

ARBITRAGEM EM LITÍGIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS*

Estêvão Mallet**

1 – INTRODUÇÃO

Antes da Lei nº 13.467/2017, o direito positivo previa a possibilidade de arbitragem trabalhista apenas para os litígios de natureza coletiva, segundo o art. 114, § 1º, da Constituição¹ e algumas leis esparsas², faculdade, todavia, raramente exercida na prática, diversamente do que se vê em outros países³. No campo dos litígios individuais, era controvertida a legalidade de sua utilização. Afirmada em alguns precedentes⁴, com o apoio da doutrina especializada⁵, ao final veio a ser considerada ilícita pelo Tribunal Superior do Trabalho⁶. Com a Lei nº

* O presente texto foi originalmente redigido para publicação em obra coletiva voltada a homenagear o Prof. Dr. José Rogério Cruz e Tucci. A versão atual contempla vários acréscimos e modificações, embora mantida a estrutura básica original. O autor agradece a amável e cuidadosa leitura feita por José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, Flávio da Costa Higa, Rodrigo Meni Reis Calovi Fagundes e Marcos Guilherme Ciccarino Fantinato. Todos apresentaram ricas sugestões e permitiram a correção de muitos erros. Os que permanecem são de exclusiva responsabilidade do autor e não lhes podem ser imputados.

** *Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado.*

1 O texto tem a seguinte redação: “§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

2 Lei de Greve (art. 3º, *caput*) e Lei sobre Participação nos Lucros ou Resultados (art. 4º, inciso II).

3 Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a arbitragem é prevista como forma de solução dos conflitos coletivos em mais de 90% das normas coletivas, segundo informação antiga de Paul M. Herzog e Morris Stone (Voluntary labour arbitration in the United States, *International Labour Review*, vol. 82, 1960, p. 301).

4 TST, 7ª T., Proc. AIRR 1475/2000-193-05-00.7, Rel. Min. Pedro Paulo Teixeira Manus, j. 15.10.08; TST, 3ª T., Proc. AIRR 72491/2002-900-02-00.3, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 18.02.09; e TST, 4ª T., Proc. RR 259/2008-075-03-00.2, Rel. Min. Barros Levenhagen, j. 02.12.09. No âmbito dos Tribunais Regionais, cf. TRT 10ª Reg., 1ª T., Proc. RO 00007-2008-013-10-0-00-9, Rel. Pedro Luis Vicentin Foltran, j. 18.02.09, DJ 06.03.09.

5 Por exemplo: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

6 Cf. TST, SBDI 1, Proc. E-ED-RR 25900-67.2008.5.03.0075, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 16.04.2015, com o seguinte enunciado, *inter alia*, na ementa do acórdão: “Seja sob a ótica do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do art. 1º da Lei nº 9.307/96, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas”. O Superior Tribunal de Justiça, de maneira diversa, admitiu homologação de sentença arbitral estrangeira relacionada com direitos decorrentes de contrato de trabalho, afastando alegação de ofensa à ordem pública, nos seguintes termos: “Não houve violação da ordem pública, na medida em que (...) ii) embora a matéria de fundo trate de direito individual trabalhista, foram discutidas, no procedimento de arbitragem, questões meramente

13.467/2017, passa-se a admitir o seu cabimento, nos termos do art. 507-A introduzido na CLT:

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

A inovação, de grande significado e que procura romper com a jurisprudência até então dominante, suscita vários questionamentos, parte dos quais será enfrentada ao longo do presente texto.

2 – CONSTITUCIONALIDADE

Logo de saída, há que examinar a constitucionalidade da solução estabelecida pela Lei nº 13.467/2017. Certos autores põem-na ainda em dúvida, quando pretendem manter a possibilidade de ajuizamento de ação, a despeito da celebração de cláusula compromissória, sob o argumento da garantia de acesso à jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição⁷. É mais uma manifestação da conhecida resistência à arbitragem, algo que não é incomum em outros ordenamentos jurídicos. A doutrina mexicana, por exemplo, refere-se ao fato de o desenvolvimento normativo e jurisprudencial da arbitragem estar sempre sujeito, no país, a “ciertas reticencias, algunas muy importantes (...)”⁸. Na Itália, lembra-se a “regolazione restrittiva” imposta à arbitragem “sulle controversie individuali”⁹. E a Corte Suprema dos Estados Unidos, em *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, relaciona a aprovação do *Federal Arbitration Act* (FAA) ao propósito de suplantar a “widespread judicial hostility to arbitration”¹⁰.

patrimoniais que decorreram da rescisão antecipada do contrato de trabalho pelo requerido, o que resultou na aplicação da multa rescisória. Em outras palavras, não houve abdicção a direito laboral (indisponível), mas apenas aplicação de multa rescisória, constante de cláusula prevista no contrato, o que autorizou a utilização da arbitragem. Não houve, também, ofensa à previsão constante da Lei nº 9.605/98, pois não se apreciou matéria referente à disciplina e competição desportiva” (STJ, CE, Proc. SEC 11.529/EX, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17.12.2014, DJe 02.02.2015).

- 7 Assim, por exemplo: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 194.
- 8 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *La Constitución mexicana y el arbitraje comercial*. Item II, 1, 4. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100006#notas>. Acesso em: 3 jan. 2018.
- 9 CARUSO, Bruno. Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo. *Diritto Delle Relazioni Industriali – Rivista della Associazione Lavoro e Ricerche*, Giuffrè, luglio 1992, n. 2, p. 62. Coube a Marcos Guilherme Ciccarino Fantinato a indicação dessa referência, após a amável leitura que se dispôs a fazer do texto.
- 10 133 S. Ct. 2304, 2308–09 (2013).

DOCTRINA

No Brasil, com a Lei nº 13.467/2017, parece pretender-se retornar ao debate já travado após a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, quando também foi suscitada a inconstitucionalidade da previsão de estabelecimento coativo de arbitragem, com fundamento em cláusula compromissória. Desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, tomada no julgamento do processo de homologação de sentença estrangeira SE 5.206 AgR/EP, tem-se por assentado que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF”¹¹.

Aliás, não faltam sistemas jurídicos em que a arbitragem não é vista como uma mera alternativa para a solução de litígios, consoante a disciplina que a lei ordinária quiser estabelecer, com maior ou menor amplitude, mas como um verdadeiro direito fundamental, que nem pode ser suprimido ou limitado. Nas Constituições da Costa Rica e de Honduras, por exemplo, consagra-se o direito à utilização da arbitragem, nos seguintes termos, respectivamente: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”¹² e “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”¹³.

Admitir o ajuizamento e o prosseguimento de ação trabalhista, mesmo contra a vontade de um dos pactuantes, havendo cláusula compromissória – cuja constitucionalidade encontra-se afirmada pelo Supremo Tribunal Federal –, é negar todo sentido à previsão do art. 507-A da CLT. Equivale a tornar facultativo o que a lei quis obrigatório. Em consequência, celebrado o compromisso arbitral e invocado em juízo o art. 485, inciso VII, do CPC, impõe-se, também em matéria trabalhista, a extinção do processo, sem exame de seu mérito.

Há que ressaltar, todavia, a hipótese de incapacidade econômica, por qualquer das partes, para custeio da arbitragem. Se, a despeito do compromisso, a parte não tem meios para suportar os correspondentes encargos, é inconcebível negar-lhe a possibilidade de tutela. Seria o mesmo que reconhecer a licitude da denegação de acesso à justiça, por insuficiência de meios econômicos, o que não se harmoniza com a garantia constitucional de proteção dos direitos (Constituição, art. 5º, XXXV). Diante da incapacidade econômica de uma parte, ou a outra parte dispõe-se a custear integralmente a arbitragem, para exigir o cumprimento da obrigação assumida no compromisso – o que não

11 STF, Pleno, Proc. SE 5.206 AgR/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.01, DJU 30.04.04, p. 29.

12 Art. 42 da Constituição da Costa Rica.

13 Art. 110 da Constituição de Honduras.

está obrigada a fazer, advirta-se –, ou abre-se a oportunidade para ajuizamento de ação perante os tribunais estaduais, como já decidiu o *Bundesgerichtshof*, no célebre processo do encanador¹⁴, em solução que depois repercutiu, em alguma medida, em certos sistemas jurídicos. No direito italiano, por exemplo, o art. 816, n. 7, do *Codice di Procedura Civile* estabelece: “Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Salvo diverso accordo delle parti, gli arbitri determinano la misura dell’anticipazione a carico di ciascuna parte. Se una delle parti non presta l’anticipazione richiestale, l’altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all’anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale”. E antes mesmo da decisão do tribunal alemão, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal afastou a obrigatoriedade de convenção arbitral, em caso de incapacidade econômica de uma das partes, verificada após a assinatura da cláusula. Ainda que o acórdão tenha invocado a figura da impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação “por causa não imputável ao devedor”, que não é, seguramente, a regra correta de regência do problema, enunciou a solução acertada ao dizer que “a força expansiva dos direitos – ou melhor, do direito de acesso aos tribunais – impõe que, na hipótese que se figurou de a parte na convenção arbitral que, posteriormente à celebração desta, se viu, sem culpa sua, arrastada para uma situação de insuficiência econômica que a impossibilita de custear as despesas dessa arbitragem, possa deixar de cumprir tal convenção e recorrer aos tribunais estaduais, pedindo a resolução do caso, sem que seja possível opor-lhe a competente exceção dilatória”¹⁵. Adite-se, apenas, que não importa a apuração de culpabilidade ou não da parte incapaz de arcar com as despesas. Basta o dado objetivo dessa sua incapacidade, conjugado com a inexistência de meios para a suplantar, o que leva, para evitar-se a denegação de justiça, ao restabelecimento da “competência do Tribunal Judicial”, como assentado pelo Tribunal Constitucional de Portugal¹⁶.

3 – FUNDAMENTO DA PREVISÃO

No direito comum, a arbitrabilidade, ou seja, a possibilidade de resolver-se um litígio por meio de arbitragem¹⁷, é normalmente determinada a partir de

14 A propósito, com a súmula da decisão tomada pelo Tribunal alemão no caso do encanador: CARAMELO, Antônio Sampaio. *Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça*. In: *Direito da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 223 e segs.

15 STJ, Processo 99A1015, Rel. Aragão Seia, decisão de 18.01.00.

16 Acórdão 311/2008, Rel. Joaquim de Sousa Ribeiro, decisão de 30.05.08.

17 O neologismo está consagrado nas mais variadas línguas. Cf., por exemplo: FORTIER, L. Yves. *Arbitrability of disputes*. In: *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution – liber*

critério *ratione materiae*¹⁸, satisfeitos os genéricos pressupostos da capacidade jurídica¹⁹ e da forma legal²⁰. Admite-se a arbitragem, no sistema jurídico brasileiro, no caso de litígio sobre “direitos patrimoniais disponíveis”²¹. Todo o problema – que nem sempre é simples²² – passa então a girar em torno da natureza do direito, para determinar o cabimento ou, não, da arbitragem.

