos dissídios individuais de trabalho, a fundamentação dos julgados leva a crer que há, sim, a possibilidade de compatibilização entre o Direito Individual do Trabalho e a Arbitragem, ressalvada a presença da condição de disponibilidade dos direitos

22 TST determina que conselho arbitral não examine conflitos trabalhistas. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-conselho-arbitral-nao-examine-conflitos-trabalhistas>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

23 Em ação civil pública, o Ministério Público do Trabalho (MPT) pedia que o conselho arbitral se abstinisse de realizar arbitragem envolvendo direitos individuais trabalhistas. O pedido foi julgado improcedente pela primeira instância e pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA). A Quarta Turma do TST, em recurso de revista, considerou admissível a utilização da arbitragem quando já extinta a relação de emprego, proibindo a atuação do conselho apenas nos casos de cláusula que tenha sido objeto do contrato de trabalho ou de aditamento deste durante a vigência da relação empregatícia.

trabalhistas no ato de firmar-se o compromisso arbitral.

Neste sentido, a primeira hipótese, a respeito da legitimidade da negociação coletiva para permitir o compromisso arbitral como resolução dos conflitos individuais da categoria, deve ser entendida como válida dentro da lógica interna das normas juscoletivas, tanto para a sua expressão no ato da contratação, como na sua expressão pós-contratual, depois da rescisão.

Se a negociação coletiva tem alguma força de proteção ao trabalhador, este sentido se expressa sobretudo para protegê-lo no ato da contratação de possíveis cláusulas abusivas que não poderiam ser negociadas com o empregador e que serão válidas para todo o contrato. Se a norma coletiva interfere neste momento para salvaguardar, bem como garantir outros benefícios, o mesmo poder se estende para a aceitação, via norma coletiva, da presença da cláusula arbitral no ato de contratação. Impedir a negociação coletiva de dispor sobre a arbitragem individual seria tolher arbitrariamente a liberdade negocial das entidades coletivas do trabalho e restringir o seu aspecto protetivo do trabalhador.

Ainda resta a hipótese da opção individual do próprio obreiro pelo procedimento arbitral sem previsão expressa em norma coletiva. Essa situação é inteiramente diversa da situação acima exposta, quando a presença da cláusula arbitral no contrato de trabalho estaria revestida da proteção coletiva, a qual, responsabilmente, em anterior situação de paridade de armas, livremente optara pela presença da cláusula nos contratos individuais. Na situação em que o obreiro enfrenta sozinho a presença dessa cláusula no ato da contratação,

ele está afastado da condição de disponibilidade de seus direitos e tem sua livre-manifestação de vontade radicalmente desprotegida pela ausência da paridade e da igualdade de forças na negociação.

Neste caso, bem como na duração inteira do contrato de trabalho, o empregado não estaria em condições de ter presumida, contra si, a validade de sua declaração de vontade, porque se entende, nesta categoria relacional, que qualquer ato de renúncia ou de transação de direitos poderia decorrer de imposição patronal, julgando-se que o trabalhador, isoladamente, e sem poder negocial equivalente, ficaria obstado de opor qualquer resistência, e aceitaria, por constrangimento, as condições impostas pelo empregador, tendo-as como necessárias para a continuidade do vínculo empregatício.

A oposição da cláusula arbitral neste caso parece então incompatível com a restrição estabelecida na Lei de Arbitragem quanto aos direitos patrimoniais disponíveis, não se assentando sobre a condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas e não se adequando à lógica interna do Direito do Trabalho. Entretanto, norma pode vir a regular tal possibilidade, em tempo futuro, mediante requisitos que resguardem o equilíbrio entre as partes, sendo este o ponto fulcral do impedimento de compromisso arbitral negociado diretamente nos contratos individuais.

A esse respeito, vale recordar que, na ampliação das situações subsumíveis à arbitragem, operada em 2015, foi somente veto presidencial que obistou a admissão expressa da arbitragem em contratos individuais de trabalho de funcionários de altos cargos. Previasse no projeto de lei que, nestas circunstâncias, tais empregados poderiam livremente optar

pelo estabelecimento do compromisso arbitral quando da contratação. Isso esparcaria as dúvidas quanto à possibilidade de tal procedimento, que por sua vez não é vedado pela lei, senão que não é aplicável em razão de hermenêutica trabalhista.