O art. 507-A adotou critério diferente. Não partiu da natureza do direito em si. Tampouco considerou aspecto ligado diretamente à pessoa do trabalhador, como se vê no parágrafo único do art. 444 da CLT, com a referência a “diploma de nível superior”. Tomou o legislador, ao contrário, um dos elementos do contrato de trabalho, a saber, o valor da remuneração estabelecida. Acima de certo montante, admite-se a solução de controvérsias individuais por meio de arbitragem; abaixo, não. Como compreender o parâmetro eleito?

É certo que a concreta capacidade negocial de todos os trabalhadores não é igual. Ela varia de acordo com muitos elementos, como, entre outros, a capacidade econômica de cada um, a atividade exercida, o grau de amadurecimento intelectual, a experiência de vida, o estágio da carreira profissional, a formação acadêmica, a idade, a situação familiar e emocional, etc. É por isso que se critica a ideia de uma “categoria abstrata de ‘trabalhador’ que agrupe o diretor de um banco e um operário indiferenciado, o chefe de orquestra ou o investigador científico”²³. Diz-se que essas situações “são manifestamente

amicorum in honour of Robert Briner. Paris: International Chamber of Commerce, 2005. p. 270. O direito suíço refere-se a “différend arbitral” no art. 7, *caput*, da lei federal sobre direito internacional privado (LDIP) de 18.12.87. A doutrina portuguesa refere-se, sem hesitação, à “arbitrabilidade” (GONÇALVES, Isabel. A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na Lei de Arbitragem Voluntária. In: *Análise de jurisprudência sobre arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 135 e segs.).

18 MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 144.

19 A exigência de capacidade jurídica é decorrência, no fundo, do disposto no art. 104, inciso I, do Código Civil.

20 Arts. 4º, § 1º, e 9º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, a serem lidos em conjunto com o anteriormente mencionado art. 104, inciso III, do Código Civil.

21 Lei nº 9.307/96, art. 1º, *in fine*.

22 Há autores que consideram o critério da disponibilidade do direito, para a admissão da arbitragem, também adotado em outros sistemas jurídicos, como em Angola (Lei nº 16/03, art. 1º, n. 1), “na prática, difícil de aferir.” (GONÇALVES, Manuel; VALE, Sofia; DIAMVUTU, Lino. *Lei da Arbitragem Voluntária comentada*. Luanda, 2014. p. 39). No mesmo sentido, no direito português, Isabel Gonçalves diz que “não é fácil apurar se determinada relação jurídica é ou não indisponível e, por outro lado, mesmo no primeiro caso nem todas as vicissitudes da relação jurídica ou do direito são indisponíveis (...)” (A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na Lei de Arbitragem Voluntária, cit., p. 139). Veja-se ainda, sobre as dificuldades suscitadas pelo conceito de disponibilidade: GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 119.

23 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 109-110.

diferentes, seja qual for o prisma por que se considerem, para comportarem, com justiça, um tratamento indistinto”²⁴. A uniformização que o parágrafo único do art. 3º da CLT preconiza não pode ser tomada como absoluta e tampouco deve ser levada às últimas consequências. O seu significado é outro e relaciona-se com a proibição de diferenciações arbitrárias entre trabalhadores, em particular a diferenciação entre trabalhadores manuais e trabalhadores intelectuais, de modo que não tenha importância, para efeito de incidência das normas trabalhistas gerais, a espécie de serviço realizado pelo empregado, seja “técnico, intelectual ou manual”²⁵.

De todo modo, as diferenças entre empregados, consoante as circunstâncias antes mencionadas, ao lado de outras, afetam inclusive a intensidade da subordinação própria do contrato de trabalho. Tem razão Guilherme Machado Dray quando escreve: “Não deixa de ser indesmentível e irrefutável que no plano extrajurídico o progresso técnico e a exigência de trabalhadores altamente qualificados podem inverter, por vezes, a situação habitual de dependência do trabalhador em relação à entidade empregadora. A concorrência entre entidades empregadoras para a obtenção de trabalho altamente especializado poderá colocar determinado tipo de trabalhadores numa situação de real e efectiva igualdade fáctica com os seus empregadores, ou mesmo, no limite, colocá-los numa posição de supremacia na determinação das condições de trabalho”²⁶. Os exemplos do jogador de futebol de renome, do artista ou do apresentador de televisão com grande fama ou do gestor de fundo de investimento de notória competência são eloquentes. Eles se encontram, no mais das vezes, em posição que lhes permite, durante a negociação para a celebração do contrato de trabalho e mesmo depois, impor condições, sem as quais nem aceitam prestar serviço ou continuar a fazê-lo.

Por isso a doutrina sugere que “a diferenciação exigível entre os diversos trabalhadores... haverá de ser estabelecida a partir de sua capacidade negocial”²⁷. Não se deve tomar “a debilidade social e económica dos trabalhadores dependentes (...) de forma acrítica”²⁸. Acertadamente, a jurisprudência, nacional e estrangeira, não deixa de levar em conta a advertência, para, ainda que sem apoio legal expresso, atribuir valor distinto à vontade manifestada por

24 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*, cit., p. 110.

25 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 17.

26 *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. n. 241, p. 188.

27 MARTINS, João Zenha. *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 377.

28 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 539.

alguns deles²⁹ e para modular a aplicação de determinados postulados também de acordo com o nível intelectual das pessoas envolvidas na relação jurídica³⁰. O Supremo Tribunal Federal, embora em matéria diversa, mas relacionada³¹, repeliu afirmação abstrata de vício na manifestação de vontade do trabalhador, sem “avaliação do elemento subjetivo do pactuante no momento da avença, consideradas as circunstâncias específicas e indissociáveis da personalidade de cada um”³². E o Superior Tribunal de Justiça, no campo da arbitragem nas relações de consumo, assinalou certa feita: “Há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção”³³.

O critério adotado pelo art. 507-A, que relaciona a arbitralidade ou não das controvérsias trabalhistas individuais com a remuneração do empregado, procura justamente levar em conta a apontada diferenciação. Adota a premissa de que remuneração mais elevada implica maior capacidade negocial, de maneira a justificar a possibilidade de pactuação de compromisso arbitral. Não é um

29 Veja-se o seguinte acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “1. As actividades tradicionalmente exercidas por profissionais liberais, nomeadamente a advocacia, podem ser objecto de contrato de trabalho. 2. Quanto estejam em causa essas actividades, nem sempre é fácil determinar a natureza do contrato. 3. Para ultrapassar essa dificuldade há que recorrer aos chamados indícios da subordinação jurídica que é o elemento que verdadeiramente caracteriza o contrato de trabalho quando em confronto com o contrato de prestação de serviços. 4. A denominação dada pelas partes ao contrato é um desses indícios e terá uma relevância muito especial quando o contrato foi celebrado entre um banco e um advogado com 13 anos de profissão” (STJ, Processo 04S3581, Rel. Sousa Peixoto, decisão de 03.03.05). Sempre no mesmo sentido, cf. ainda, com referência a pessoas “instruídas e cultas”, STJ, Processo 07S2187, Rel. Sousa Peixoto, decisão de 17.10.07, e com alusão a pessoas “esclarecidas”, STJ, Processo 01S881, Rel. Diniz Nunes, decisão de 09.01.02. Na jurisprudência nacional há um aresto em que se lê, na parte que interessa: “(...) o autor era um alto executivo do banco réu, verdadeiro *alter ego* e detentor de expertise e *brain-power* financeiro, com vultosos ganhos mensais e vasto conhecimento na área, razão pela qual não se vislumbra qualquer hipossuficiência/vulnerabilidade por parte dele, mas sim sua paridade com a parte adversa. Aliás, é justamente no setor do conhecimento e da informação que a relação jurídica de dependência muitas vezes se inverte, ou seja, é o empregador que fica dependente ou refém do empregado dotado do expertise e neurônios privilegiados, que dá um diferencial ao seu negócio, proporcionando-lhe elevados ganhos financeiros, levando-o a celebrar pactos e aditivos para a manutenção de tais empregados laborando a seu favor” (TRT 1ª Reg., 5ª T., Proc. RO 0011289-92.2013.5.01.0042, Rel. Enoque Ribeiro dos Santos, j. 11.04.2017).

30 Paradigmático, na matéria, o seguinte julgado: “Onus da prova. Relação contratual entre médicos. Parceria ou vínculo de emprego. O caráter protecionista do Direito do Trabalho deve ser inversamente proporcional à capacidade intelectual, sociocultural e econômica do prestador de serviços, não cabendo invocá-lo quando nos dois lados da relação jurídica de direito material encontram-se pessoas de intelecto privilegiado, profissionais liberais no pleno exercício daquela atividade, mesmo porque a verdadeira isonomia consiste em dar tratamento desigual aos que juridicamente se desigualem e na mesma proporção dessa desigualdade” (TRT 24ª Reg., Proc. 01249-2000-777-24-00-0, Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior, Proc. RO 1249/2000, j. 26.10.00, DOMS nº 5397, de 01.12.00, p. 49).

31 A hipótese envolveu o acordo para recebimento de diferenças de FGTS, na forma da Lei Complementar nº 110/01.

32 STF, Pleno, RE 418.918, Relª Minª Ellen Gracie, j. 30.03.05, DJU 01.07.05, p. 7.

33 STJ, 4ª T., Proc. REsp 1.189.050/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016, DJe 14.03.2016.

critério sem base ou inusitado. É também adotado pela lei belga sobre contratos de trabalho, de 3 de julho de 1978, para regular a possibilidade de pactuação de cláusula de não concorrência, delimitando a autonomia negocial do trabalhador. Quanto mais elevada a remuneração, maior se torna essa autonomia. Segundo o art. 65, § 2º, a partir de dado limite anual de ganhos e até certo montante, admite-se a previsão, desde que autorizada por norma coletiva. Acima desse último montante, inverte-se o resultado e a previsão passa a ser possível sempre, exceto se vedada por norma coletiva³⁴. Em resumo, remuneração mais elevada leva a maior autonomia negocial.

O critério escolhido, se não é de todo desarrazoado – afinal, ganhos mais elevados estão mesmo tendencialmente associados a uma melhor condição econômica e, portanto, a uma maior capacidade de negociação –, não escapa de alguma crítica. De um lado, pode-se questionar o montante estabelecido, não suficientemente elevado para garantir verdadeira capacidade negocial. E não deixa de suscitar perplexidade o confronto do valor previsto no art. 507-A da CLT com o que se encontra no art. 833, § 2º, do CPC³⁵. A miserabilidade que justifica a proteção do executado da jurisdição executiva, por supostas razões humanitárias, prende-se a valor muito mais elevado do que o exigido para o reconhecimento da capacidade negocial suficiente à opção pela arbitragem. Há, nitidamente, uma desproporção entre os montantes, indicativa de impropriedade dos parâmetros legislativos, em ambos os casos ou, pelo menos, em um deles.

De outro, da adoção da remuneração como critério pode até decorrer situação paradoxal, em que direitos idênticos ou da mesma natureza, de titularidade do mesmo empregado, ficam sujeitos a arbitragem em uma situação, mas não em outra. Pense-se no médico com dois contratos de trabalho, havendo controvérsia, em ambos, sobre a exigibilidade ou, não, do pagamento de certo adicional em uma dada situação, que se repete nos dois casos. Em um dos contratos, a remuneração supera o valor previsto no art. 507-A; no outro, não. É difícil aceitar que a arbitragem, cabível no primeiro caso, não possa também ser utilizada no último, a despeito da substancial identidade subjetiva e objetiva das controvérsias.

O paradoxo decorre do fato de o legislador ter procurado isolar o elemento justificador da diferenciação dos empregados, relacionando-o com a remuneração decorrente do contrato. Rigorosamente mais acurado seria in-

34 Os valores correspondem, desde 1º de janeiro de 2016, a respectivamente € 33.221,00 e a € 66.441,00 por ano. Assim, até € 33.221,00 por ano, o empregado não pode celebrar cláusula de não concorrência; entre esse valor e € 66.441,00, pode fazê-lo, desde que haja permissão em norma coletiva; acima de € 66.441,00, a celebração é permitida, salvo se houver proibição em norma coletiva.

35 O ponto foi notado por Flávio da Costa Higa, em amável leitura que se dispôs a fazer do presente texto.

vestigar, caso a caso, a concreta capacidade negocial do empregado, que nem sempre depende da remuneração que lhe é paga. O empregado com elevada formação e amplo patrimônio, que trabalha apenas para sua realização pessoal, não por necessidade – um exemplo pode ser o do economista de sucesso que, após amealhar fortuna em longa carreira no mercado financeiro, dele se afasta e resolve preencher seu tempo livre com atividade acadêmica em uma faculdade de economia, com remuneração bastante modesta –, certamente deveria ter a faculdade de decidir sobre a arbitrabilidade das controvérsias decorrentes de seu contrato. O critério adotado pelo legislador falha na hipótese, todavia.

É preciso reconhecer, contudo, a impertinência de, com o propósito de estabelecer o melhor e mais perfeito regime legal, completamente aderente à realidade fática, deixar-se à investigação casuística a definição da possibilidade ou, não, de utilização da arbitragem. Insistir na apuração *in concreto* da capacidade negocial do trabalhador, por mais desejável que seja, é impraticável.

Não poucas vezes o legislador, em benefício da simplificação, da maior segurança e da melhor aplicação do direito, tem de sacrificar a mais perfeita adequação da lei à realidade. Como expediente da técnica jurídica, legisla em consideração do *id quod plerumque accidit*. É o que se dá, no fundo, no caso do art. 507-A. Substitui-se o conceito, fluido e aberto, correspondente à capacidade negocial, por uma cifra, que se reputou ser a sua melhor expressão quantitativa. É também o que se vê na fixação da capacidade jurídica em conformidade com a idade da pessoa³⁶. Transforma-se uma qualidade em uma quantidade, substituindo-se, nas palavras de Geny, “une enveloppe molle et flasque” por “une ligne droite et ferme, assurant la précision de la conduite comme des jugements”³⁷. Se a coincidência entre a qualidade e a quantidade não é absoluta – e certamente não o é sempre –, nem por isso perde sentido a solução legal adotada. A Corte Constitucional da África do Sul, confrontada com o problema da quantificação de certas qualidades, confessou: “The line has to be drawn somewhere, and there will always be people on one side of the line who do not benefit and whose positions are not significantly different to those of persons on the other side of the line who do benefit”³⁸. E como lembra Dabin, “la no-

36 Código Civil, art. 4º, inciso I, e CLT, art. 402.

37 *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Sirey, 1921, III, n. 197, p. 59.

38 A decisão, tomada em 18.04.97 no caso *President of the Republic of South Africa and other v. Hugo* (CCT 11/96), envolveu discussão sobre a constitucionalidade dos critérios para a concessão de indulto pelo presidente da república. O trecho transcrito acima se encontra no nº 31, do julgado. Nessa mesma passagem, assinala-se ainda: “Where the power of pardon or reprieve is used in general terms and there is an ‘amnesty’ accorded to a category or categories of prisoners, discrimination is inherent... For instance there may be no meaningful difference between prisoners whose birthday was shortly before the cut off date identified by the President, and who were eighteen when the decision took effect, and those

tion juridique des choses ne saurait coïncider toujours avec la notion réelle et scientifique des mêmes choses, que cette coïncidence, d'ailleurs fort désirable, ne trouve justification qu'autant qu'elle ne rencontre pas d'obstacle dans les exigences pratiques de la maniabilité du droit"³⁹. E mais adiante o mesmo autor anota: "les chiffres ne se justifient que par leur qualité de chiffres, à raison de la facilité et de la sécurité inhérentes au procédé même du chiffrage"⁴⁰. Tudo por conta da máxima romana *ubi jus incertum ibi jus nullum*.

De todo modo, a possibilidade de celebração de cláusula compromissória, nos termos do art. 507-A, de nenhuma forma tolhe a invalidação do ajuste que tenha sido feito. O que se impõe é a demonstração da existência de causa de nulidade ou de anulabilidade, sem que se possa supor ou presumir a sua configuração apenas por participar do negócio um empregado, normalmente tratado de maneira mais protetiva pelo legislador. Aplica-se, *mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio estabelecido pela Súmula nº 342 do Tribunal Superior do Trabalho para os descontos salariais realizados a título de assistência médica ou outro benefício assemelhado⁴¹. O vício de vontade não é presumido; deve ser provado⁴².

Além do conteúdo da cláusula em si, há que avaliar, como assinala a jurisprudência norte-americana, "the manner in which the contract was negotiated and the circumstances of the parties at that time"⁴³. Em *Ingle v. Circuit City*

whose birthday was shortly after the cut off date and were under eighteen at the effective date. Indeed, there might well have been prisoners in the first category who, if assessed individually, might have been considered to be more deserving of a remission of sentence than persons in the latter category".

39 *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1935. p. 120.

40 *La technique de l'élaboration du droit positif cit.*, p. 126.

41 "Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico."

42 Ao aplicar a Súmula nº 342 do TST, o Tribunal do Trabalho da 1ª Região assinalou: "O simples fato de a adesão ocorrer no momento da admissão, não faz presumir a existência de vício de vontade, a tornar nulo o ato" (TRT 1ª Reg., 6ª T., Proc. RO 89.2004.12009.5.01.0069, Rel. José Antonio Piton, 23.01.2013, DJ 01.02.2013). O Tribunal Superior do Trabalho sedimentou a sua jurisprudência na OJ-SBDI 1 nº 160: "É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade". Entre os julgados que levaram à edição do verbete há um em que consta: "É ineficaz a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade" (TST, SBDI 1, Proc. E-RR 90.145/1993, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, Ac. 1.048/96, j. 27.08.96, DJU 13.09.96).

43 *Kinney v. United Healthcare Servs., Inc.*, 70 Cal.App.4th 1322, 1329, 83 Cal.Rptr.2d 348, 352-53 (1999).

Stores, Inc., por exemplo, a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* recusou validade à cláusula compromissória, ainda que nos Estados Unidos vigore clara política de favorecimento de arbitragem⁴⁴, pertinente também em matéria trabalhista. No caso, no entanto, o tribunal entendeu que a cláusula estabelecida era “wholly unenforceable”, pois, além de não prever isenção de despesas para arbitragem proposta por empregado indigente, estabelecia prazo de um ano para oferecimento do pedido e dava ao empregador a prerrogativa de unilateralmente revogá-la⁴⁵.

No sistema jurídico brasileiro, cláusula imposta a todos os empregados que satisfaçam as condições do art. 507-A, sem espaço para oposição, contrasta com a *ratio juris* do art. 51, inciso VII, da Lei nº 8.078/90, e não deve ser tida como válida.

4 – MONTANTE DA REMUNERAÇÃO E ARBITRAGEM

O art. 507-A menciona a remuneração como o elemento decisivo para a possibilidade de utilização da arbitragem: “Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (...)”.

O dispositivo, do ponto de vista técnico, apresenta logo de saída uma evidente deficiência formal⁴⁶. Nele se alude à remuneração, sem se indicar, todavia, o seu modo de aferição. A remuneração pode ser fixada por unidade de tempo ou por unidade de obra⁴⁷. Quando fixada por unidade de tempo, pode ser calculada por hora, por dia, por semana ou por mês. Mesmo os ganhos do empregado mensalista comportam conversão – que por vezes é preciso fazer – para unidade de tempo menor⁴⁸. Mencionar apenas o valor da remuneração, sem precisar o modo de aferição, deixa incompleta a regra. A remuneração de

44 Já se disse certa feita que “questions of arbitrability must be addressed with a healthy regard for the federal policy favoring arbitration”. [*Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983)].

45 328 F 3d 1165 (9th Cir 2003).

46 Eis aí mais uma prova do fenômeno de “dégradation (...) de la qualité de la loi” nos dias de hoje, a que se refere Thomas Piazzon, tendo em conta, naturalmente, o Direito francês (*La sécurité juridique*. Paris: Defrénois, 2009. n. 118 e segs., p. 202 e segs.), mas em juízo que é também válido para o Direito brasileiro e, talvez, para vários outros sistemas jurídicos.

47 Assim para o salário, mas em termos aplicáveis à remuneração igualmente: MAGANO, Octavio Bueno. *Direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992. v. II, n. 131, p. 222. Ver também: CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: LTr, 1994. n. 49, p. 150.

48 Cf. art. 64 da CLT, bem como toda a controvérsia em torno do divisor a adotar-se para cálculo do salário-hora do empregado bancário, resolvida no âmbito dos processos TST-RR-849-83.2013.5.03.0138 e TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003.

que se trata é por unidade de obra ou por unidade de tempo? Se for por unidade de tempo, o período a considerar é o mês, a semana, o dia ou a hora?⁴⁹ Mais inexplicável ainda se torna a lacuna quando se observa que o outro dispositivo da mesma Lei nº 13.467/2017 que mais se aproxima do art. 507-A, ou seja, o parágrafo único do art. 444, com previsão muito semelhante, não incorre nesse erro. Expressamente menciona que o parâmetro quantitativo adotado – também correspondente a “duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” – é determinado a partir do “salário mensal”.