O dispositivo que preveria expressamente a arbitragem em certas situações fora discutido e aprovado nas duas Casas legislativas, após intenso debate. A Presidência da República alegara como razão de veto, então, que tal previsão geraria discriminação com relação às demais categorias de trabalhadores²⁴. Curioso notar que não se justificou o veto com base em eventual desequilíbrio entre empregador e empregado (sustentáculo da vedação da arbitragem no dissídio individual), senão em argumento de “tratamento desigual” entre categorias de trabalhadores. Eis que a proposta estava alicerçada exatamente na diferente situação factual e contratual do empregado em cargo executivo ou diretivo, com relação aos demais em posições inferiores, e isso ensejaria o tratamento diverso. Aqui haveria maior equilíbrio entre empregado-executivo e empregador. Este seria o elemento autorizativo da possibilidade – sempre a depender da concordância do empregado – de submissão de

24 “O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral”. Razões do veto presidencial de dispositivo aposto no Projeto de Lei 406/2013 (Lei n. 7.108/2014).

eventuais conflitos a uma entidade não judiciária. E, mesmo eventual, coação ou assédio moral poderiam ser questionados em momento posterior. De modo algum, a permissão de uso da arbitragem, neste caso, incorreria em prejuízo à massa de trabalhadores. Pelo contrário, implicaria ampliação dos poderes de parte deles, aplicando-se a igualdade proporcional do Direito: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

A última hipótese que merece análise é a do obreiro que assina compromisso arbitral, sem previsão em norma coletiva, posteriormente ao encerramento do contrato, para dirimir conflito relacionado a ele. Findo o pacto laboral, o empregado não está mais sujeito ao poder diretivo do empregador nem aos seus possíveis abusos, tendo ampla liberdade para, por exemplo, procurar direta e imediatamente a Justiça do Trabalho por meio de seu sindicato ou por meio de um advogado particular.

Firmar ou não firmar o compromisso arbitral, neste momento, é um ato deliberativo de um cidadão que, para todos os efeitos, muito embora discuta matéria tipicamente trabalhista, não o faz enquanto trabalhador, mas enquanto ex-funcionário, a partir de quando todos os seus direitos são resolvidos patrimonialmente em indenizações, que compõem os corriqueiros acordos das audiências trabalhistas.

É possível, portanto certa compatibilização entre o procedimento arbitral e as causas individuais no Direito do Trabalho, desde que entendidos os limites que dizem respeito à condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas, os quais não proíbem, por si mesmos, a aplicação do procedimento arbitral, mas cuja relativa indisponibilidade é razão suficiente dada pela própria Lei de Arbitragem

para tornar o procedimento inaplicável.

Existe ainda a possibilidade de prejudicar-se o trabalhador pelo não reconhecimento da arbitragem individual estabelecida após a cessação do vínculo. A Nova Lei de Arbitragem inseriu no procedimento arbitral a garantia dos efeitos relacionados à interrupção da prescrição no momento de sua instituição. Supondo então que um trabalhador individual, depois da rescisão contratual, optasse pela arbitragem para dirimir o conflito, a prescrição quinquenal ou bienal estaria interrompida ou continuaria transcorrendo? Sendo a arbitragem proibida neste momento, juntamente com ela estaria afastada a interrupção da prescrição. Se o trabalhador, tempos depois, já prescrito seu direito, conseguisse anular a sentença arbitral, e movesse ação para postular os mesmos direitos, ele estaria desamparado em função da prescrição, uma vez que, sendo decretado inválido o procedimento arbitral, também seria inválida a interrupção, gerando um grave prejuízo ao trabalhador ao tentar protegê-lo da arbitragem.

Afastar a validade de um processo arbitral já havido, extinguindo os efeitos de sua sentença, seria, assim, um atentando ao princípio da Boa-Fé e da Lealdade Processual. A rejeição completa da arbitragem nos dissídios individuais do trabalho cria dentro do ordenamento processual trabalhista uma insubsistência lógica, que relativizaria o conceito da prescrição ou da interrupção para fins de proteger as aparências de absolutismo de uma indisponibilidade que já é, dia a dia, relativizada.

Oportuno ainda recordar que o árbitro, como juiz da causa, está subordinado igualmente aos magistrados, à legislação

brasileira, quando houver de decidir acerca de dissídios individuais, sob pena de sua atividade ser anulada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, analisadas as possibilidades jurídicas de adoção do procedimento arbitral nos dissídios individuais de trabalho, sem qualquer alteração legislativa, haveria possibilidade lógico-jurídica de ela se dar, de imediato, intermediada pela convenção coletiva que a autorizasse, mesmo sem expressa previsão legal. Tal é o efeito da mera análise dos fundamentos que dividem o Direito do Trabalho em dois ramos e que preconizam a relativização da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Havendo possibilidade de disposição dos direitos trabalhistas, seja em negociação coletiva, seja em negociação individual, há também a possibilidade de arbitragem. A redoma que garante esta disponibilidade é a paridade de armas, a igualdade de forças entre as partes. Presente esta condição, o próprio ordenamento jurídico brasileiro não impõe maiores bloqueios, não havendo razão suficiente para impedir o procedimento arbitral nestes casos. Por isso também se entende ser razoável o reconhecimento do equilíbrio entre empregador e empregado em certas situações, a ensejar o respeito à autonomia privada, quando ambos desejarem optar pela arbitragem privada como alternativa ao Poder Jurisdicional, em face de conflitos que possam se estabelecer entre eles.