No caso do art. 507-A, há de entender-se que a remuneração mencionada é aferida por unidade de tempo, considerado o período mensal. A conclusão justifica-se seja por aplicação analógica do parâmetro posto no parágrafo único do art. 444, seja pelo evidente irrealismo de exigir-se ganho por unidade de obra, de ocorrência concreta muito menos frequente, ou por período semanal, diário ou horário, o que levaria, em qualquer dos casos, a cifra elevada ou mesmo manifestamente exorbitante.

A afirmação do parâmetro temporal mencionado faz com que não se estenda o permissivo legal ao empregado com ganho mensal inferior ao limite posto, decorrente da prática de jornada inferior à normal. O trabalhador com salário de R\$ 100,00 por hora de trabalho, se prestar serviços em 50 horas por mês, não atingindo no mês o valor mínimo previsto no art. 507-A – em novembro de 2017 correspondente a pouco mais de R\$ 11.000,00 –, não pode subscrever cláusula compromissória, ainda que, tomada a jornada normal de trabalho, de 220 horas mensais, sua remuneração corresponda proporcionalmente a mais do que o dobro do exigido.

Pela mesma razão, as parcelas pagas em período superior ao mês, ainda que tenham natureza remuneratória e integrem a apuração de outros créditos devidos ao empregado, não podem ser invocadas para o atingimento do valor do art. 507-A. A gratificação ajustada paga uma vez ao ano, por exemplo, não é tomada em conta, ainda que, considerada pelo seu duodécimo, faça o ganho mensal do empregado ultrapassar o limite legal.

5 – DEFINIÇÃO DA REMUNERAÇÃO

O limite para a incidência do art. 507-A leva em conta a remuneração. A expressão deve ser tomada em seu sentido técnico, em harmonia com o art.

49 Bem a propósito, Luciano Martinez anota que “não basta (...) dizer qual será a dimensão salarial básica; é imperioso definir em função de que o estipêndio será pago” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 458). Foi exatamente o que se esqueceu de fazer o art. 507-A.

457 da CLT⁵⁰. Importa, pois, não apenas o salário do empregado, mas o conjunto de vantagens que ele recebe, inclusive de terceiros, abrangidas, portanto, gorjetas e gueltas, cuja natureza remuneratória acha-se assentada⁵¹. Incluem-se igualmente prestações *in natura*, por força do disposto no art. 458, *caput*, da CLT. A cessão gratuita de imóvel de elevado valor para uso do empregado, não sendo indispensável ao exercício do trabalho⁵², deve ser considerada para apuração do limite do art. 507-A.

Já as parcelas sem natureza remuneratória e as utilidades desvinculadas do salário, mencionadas nos arts. 457, § 2º, e 458, § 2º, além de participação nos lucros – esta por força do art. 7º, inciso XI, da Constituição e também pela sua limitada frequência de pagamento, que não pode ocorrer mais de duas vezes ao ano⁵³ –, não importam para a apuração do limite do art. 507-A.

O montante da remuneração deve exceder o limite posto quando pactuada a cláusula. O legislador não exigiu a permanência de ganhos superiores ao longo de todo o tempo como pressuposto para a eficácia do ajuste. Logo, se o benefício previdenciário eleva-se posteriormente, sem que também os ganhos do empregado aumentem para manter a remuneração acima do limite legal, o negócio celebrado não fica prejudicado. De igual modo, a redução da remuneração, após a adoção da cláusula, não afeta a sua validade nem lhe tira a eficácia. O empregado que, por conta da gratificação de função, supera o limite legal e, em consequência, aceita subscrever a cláusula compromissória, ao retornar ao cargo efetivo e perder o ganho adicional – seja por se dar o retorno antes do período de 10 anos, seja por aplicação do novo art. 468, § 2º, da CLT – não pode, só por isso, desconsiderar a obrigação assumida. Ressalva-se, como é óbvio, a prática de expediente fraudulento. O passageiro exercício de função de confiança apenas para permitir, com o pagamento da gratificação correspondente, a aplicação do art. 507-A, nulifica o compromisso que venha

50 Aplica-se à hipótese o cânone hermenêutico estabelecido no art. 19, do *Interpretation Act* da província canadense da Nova Escócia “In an enactment... (j) where a word is defined, the definition applies to other parts of speech” (R.S.N.S. 1989, c. 235). É também o critério estabelecido pelo *Interpretation Act* da Austrália, de 1901, em cuja Secção 18A, sob a rubrica “Parts of speech and grammatical forms”, estabelece-se: “In any Act, unless the contrary intention appears, where a word or phrase is given a particular meaning, other parts of speech and grammatical forms of that word or phrase have corresponding meanings”. No mesmo sentido, na doutrina nacional: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. I. p. 77.

51 Cf., como ilustração, “(...) as gueltas compõem a remuneração do reclamante e possuem a mesma natureza integrativa atribuída às gorjetas (...)” (TST, 7ª T., Proc. RR 829002920095010048, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 06.05.2015, DEJT 29.05.2015).

52 Súmula nº 367, inciso I, do TST.

53 Lei nº 10.101/00, art. 3º, § 2º, ressalvada a possibilidade de alteração da periodicidade, decorrente da Lei nº 13.467/2017, nos termos da redação dada ao art. 611-A, inciso XV, da CLT.

DOCTRINA

a ser celebrado. Há infração ao conteúdo da regra, ainda que não à sua letra⁵⁴. Aplica-se ao caso o adágio *fraus omnia corrumpit* e a nulidade acha-se capitulada no art. 166, inciso VI, do Código Civil.

A cláusula compromissória subscrita quando a remuneração do empregado é inferior ao limite legal mostra-se inválida. A superveniente elevação do seu ganho não basta, *per se*, para convalidá-la⁵⁵. Exige-se novo ajuste, observada a forma do art. 507-A. De igual modo, não é dado celebrar a cláusula sob condição suspensiva de elevação do ganho, de modo que, ainda ineficaz enquanto inferior o valor da remuneração, o ajuste se torne eficaz apenas se e quando ultrapassado o valor do art. 507-A da CLT. O não preenchimento do requisito legal faz o ajuste nulo, não apenas ineficaz, e o negócio condicional tem a sua validade definida pelas circunstâncias do tempo de sua celebração, não por aquelas do tempo em que se verifica a condição que lhe foi aposta.

A cláusula celebrada invalidamente não permite que o empregado cobre as diferenças até o limite imposto pela lei. De sua subscrição contra o disposto pelo legislador não se extrai obrigação do empregador de elevação da remuneração.

6 – CAPACIDADE DAS PARTES

O art. 507-A não menciona a capacidade das partes como pressuposto de validade do ajuste trabalhista. Não se exclui que trabalhador incapaz seja empregado em contrato de trabalho com remuneração elevada, como um menor que exerça atividade de artista, hipótese que tem toda pertinência, diante da não exigência, para a arbitragem, de “diploma de nível superior”, formulada pelo parágrafo único do art. 444 da CLT. Aliás, o problema da capacidade de contratar pode colocar-se também sob a perspectiva do empregador.

Na Lei nº 9.307/96, a capacidade de contratar é exigida para a adoção da arbitragem⁵⁶. A remissão do art. 507-A aos “termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”, faz com que se deva exigir também a capacidade de contratar para a adoção da arbitragem em matéria trabalhista individual. Na sua falta, há nulidade do pacto⁵⁷. A conclusão nem sequer depende de legislação especial. A arbitragem sempre se dá por meio da celebração de negócio

54 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. tomo IV, § 406, n. 1, p. 1.999.

55 Código Civil, art. 169, *princípio*.

56 Art. 1º.

57 Código Civil, art. 166, inciso I.

jurídico – cláusula compromissória ou compromisso arbitral – e este, como se sabe, tem como pressuposto de validade a capacidade do agente⁵⁸.

7 – MODALIDADES CONTRATUAIS

A regra do art. 507-A é geral. Aplica-se, portanto, ao contrato comum de trabalho, sem que deixe de ter pertinência em contratos especiais. Assim, a cláusula compromissória pode ser adotada por empregado sujeito ao regime geral de proteção do trabalho ou por empregado sujeito a regime especial. O bancário, o jornalista, o professor, satisfeitos os requisitos legais, podem subscrevê-la. O mesmo vale para as profissões reguladas por leis específicas, como é o caso dos atletas profissionais, radialistas, advogados e aeronautas.

Não importa, de outro lado, a existência de prazo de vigência no contrato. A cláusula compromissória é compatível com os contratos sem prazo e com os que têm prazo, inclusive o contrato de experiência.

8 – MOMENTO DE PACTUAÇÃO

O art. 507-A tem como situação elementar a do empregado que, ao ser contratado com remuneração superior ao limite legal, manifesta interesse em pactuar cláusula compromissória ou aceita a proposição que nessa altura lhe é feita. Ainda que se deva reconhecer, como mencionado em decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, que “o consentimento de trabalho obtido no momento da celebração do contrato, pode ter-se ficado a dever, de alguma forma, à necessidade de não perder a oportunidade de conseguir emprego”⁵⁹, essa é a hipótese prototípica da lei, sem prejuízo de outras, todavia.

A cláusula compromissória pode ser estabelecida durante a vigência do contrato. Basta que os pressupostos legais encontrem-se presentes. O empregado que, ao ser admitido, recebia menos do que o limite legal, pode subscrever a cláusula após ser promovido, passando a ganhar mais. Se a remuneração já era superior ao tempo da contratação, mas não se decidiu por sua celebração na altura, nada impede que se faça isso posteriormente. O silêncio inicial não obsta negociação posterior. Até a recusa manifestada em um primeiro momento não é irreversível. Em nova oportunidade, chegando as partes a acordo, pode ser adotada a cláusula.

58 Código Civil, art. 104, inciso I.

59 Processo 0049294, Rel. Ferreira Marques, j. 30.10.02.

Mesmo antes de formalizado o contrato, pode-se pactuar a cláusula. Na promessa de contrato ou no pré-contrato, se o valor da remuneração supera o limite do art. 507-A, é lícito às partes já adotá-la. O fato de não haver ainda o efetivo pagamento da remuneração não é decisivo. Se fosse, não caberia a arbitragem após a extinção do contrato, quando tampouco há pagamento de remuneração, o que se afigura por completo desarrazoado. Extinto o contrato, a subordinação desaparece, admitindo-se, com mais razão até, que se pactue a cláusula compromissória⁶⁰. A remuneração de que cogita o art. 507-A é a que foi contratada para o futuro contrato ou para o contrato que se extinguiu.

Admitida a pactuação durante a vigência do contrato e após a sua extinção, não há razão para recusá-la no período de aviso prévio, trabalhado ou indenizado, ou mesmo enquanto suspenso ou interrompido o contrato. Para a arbitragem após a extinção do contrato de trabalho, a doutrina anota que, “with regard to the consent of an employee (...) an arbitration agreement made after the termination of the labour contract raises no serious concerns about the employee being manipulated by the employer”⁶¹.

9 – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA OU COMPROMISSO ARBITRAL

O art. 507-A menciona apenas a pactuação de cláusula compromissória. O legislador, porém, *minus dixit quam voluit*. A jurisdição arbitral não supõe sempre a cláusula compromissória. Também pode decorrer de compromisso arbitral celebrado diretamente, sem cláusula antecedente⁶². Se assim é, presentes os pressupostos legais, podem as partes celebrar de pronto o compromisso, sem necessidade de prévia pactuação de cláusula compromissória, ainda que não o diga o art. 507-A. Basta que já exista o litígio.

Admite-se, portanto, que, extinto o contrato de trabalho em que praticada remuneração superior ao limite legal, surgindo controvérsia sobre a exigibilidade de certos direitos, resolvam as partes solucioná-la por meio de arbitragem, desde logo pactuando o compromisso arbitral, com os requisitos do art. 10 da Lei nº 9.307/96.

60 Em Portugal, onde a doutrina considera os litígios trabalhistas insuscetíveis de solução arbitral (cf. GOUVEIA, Mariana França. Curso de resolução alternativa de litígios, cit., p. 122), o Tribunal da Relação do Porto decidiu: “(...) cessado o contrato de trabalho não fica excluído o recurso à arbitragem voluntária para se exigir o pagamento de salários em dívida” (Processo 9640302, Rel. Pinto dos Santos, Ac. 13.01.97).

61 BASHAYREH, Mohammad Hussein. Arbitrating individual labour disputes in Jordan: has the policy of promoting arbitration been misplaced? *Arab Law Quarterly*, v. 23, 2009, p. 450.

62 VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: LEUD, 2004. p. 75.

Mesmo se pendente a ação trabalhista, a arbitragem pode ter lugar. O compromisso arbitral pode ser celebrado extrajudicialmente ou em juízo⁶³. Nada impede que, no curso da ação trabalhista, as partes resolvam submeter o litígio à arbitragem, celebrando o compromisso e extinguindo, sem exame do mérito, o processo em andamento.

10 – FORMA

Não indica o art. 507-A a forma da cláusula compromissória individual trabalhista. Diante do princípio da consensualidade⁶⁴, de sistemas jurídicos que admitem convenções arbitrais não escritas⁶⁵ e, ainda, do caráter não solene do contrato de trabalho, põe-se a dúvida em torno de ser a forma escrita essencial ou não. Mesmo a exigência de concordância expressa, enunciada pelo legislador, não resolve a dificuldade. Como deflui do art. 443, *caput*, da CLT, a manifestação expressa de vontade pode exteriorizar-se “verbalmente ou por escrito”.

A dúvida lançada não nega a inconveniência da forma verbal, indesejável em geral e em particular no caso de ajuste compromissório, pelas incertezas que produz e as dificuldades probatórias consequentes. No entanto, inconveniência não significa invalidade. É preciso, pois, ir mais além.

A alusão à cláusula, sem embargo da pluralidade de sentidos da expressão⁶⁶, já inculca a ideia de texto escrito. Não é natural que o legislador refira-se à cláusula para indicar expressão formulada verbalmente. Ademais, a forma escrita justifica-se pela importância do ato, que envolve derrogação da jurisdição⁶⁷. A dúvida solve-se em definitivo com o exame da Lei nº 9.307/96, cujo art. 4º, § 1º, diz ser da essência da cláusula compromissória a sua estipulação “por escrito”. Cláusula compromissória não escrita é, portanto, nula, nos termos do art. 166, inciso IV, do Código Civil. A forma escrita é imposta, também nas relações individuais de trabalho, *ad substantiam*, não apenas *ad probationem*⁶⁸,

63 Lei nº 9.307/96, art. 9º, § 1º.

64 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. III, n. 25, p. 48.

65 O *Arbitration Act* de 1991 da Província canadense de Ontário, por exemplo, estabelece, na n. 3 da Sec. 5, sob a rubrica de *Arbitration agreements*: “An arbitration agreement need not be in writing”. A mesma regra repete-se no *Arbitration Act* de Alberta, Sec. 5, n. 1.

66 GRASSETTI, Cesare. Clausola. In: *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1960. v. VII. p. 184.

67 REDENTI *apud* BIAMONTI, Luigi. Arbitrato. In: *Enciclopedia del Diritto*, Varese: Giuffrè, 1958. v. II. p. 906.

68 BIAMONTI, Luigi. *Arbitrato cit.*, p. 906. Para a distinção entre forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, em termos gerais: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral cit.*, v. II, n. 29, p. 52; e ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. v. II, n. 99, p. 145.

como no art. 464 da CLT. Por conseguinte, a inobservância da forma não é suprida por algum outro meio de prova, como a confissão⁶⁹.

Se a forma escrita é essencial para a cláusula compromissória em si, o formalismo para a manifestação de concordância pelo empregado não deve ser exacerbado ou potencializado, mesmo sem perder de vista o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Em tempos de desmaterialização dos documentos, cada vez tem menos sentido a exigência de assinatura de próprio punho para a prática dos mais variados atos. O Direito do Trabalho mesmo não fica alheio à transformação. A jurisprudência italiana, mesmo diante da exigência legal de que a dispensa do empregado seja comunicada “per iscritto”⁷⁰, forma imposta sob cominação de ineficácia⁷¹, já admitiu a manifestação de vontade transmitida por mensagem eletrônica. A Corte de Cassação assinalou, a propósito: “il requisito dela comunicazione per iscritto del licenziamento deve ritenersi assolto, in assenza della previsione di modalità specifiche, com qualunque modalità che comporti la trasmissione al destinatario del documento scritto nella sua materialità”⁷².

Não se deve repelir, assim, a concordância manifestada por meio de mensagem eletrônica “ou tout moyen de communication matérialisé par un écrit”⁷³. Como anota a doutrina italiana, “non è necessaria la contestualità dei vari elementi costitutivi del rapporto, e quindi questo può risultare da più scritture separate e non contestuali, e in particolare da scambio di lettere”⁷⁴. O direito português vai ainda além ao considerar satisfeito “o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista troca de uma petição e uma

69 Em sentido aparentemente contrário, para admitir a existência de cláusula compromissória a partir do mero fato de não ter havido questionamento específico no processo: “1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória (...) 3. Homologação deferida” (STJ, Corte Especial, SEC 856/EX, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 27.06.05).

70 Art. 2º, n. 1, da Lei nº 604/66.

71 Art. 2º, n. 3, da Lei nº 604/66.

72 Seção de Trabalho, Sentença nº 29.753, de 12.12.2017, Rel. Spena, proferida no Recurso 24.747/2015.

73 *L'arbitrage institutionnel en France* (dir. Bertrand Moreau). Bruxelles: Bruylant, 2016, p. 74. De igual modo, em Portugal: BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de Arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 39. É também a solução vigente em outros países da América Latina. A *Ley General de Arbitraje* do Peru (Lei nº 26572), por exemplo, estabelece, em seu art. 10º: “Forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a Arbitraje (...)”.

74 BIAMONTI, Luigi. *Arbitrato cit.*, p. 907.

contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra⁷⁵. Tampouco faz sentido, como proposto por alguma doutrina, pretender que, “tendo a convenção várias páginas, todas devem ser assinadas ou rubricadas⁷⁶. Eis uma exigência que se pode deixar de lado, por falta de amparo legal e por não se comprometer, com isso, a segurança do negócio.

No sistema jurídico brasileiro, quando de adesão o contrato de trabalho – o que ocorre na maioria das vezes, mas não sempre –, a concordância do empregado com a exigência do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, pode resultar tanto de documento apartado assinado por ele, como de mensagem eletrônica que venha a enviar ao empregador ou outro instrumento que se possa equiparar a “documento anexo”. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar (...) de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem⁷⁷.”

A cláusula compromissória não constitui condição especial no sentido do art. 29 da CLT, de modo que não é preciso, nem tem pertinência, consigná-la na carteira de trabalho.

11 – ARBITRAGEM INDIVIDUAL, NEGOCIAÇÃO COLETIVA E REGULAMENTO DE EMPRESA

A negociação coletiva não pode interferir nas condições postas pelo art. 507-A para a adoção de arbitragem no plano individual. De um lado, nem a convenção coletiva nem o acordo coletivo suprem o consentimento pessoal do empregado, necessário à adoção da arbitragem em litígios individuais. Não importa que prevejam logo a possibilidade de arbitragem. Sem a manifestação de vontade do próprio empregado, não é válida cláusula compromissória⁷⁸. Entre os casos em que a vontade do próprio empregado é prescindível, diante

75 Art. 2º, n. 5, da Lei da Arbitragem Voluntária.

76 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 105.

77 STJ, 3ª T., Proc. REsp 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.04.2016, DJe 20.05.2016. Decisão de 1985 do Tribunal Federal suíço já admitia: “La clause compromissoire ou le compromis peuvent aussi résulter d’un échange de télex” (ATF 111 Ib 253).

78 No mesmo sentido, antes da Lei nº 13.647/2017: MIRANDA, Fernando Hugo Rabello de. *Arbitragem nos conflitos individuais de trabalho*. São Paulo: dissertação (s.e.p.), 2004. p. 71.

da existência de norma coletiva – redução de salário, por exemplo –, não está a adoção da arbitragem. O direito brasileiro não seguiu no particular o italiano, que condiciona a arbitragem em matéria trabalhista à previsão na lei “o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”⁷⁹.

De outro lado, os instrumentos coletivos nada podem com relação aos requisitos postos pelo art. 507-A. Não lhes cabe ampliá-los, modificá-los ou restringi-los. O art. 613, inciso V, da CLT, quando se refere à previsão, em acordo ou convenção coletiva de trabalho, de “normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenientes por motivos da aplicação de seus dispositivos”, diz respeito apenas aos próprios sujeitos da negociação coletiva, ou seja, entidades sindicais ou empresas. As normas a serem criadas podem envolver, portanto, apenas a arbitragem no plano coletivo. Sintomaticamente, o art. 611-A, ainda que seu rol seja exemplificativo, não menciona a previsão do art. 507-A.

Em consequência, a norma coletiva não pode reduzir o limite mínimo da remuneração exigido para que se adote a arbitragem, tampouco pode elevá-lo, nem pode estabelecer outros requisitos, não previstos pelo legislador, como, por exemplo, exercício de função de confiança ou diretiva, formação de nível superior do empregado, idade mínima, aprovação ou homologação pela entidade sindical, assistência sindical na subscrição da cláusula, participação obrigatória de testemunhas instrumentárias, etc.