O veto presidencial de 2015, bem como a legislação vigente, de rigor, não trazem autêntico óbice a tal prática, por cinco razões. Primeiro, o argumento do

veto, então sustentado, não mostra prejuízo concreto aos trabalhadores que não seriam contemplados com o reconhecimento expresso da possibilidade de arbitragem. Segundo, não existe norma a proibir expressamente, salvo uma dada cultura jurisprudencial, sendo esta passível de ser contestada com base na interpretação sistemática e jurisprudencial do próprio Direito do Trabalho, que admite a arbitragem expressamente em situações coletivas, relativizando a “indisponibilidade”. Terceiro, há uma cultura de negociação de direitos, durante o julgamento, em Juízo, o que vai ao encontro da relativização. Quarto, admite-se a arbitragem após a cessação do vínculo empregatício. Quinto motivo: o árbitro, tal qual o magistrado laboral, está subordinado à legislação trabalhista.

REFERÊNCIAS

ABAGGE, Maria Vitória Calmon. **A arbitragem como mecanismo de resolução de dissídios individuais trabalhistas**. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei nº 5.452, de 1º de maio de maio de 1943** (Consolidação das Leis do Trabalho)

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996** (Lei de Arbitragem).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 EP**. Agravante: MBV Comercial and Export Management Establishment e outros. Agravado: Re-

sil Indústria e Comércio Ltda e outros. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Rel. Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 590.415** Santa, 30 de abril de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-recurso.pdf>>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário 00109943520135010081**. Relator: Maria Aparecida Coutinho Magalhães, Oitava Turma, 03/09/2015. Disponível em <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228233831/recurso-ordinario-ro-109943520135010081-rj>>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista Nº TST-RR-1799/2004-024-05-00.6 c/j TST-AIRR-1799/2004-024-05-40.0**. Relator: Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma, 19/06/2009. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4311908/recurso-de-revista-rr-1799006620045050024-1799006620045050024>>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

CANTOÁRIO, Diego Martinez Fervenza. **A paridade de armas como projeção do princípio da igualdade no processo civil**. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18517/A_Paridade_de_Ar

[mas_como_Proje%C3%A7%C3%A3o_do_Princ%C3%ADpio_da_Igualdade_no_Processo_Civil.pdf](#)> Acesso em 2 de janeiro de 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2012.

DOS SANTOS, Ricardo Soares Stersi; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Conflito e cooperação: as vantagens da arbitragem**. Curitiba: CONPEDI, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

JURISTAS pedem para Congresso liberar arbitragem trabalhista e de consumo. Consultor Jurídico, 25 de junho de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/juristas-pedem-congresso-liberar-arbitragem-trabalhista>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

LEMES, Selma. **Análise da Pesquisa Arbitragem em Números de 2010 a 2013**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Análise%20da%20Pesquisa%20Arbitragem%20em%20Números%20-2010-2013.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

METAS da Justiça do Trabalho: confira o desempenho do TRT-RS no primeiro semestre de 2015. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1183306>>. Acesso em 4 de janeiro de 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de**

direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. **Poder familiar contemporâneo. O dever dos pais, da sociedade civil e do Estado em face da criança e do adolescente. O papel do Conselho Tutelar.** Fortaleza: Boulesis, 2016, 331p.

_____. O crescimento da atividade dos árbitros no Brasil e nas Câmaras Internacionais. In: POMPEU, G. V. M.; SIQUEIRA, N. S. (Org.) ; MENEZES, W. (Org.) . **Comércio, globalização e formação do capital social.** 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 652-664

SAID FILHO, Fernando Fortes. **A morosidade da prestação jurisdicional como obstáculo para efetivação do direito de acesso à justiça: a arbitragem enquanto alternativa à crise do judiciário.** São Paulo: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2015.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Evolução histórica da arbitragem.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 717, 22 jun. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6842/evolucao-historica-da-arbitragem>>. Acesso em 30 de dezembro de 2015.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SÃO PAULO. **Jurisprudência Arbitral Trabalhista.** Disponível em: <http://www.arbitragem.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=60&catid=19&Itemid=263>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

TST DETERMINA que conselho arbitral não examine conflitos trabalhistas. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-conselho-arbitral-nao-examine-conflitos-trabalhistas>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

Trabalho publicado originalmente na RT de dezembro de 2017.