Tampouco é permitido ao regulamento de empresa disciplinar a matéria. Impor a arbitragem, por meio de previsão inscrita no regulamento, contrasta com o teor do art. 507-A, que exige iniciativa do empregado ou sua concordância expressa. A mera aceitação dos termos do regulamento pelo empregado, portanto, não é bastante, dela não se extraindo consentimento expresso para com a arbitragem. O que ao regulamento é dado fazer, como manifestação do poder diretivo, é externar antecipadamente a concordância da empresa, à qual

79 *Codice di Procedura Civile*, art. 806. A exigência de previsão em norma coletiva leva a doutrina a falar na necessidade, para a utilização da arbitragem em matéria trabalhista, de “una doppia manifestazione di volontà, prima collettiva, e successivamente individuale” (RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato*. Padova: CEDAM, 2002. p. 237). Interessante nota histórica sobre certo modo de arbitragem, “ampiamente utilizzato dai teorici e dai pratici del diritto del lavoro, sin dai primi anni ‘30” do século XIX – para a qual chamou a atenção Marcos Guilherme Ciccarino Fantinato, na leitura que fez do presente texto –, pode ser conferida em: HERNANDEZ, Salvatore. La via dell’equità per un arbitrato del lavoro più stabile em *Diritto delle relazioni industriali. Rivista della Associazione Lavoro e Ricerche*, Giuffrè, 1992, número 2, p. 13 e 18.

tem de adicionar-se, sucessiva e forçosamente, a do empregado, na forma do art. 507-A⁸⁰.

Admite-se, de todo modo, que a norma coletiva ou o regulamento de empresa prevejam regras favoráveis ao empregado no âmbito da arbitragem. Por exemplo, pode o empregador autolimitar o seu poder diretivo, expresso no regulamento de empresa, para dizer que a arbitragem, quando aceita com os requisitos do art. 507-A, sempre será feita sem ônus financeiros para o empregado. Essa possibilidade, que se estende à negociação coletiva, encontra fundamento no art. 11, inciso V, da Lei nº 9.307/96⁸¹.

12 – ABRANGÊNCIA

A cláusula compromissória pode delimitar a abrangência da obrigação de que se submetam as futuras controvérsias à arbitragem. Embora o mais comum seja a previsão ampla, para que se arbitrem todos os conflitos decorrentes do contrato, não há nenhum impedimento legal para a estipulação de cláusula parcial⁸², possibilidade que o direito português tangencialmente considerou, com a alusão no art. 18, n. 4, da Lei da Arbitragem Voluntária, à competência do tribunal arbitral para conhecer apenas parte do litígio, nos seguintes termos: “4 – A incompetência do tribunal arbitral para conhecer da totalidade ou de parte do litígio que lhe foi submetido só pode ser arguida até a apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta”. No direito espanhol, a Lei de Arbitragem é mais clara ao dispor que as partes são livres para sub-

80 Em termos próximos, conquanto em outro campo, cf. a seguinte decisão do Tribunal da Relação de Lisboa: “Não pode atribuir-se a natureza de cláusula compromissória à assinatura pela A., sociedade que se dedica à reparação de automóveis, de impresso proveniente do Centro de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel, intitulado ‘Adesão – Cláusula Compromissória’, em que a mesma declara ‘Aderir ao Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel, (...)’, e ‘Inserir nos contratos-tipo que utiliza ou vier a utilizar, cláusula designando como competente o tribunal Arbitral deste Centro. II – Essa declaração corresponde a uma declaração unilateral de adesão prévia, constituindo uma mera promessa de celebração de convenção arbitral’” (Proc. 316/10.8YXLSB.L1-2, Rel^a Teresa Albuquerque, Ac. 15.12.2011).

81 Também esse ponto foi notado por Flávio da Costa Higa, em amável leitura que se dispôs a fazer do presente texto.

82 Cf. VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 46, setembro de 1986, p. 365. Na doutrina nacional, SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública*. São Paulo: tese (s.e.p.), 2010. p. 297. Na jurisprudência, cf.: “Não há vedação, na ordem jurídica brasileira, para que a resolução dos conflitos das diversas obrigações de um contrato sejam cuidadas, de forma que parte seja resolvida por arbitragem e parte seja submetida ao Poder Judiciário” (STJ, CE, Proc. SEC 11106/EX, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.05.2017, DJe 21.06.2017) e “É válida (...) a cláusula compromissória constante de acordo que excepcione ou reserve certas situações especiais a serem submetidas ao Judiciário, mormente quando essas demandem tutelas de urgência” (STJ, 4^a T., Proc. REsp 1.331.100/BA, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17.12.2015, DJe 22.02.2016).

meter à arbitragem “todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica”⁸³. A limitação da abrangência da cláusula é algo com interesse no âmbito do contrato de trabalho, em que são múltiplos, e muito distintos, os direitos decorrentes da principal relação jurídica posta.

Assim, é dado às partes restringir, na cláusula compromissória, a matéria ou as matérias que devam ser resolvidas por arbitragem. Pode-se dispor, por exemplo, que apenas as controvérsias relacionadas com duração do trabalho, com parcelas salariais ou com o direito ao recebimento de ações ou de um certo prêmio fiquem sujeitas à arbitragem. Para as demais, resta a solução jurisdicional, sem prejuízo, é evidente, de nova pactuação, ampliativa da anterior.

O fator objetivo de limitação pode ser o valor do litígio, excluindo-se da arbitragem os que excedam certo montante. Também é concebível, ao menos em tese, limitação que não seja objetiva, mas temporal, estabelecendo-se, na cláusula celebrada durante a vigência do contrato de trabalho⁸⁴, que apenas as controvérsias supervenientes fiquem sujeitas à arbitragem, não as antecedentes. A doutrina alvitra inclusive a possibilidade de aposição de elementos acidentais na convenção de arbitragem, sujeitando-a à condição resolutiva ou a termo final⁸⁵.

A delimitação do objeto da cláusula pode fazer com que a arbitragem incida apenas sobre controvérsias relacionadas com fatos ocorridos após a extinção do contrato de trabalho ou com efeitos produzidos depois disso, o que nada tem de extraordinário. É o caso de cláusula que preveja arbitragem unicamente para conflito em torno de pacto de não concorrência pós-contratual, surgindo a controvérsia após a dispensa do empregado. A arbitragem continua a ser trabalhista, sujeita aos limites do art. 507-A da CLT, embora não esteja relacionada com fatos verificados durante a execução do contrato de trabalho.

A cláusula celebrada com a empresa sucedida obriga a sucessora, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT. A *Ley General de Arbitraje* do Peru é, aliás, expressa ao estabelecer que “(e)l convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores (...)”⁸⁶. Não pode a empresa sucessora, portanto, pretender liberar-se da arbitragem, por não ter subscrito a cláusula compromissória. As obrigações antecedentemente assumidas pela empresa sucedida vinculam-na, como efeito de seu ingresso na relação jurídica em que se formaram. Como notado por Evaristo de Moraes Filho, com a sucessão trabalhista, “o sucessor subentra,

83 Lei nº 60/03, art. 9, n. 1.

84 Cf. antes, item 8.

85 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 400.

86 Art. 9º da Lei nº 26572.

para os efeitos do direito do trabalho, na universalidade que constitui a empresa ou estabelecimento, substituindo a pessoa do antecessor, como se fosse ele próprio, continuando-o (...) A relação jurídica – arremata – permanece a mesma (...)”⁸⁷. Com a transmissão da relação jurídica básica, transmite-se também a obrigação arbitral⁸⁸.

A extensão em concreto da obrigação pactuada depende do que dispuserem as partes, o que implica a necessidade, por vezes complexa, de interpretar a cláusula⁸⁹. Essa interpretação faz-se observadas as normas próprias da interpretação dos negócios jurídicos em geral⁹⁰, como anotado em aresto do Tribunal da Relação de Portugal, *verbis*: “É consensual na doutrina e na jurisprudência que a interpretação do conteúdo das convenções de arbitragem está sujeita às regras da interpretação do negócio jurídico previstas nos artigos 236.º e ss. do CC”⁹¹.

87 *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. II, n. 259, p. 249.

88 Em doutrina, cf. VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 395. Para um exemplo, proveniente da jurisprudência espanhola, em que foi admitida, em caso de sucessão de empresas, a legitimação passiva para a arbitragem do sucessor, cf. a decisão tomada pelo Tribunal Superior de Justiça de Madrid, Sala do Civil e Penal, Processo STSJ M 12657/2015, Recurso 59/2015, Decisão 80/2015, de 05.11.2015, Rel. Jesus Maria Santos Vijande. A passagem do julgamento em que se discute e se resolve o problema da sucessão, está no item n. 4 da sentença (p. 8 e 9), cujo texto pode ser consultado, na íntegra, em <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7557710&links=arbitrabilidad&optimize=20151218&publicinterface=true>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

89 Para um exemplo, veja-se a discussão travada na Corte Suprema da Província da Ilha do Príncipe Edward, no Canadá, em julgamento de 23.06.2005, em que se registra, no sumário do julgado: “Arbitration – International Commercial Arbitration Act – deference by courts to agreement to arbitrate – exceptions – scope of arbitration clause – whether torts included – whether illegal contracts and fraud included” (*Agrawest & AWI v. BMA Nderland* 2005 PESC TD 36).

90 Para algumas considerações sobre a interpretação dos negócios jurídicos em geral, cf. DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2017; MCMEEL, Gerard. *The construction of contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2007; GRASSETTI, Cesare. *L'interpretazione del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1983; e CALDERAI, Valentina. *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2008. Em matéria de interpretação de cláusulas arbitrais, cf. VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 365; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem* cit., p. 88; e GONZALEZ, Francisco; MATURANA, Javier. *Interpretation of international arbitration agreements*. Disponível em: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Chile/Gonzalez-Rioseco-Abogados/Interpretation-of-international-arbitration-agreements?utm_source=ILO+Newsletter&utm_medium=email&utm_content=Newsletter+2017-12-07&utm_campaign=Arbitration+%26+ADR+Newsletter>. Acesso em: 7 dez. 2017. Para notas do direito italiano, cf. MARENGO, Roberto. *La nuova disciplina dell'arbitrato – commentario*. Em conjunto com A. Briguglio e E. Fazzalari. Milano: Giuffrè, 1994. p. 6.

91 Processo 3062/10.9TJVN.F.P1, Rel.^a Márcia Portela, Ac. 13.03.2012. O mesmo Tribunal já antes havia decidido: “A interpretação sobre a inclusão de certa matéria na cláusula compromissória faz-se nos termos previstos no art. 236 do Código Civil” (Processo 9451263, Rel. Simões Freire, Ac. 03.04.95). E o Tribunal da Relação de Lisboa teve oportunidade de aduzir: “A interpretação da convenção de arbitragem que, no caso, assume a natureza de cláusula compromissória, porque reportada a litígios eventuais e futuros decorrentes de uma concreta e específica relação contratual (cfr. o art. 1.º, n.º 2, da LAV), está submetida às regras de interpretação das declarações negociais, contidas nos arts. 236.º a 238.º, do C. Civil” (Proc. 1212/14.5T8LSB.L1-7, Rel. Roque Nogueira, Ac. 22.09.2015).

Parte-se da presunção de que todas as controvérsias estão compreendidas, especialmente quando a cláusula menciona o contrato em geral, sem ressalvas específicas. É o que se propõe acertadamente em doutrina⁹² e se acha positivado, por exemplo, no direito italiano, cujo *Codice di Procedura Civile* estabelece, no art. 808, *quater*: “Nel dubbio, la convenzione d’arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce”⁹³. Na jurisprudência portuguesa encontra-se acórdão em que, na linha do exposto, se resolveu: “Quando um artigo estabelece a obrigatoriedade da tentativa de conciliação previamente ao recurso ao tribunal arbitral, o artigo seguinte, ao dizer que, frustrada essa tentativa, as partes podem recorrer ao tribunal arbitral, deve ser interpretada no sentido de estar aberta a fase da arbitragem, e não como estabelecendo a competência alternativa dos tribunais judiciais... Em caso de dúvida, deve entender-se que as convenções arbitrais estabelecem competência exclusiva dos tribunais arbitrais, não sendo de aplicar analogicamente a regra constante do artigo 99º, nº 2, do CPC, para os pactos atributivos e pactos privativos de jurisdição”⁹⁴. No direito nacional, a cláusula que menciona a arbitragem de todas as controvérsias decorrentes do contrato de trabalho, ainda que celebrada apenas entre o empregado e a empresa que formalmente o contratou, deve ser lida de modo a abranger as demais empresas integrantes do grupo econômico,

92 Por exemplo: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo cit.*, p. 84.

93 Certa feita a Corte de Cassação italiana teve de examinar a abrangência da obrigação assumida em cláusula compromissória que sujeitava a arbitragem as seguintes controvérsias: “le controversie che dovessero insorgere tra società e ciascun socio, ovvero tra i soci medesimi, nonchè tra gli eredi del socio defunto e gli altri soci e/o la società, connesse alla interpretazione e all’applicazione dell’atto costitutivo e/o più in generale, all’esercizio dell’attività sociale, verranno deferite alla decisione dell’arbitro unico”. Entendeu que estavam compreendidos até mesmo atos anteriores ao ingresso da agente na sociedade, desde que “i danni si siano avuti successivamente all’acquisto della qualità di socio” (Cass. Civ., Sec. I, Sentença nº 20.741, de 10.10.2011). Em outra decisão, afirmou o mesmo tribunal: “secondo il consolidato indirizzo di questa Corte, il collegio arbitrale, al quale con una clausola siano state deferite le controversie in materia di interpretazione o di applicazione del contratto, è competente a decidere anche in materia di inadempimento o di risoluzione del contratto stesso poichè detto patto, in assenza di espressa volontà contraria, deve essere interpretato in senso lato, con riferimento a tutte le controversie relative a pretese aventi causa nel contratto (cfr. per tutte Cass., Sez. 1, 22 dicembre 2005, nº 28485; Cass., Sez. 1, 2 febbraio 2001 nº 1496; Cass., Sez. 2, 20 febbraio 1997, nº 1559)” (Cass. Civ., Sec. II, Sentença nº 13.531, de 20.06.2011). Em sentido contrário, porém, decidiu a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil* da Argentina, em decisão de que se extrai a seguinte passagem: “(...) dado que la regla es que los juiciosse sustancien y decidan a través de los órganos a quienes se les delegó la administración de justicia, la competencia arbitral es de excepción y las convenciones contractuales que someten los conflictos a ese procedimiento deben ser interpretadas com especial prudencia y carácter restrictivo” (*Allende y Brea Sociedad Civil c/ Rattagan, Miguel*, j. 17.09.08. Disponível em: <<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B151&td=7&qn=1>>. Acesso em: 30 jan. 2018).

94 Tribunal da Relação do Porto, Processo 3062/10.9TJVNFP1, Relª Márcia Portela, Ac. 13.03.2012.

considerada a intenção das partes⁹⁵, em harmonia, inclusive, com o disposto na Súmula nº 129 do Tribunal Superior do Trabalho⁹⁶.

Prevista a arbitragem de litígios surgidos em torno do cumprimento do contrato de trabalho, devem entender-se abrangidas tanto as controvérsias sobre o que foi contratado pelas partes como igualmente as controvérsias que resultem da incidência “de normas legais aplicáveis a essa relação jurídica ou a efeitos legais de actos ou factos”⁹⁷. Se a cláusula menciona litígios decorrentes da inexecução do contrato, estão compreendidos “aqueles em que uma parte reclama contra a resolução do contrato pela outra parte, pois essa resolução implica a inexecução”⁹⁸.

A restrição da obrigação, tanto a objetiva como a temporal, não repercute no limite de que trata o art. 507-A da CLT. O parâmetro legalmente instituído não leva em conta a expressão econômica da controvérsia a ser resolvida por arbitragem, mas a remuneração do empregado. Logo, é possível que a importância econômica em discussão na arbitragem seja inferior ao valor mínimo de que cogita o art. 507-A, sem que fique prejudicada a validade da cláusula.

13 – ABRANGÊNCIA LIMITADA DA ARBITRAGEM E PREJUDICIALIDADE

Se a cláusula adotada menciona apenas parte das controvérsias decorrentes do contrato de trabalho – e não todas –, pode surgir a necessidade de pronunciamento do tribunal arbitral sobre questão cujo exame não lhe haja sido contratualmente atribuído. Suponha-se cláusula de arbitragem para discussão apenas do cumprimento do pacto de não concorrência pós-contratual, no qual a obrigação a cargo do empregado fique, por disposição das partes, afastada em caso de rescisão indireta provocada pelo empregador⁹⁹. Controvertendo-se sobre a responsabilidade pela rescisão do contrato, dado o empregador pretender qualificá-la como demissão, a solução do litígio caberá ao tribunal arbitral ou ao juízo trabalhista, consoante o pedido deduzido.

Para exigir o cumprimento da obrigação de não concorrência, o empregador deve dar início à arbitragem. E o tribunal arbitral pode e deve resolver

95 Código Civil, art. 112.

96 A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.”

97 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 360.

98 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 368.

99 É, aliás, a solução do direito suíço, em que a obrigação de não concorrência cessa “si l’employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l’employeur” (Código suíço das obrigações, art. 340c, n. 2).

a controvérsia sobre a qualificação da extinção do contrato, a despeito da regra do art. 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/96. A discussão será travada sob a forma de questão prejudicial, emergindo a pertinência de sua apreciação no âmbito da lide arbitral, mesmo sem previsão na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral¹⁰⁰. A conclusão a que chegar o tribunal arbitral sobre a prejudicial – para dizer se houve mesmo demissão ou, antes, rescisão indireta – influi na exigibilidade do cumprimento da obrigação de não concorrência. Mas não decide definitivamente a divergência.

Para reclamar pagamento de aviso prévio e multa do FGTS, o empregado deve ajuizar ação trabalhista, no âmbito da qual a conclusão a que chegou o juízo arbitral, sobre a modalidade de extinção do contrato, não tem força vinculativa¹⁰¹. Em tese, é possível que as conclusões sejam conflitantes, entendendo-se, na arbitragem, ter havido rescisão indireta e, no juízo trabalhista, ter havido demissão. Surge, com certeza, contradição lógica entre os pronunciamentos, mas pouco importa. Como adverte Chiovenda, “i principii sulla cosa giudicata escludono (...) per sè stessi solo il conflitto pratico dei giudicati, cioè decisioni diverse rispetto alla stessa azione, quindi praticamente incompatibili (...) Essi invece non si preoccupano e non pongono alcun rimedio al semplice conflitto teorico dei giudicati, cioè al caso di decisioni logicamente incompatibili ma praticamente conciliabili”¹⁰²⁻¹⁰³.

100 A matéria a ser examinada prejudicialmente pode até mesmo não estar sujeita à arbitragem, como já decidiu o Tribunal Federal suíço: “Le tribunal arbitral est compétent pour examiner à titre préjudiciel si une infraction a été commise” (ATF 133 III 139). O direito italiano é expresso, no art. 819 do *Codice di Procedura Civile*, n. 1: “Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge”.

101 CPC, art. 503, § 1º, inciso III. *Mutatis mutandis*: “Não faz coisa julgada material a decisão da Justiça do Trabalho sobre retenção de imposto de renda, uma vez que aquela justiça especializada não possui competência para dispor sobre relação jurídico-tributária, com exceção das contribuições previdenciárias. Ademais, nos termos do art. 469, III, do CPC, questão prejudicial decidida incidentalmente não faz coisa julgada material” (TJRS, 22ª Câm. Cív., ApCív 700064935604, Relª Marilene Bonzanini, j. 08.06.2015, DJ 12.06.2015). Em doutrina, cf. ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 379.

102 *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1954. § 79, p. 920.

103 Para um exemplo na jurisprudência espanhola, em torno de arbitragem sobre acordo de não concorrência e conhecimento da matéria também pela jurisdição trabalhista, com comentários sobre o possível conflito de pronunciamentos, cf. a decisão tomada pelo Tribunal Superior de Justiça de Barcelona, Sala do Civil e Penal, Processo STSJ CAT 1280/2016, Recurso 3/2014, Decisão 6/2016, de 04.02.2016, Relª Maria Eugenia Alegret Burgues. A parte que interessa do julgamento está no item n. 10 da decisão (p. 10 e 11). Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7640786&links=arbitrabilidad&optimize=20160414&publicinterface=true>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

14 – ARBITRAGEM DE DIREITO OU DE EQUIDADE

Segundo a Lei nº 9.307/96, a arbitragem pode ser de direito ou de equidade, cabendo às partes a eleição do critério que entendam mais adequado aos seus interesses¹⁰⁴. A possibilidade de livre escolha está afastada apenas quando envolvida a administração pública. Impõe-se, no caso, a arbitragem de direito, por força, inclusive, de sua sujeição ao princípio constitucional na legalidade¹⁰⁵.

Em matéria trabalhista, o art. 507-A não cuida do assunto. Mas a Lei nº 13.467/2017 não derogou – nessa hipótese ao menos – o art. 9º da CLT. Permanece, portanto, a proibição de impedir-se, por ato de particulares, a aplicação dos dispositivos legais trabalhistas imperativos. Por conseguinte, entende-se não haver espaço para que as partes prevejam arbitragem por equidade em litígio trabalhista individual, o que, se aceito, deixaria margem para desconsiderar a incidência das normas legais na solução do conflito¹⁰⁶.

Se a cláusula compromissória prevê arbitragem por equidade, põe-se a dúvida de saber se a invalidade atinge todo o ajuste, deixando aberta a via judicial, ou se compromete apenas o critério previsto, mantida a solução arbitral, a ser feita, porém, segundo as regras de direito. É, no fundo, o problema da extensão da nulidade parcial¹⁰⁷. O ponto decisivo está no art. 184 do Código Civil, cuja pertinência, em matéria de arbitragem, não suscita dúvida teórica¹⁰⁸. O importante – não sendo o caso de indivisibilidade objetiva¹⁰⁹, ou seja, “l’acte est matériellement divisible”¹¹⁰ –, é, como lembra a doutrina¹¹¹, a intenção prática das partes. Se pactuaram a cláusula com o propósito de solucionar o litígio por equidade, todo o ajuste é inválido. Não há como o decompor, diante

104 Lei nº 9.307/96, art. 2º, *caput*.

105 Constituição, art. 37, *caput*, e Lei nº 9.784/99, art. 2º.

106 Sobre a questão, no sistema jurídico italiano, cf. HERNANDEZ, Salvatore. *La via dell’equità per un arbitrato del lavoro più stabile* cit., p. 19.

107 Para algumas reflexões sobre a matéria, um pouco menos estudada pela doutrina nacional, cf. MARZIO, Fabrizio Di. *La nullità del contratto*. Padova: CEDAM, 1999. p. 389 e segs. Obrigatória a referência ao livro de SIMLER, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques*. Paris: LGDJ, 1969, em que a exposição é bastante mais aprofundada. Mais recentemente, no campo trabalhista, VICENTE, Joana Nunes. *A invalidade parcial do contrato de trabalho*. Coimbra: Gestlegal, 2017, *passim*.

108 Expressamente admitindo a aplicação, em matéria de arbitragem, do dispositivo correspondente, no direito português, VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 371.

109 A propósito: SIMLER, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques* cit., n. 295 e segs., p. 358 e segs.

110 SIMLER, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques* cit., n. 302, p. 369.

111 DAMAS, Joaquim Domingues. *A redução do negócio jurídico*, p. 717. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Bc1ea44d2-6997-4348-8474-38b4f80f0cf5%7D.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

de seu “scopo unitario”¹¹². O fim principal buscado – solução por equidade – compromete todo o acordo¹¹³. Se, ao contrário, pretenderam, como fim principal, obter solução arbitral para a controvérsia, elegendo, por desconhecimento do limite legal, o critério da equidade, o resultado pode ser diverso, de modo que se mantenha a cláusula. É, ao fim e ao cabo, a ideia subjacente ao seguinte pronunciamento do Tribunal Federal suíço: “S’il n’est pas possible de constituer le tribunal arbitral en appliquant le règlement adopté par les parties, cela n’entraîne pas nécessairement la nullité de la clause compromissoire lorsque celle-ci fait clairement ressortir la volonté des parties de soumettre leurs différends à une juridiction arbitrale privée”¹¹⁴.

Será preciso, portanto, buscar a intenção das partes, mediante interpretação do negócio, sem desconsiderar o peso que possam ter as tratativas, pois, como já disseram os tribunais norte-americanos, “(a)s an aid in discovering the all-important element of intent of the parties to the contract, the trial court may look to the circumstances surrounding the making of the agreement (...) the preliminary negotiations between the parties (...)”¹¹⁵.

Nada impede que haja disposição expressa no compromisso sobre a separabilidade ou não das suas partes¹¹⁶, o que se mostra mesmo recomendável, para evitar as incertezas interpretativas que o silêncio pode ocasionar. Se o próprio negócio estabelece que a invalidade do critério eleito (solução por equidade) não compromete o restante do ajuste – ou o contrário –, *tollitur quaestio*. No primeiro caso, excluída a solução por equidade, permanece a obrigação decorrente do compromisso. No segundo, a obrigação toda fica invalidada.

112 BIANCHI, Giorgio. *Nullità e annullabilità del contratto*. Padova: CEDAM, 2002. p. 500, com indicação de precedente da Corte de Cassação italiana. Na doutrina nacional, Zeno Veloso anota: “ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total” (*Invalidade do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95).

113 É a solução que resulta também do art. 1.419, *principio*, do Código Civil italiano: “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”.

114 ATF 130 III 66.

115 *Universal Sales Corp. v. California Press Mfg. Co.* (20 Cal.2d 751).

116 VICENTE, Joana Nunes. *A invalidade parcial do contrato de trabalho* cit., p. 98.

De toda maneira, diante do teor do art. 184 do Código Civil, a presunção, tal como no direito português¹¹⁷ e no suíço¹¹⁸, é a da separabilidade das disposições: *utile per inutile non vitiatur*.

15 – CLÁUSULA BILATERAL OU UNILATERAL

Concebem-se, em teoria, cláusulas compromissórias unilaterais ou assimétricas e cláusulas compromissórias bilaterais ou recíprocas. Estas obrigam ambas as partes; aquelas deixam a uma delas, mas não à outra, a prerrogativa de aceitar ou não a arbitragem. É controvertida a validade das primeiras. Há quem as admita, sob o argumento de que “não é necessária a reciprocidade” na arbitragem¹¹⁹. Mas encontram-se precedentes judiciais contrários também. Em *Union Of India vs Bharat Engineering Corporation*, a *High Court of Delhi* decidiu que “for an arbitration agreement to be born, both parties must promise to submit differences to arbitration”¹²⁰. O exame da jurisprudência em diferentes sistemas jurídicos como Reino Unido, Estados Unidos, França, Itália e Portugal mostra que o único ponto comum entre eles é que “there is no universal rejection – or acceptance – of asymmetrical arbitration clauses”¹²¹.

No sistema brasileiro, cláusula que impusesse a arbitragem apenas para o empregado, deixando ao empregador a faculdade de optar por sua adoção ou pela utilização da alternativa jurisdicional, seria contrária à teleologia do art. 507-A da CLT, cujo sentido é criar uma alternativa para o empregado, não para o empregador. Mas não há razão para repelir-se a solução oposta, ou seja, cláusula que imponha a arbitragem apenas para o empregador, deixando ao empregado

117 O artigo 292º do Código Civil português estabelece: “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”. A mencionar, a partir do artigo 292º, “uma presunção de divisibilidade ou separabilidade do negócio, sob o ponto de vista da vontade das partes”, Supremo Tribunal de Justiça, Proc. nº 08A1736, Rel. Fonseca Ramos, j. 24.06.08. Em doutrina, novamente: DAMAS, Joaquim Domingues. *A redução do negócio jurídico* cit., p. 721.

118 Trata-se do artigo 20, n. 2, do Código Suíço das obrigações, *verbis*: “Si le contrat n’est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu’il n’y ait lieu d’admettre que le contrat n’aurait pas été conclu sans elles”.

119 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 362. Com a mesma conclusão, sem indicação de fundamento, todavia: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem* cit., p. 93. Na jurisprudência norte-americana, no mesmo sentido, cf. *Ex Parte McNaughton*, 728 So. 2d 592 (Ala. 1998), com a afirmação, em resumo, de que “arbitration is not inherently unconscionable, nor is it a remedy”, podendo a sua adoção, portanto, ser imposta apenas para uma das partes, e não para ambas.

120 ILR 1977 Delhi 57, 1977 RLR 499; a passagem transcrita encontra-se no item 22 da decisão.

121 HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Asymmetrical arbitration clauses under the Portuguese law*. *Young Arbitration Review*, October 2013, p. 60. Disponível em: <http://www.bch.pt/Extract_October_2013_YAR.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

a alternativa da escolha. A literalidade do art. 4º da Lei nº 9.307/96, com a menção ao compromisso das “partes” – não ao compromisso de apenas uma delas –, não é decisiva e não suplanta a especificidade da arbitragem trabalhista.

Se a cláusula prevê obrigação de arbitragem apenas para o empregado, não para o empregador, recoloca-se o problema da abrangência da nulidade, versando no item anterior. A previsão invalida a cláusula toda ou, ao contrário, a limitação, de modo a fazer com que a obrigação estenda-se também ao empregador? A primeira alternativa é a mais correta e condizente com o critério já proposto. A vontade de uma das partes é não se obrigar, algo que implica a nulidade do ajuste. Ampliar o ajuste, para salvá-lo, leva à sua completa remodelação, com uma contratação diversa, o que violenta a vontade negocial. Admiti-lo “constitui uma ingerência indevida no espaço reservado à autonomia das partes”¹²². Vale, no caso, a advertência de Jossierand, ainda que formulada em outro contexto, tendo em conta a chamada teoria da desnaturação, utilizada para limitar a interpretação judicial dos contratos: “les tribunaux ne peuvent pas, sous prétexte d’interpréter un contrat, le dénaturer (...) ils ne peuvent pas refaire l’acte”¹²³. Os tribunais brasileiros já tiveram o cuidado de evitar esse resultado, fazendo respeitar a vontade das partes¹²⁴.

Somente se as próprias partes tiverem previsto – o que há de ser raro na prática – a ampliação da obrigação, para, em caso de invalidade do ajuste unilateral, torná-lo bilateral, é que se poderá salvar o compromisso. Nesse caso não há remodelação da contratação ou sua desnaturação, mas estrita aplicação da vontade das partes, manifestada de maneira sucessiva, a saber: obrigação A (compromisso unilateral), substituída, em caráter sucessivo, pela obrigação B (compromisso bilateral), se invalidada a primeira.

122 VICENTE, Joana Nunes. *A invalidade parcial do contrato de trabalho* cit., p. 108.

123 *Cours de droit civil positif français*. Paris: Sirey, 1933, II, n. 242, p. 128. No mesmo sentido: PLANIOL; RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: LGDJ, 1932. *Tome deuxième*, n. 1.184, p. 445. Cf., para a indicação de vários precedentes da Corte de Cassação francesa: *Code Civil*. Paris: Dalloz, 2004. p. 922. Sobre a teoria da desnaturação, mais amplamente, cf. BORÉ, Jacques. *La cassation en matière civile*. Paris: Sirey, 1988. n. 1.232, p. 415 e segs.

124 No Superior Tribunal de Justiça decidiu-se, ao não aplicar a regra do art. 184 do Código Civil: “Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação” (STJ, 3ª T., REsp 981.750/MG, Relª Minª Nancy Andrihgi, j. 13.04.2010, DJe 23.04.2010).

16 – APLICAÇÃO DO DIREITO E INCONSTITUCIONALIDADE

Ao árbitro incumbe, como juiz de fato e de direito¹²⁵, examinar a constitucionalidade das normas a aplicar ao caso submetido a decisão. Se as entender inconstitucionais, deve deixá-las de lado, em respeito à supremacia da Constituição¹²⁶. A Corte Constitucional italiana, no particular, já admitiu incidente de inconstitucionalidade suscitado por árbitro, nos seguintes termos: “l’arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l’applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l’aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l’interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. Il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell’itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali – come ogni giudice – sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum Constitutionem*”¹²⁷. E o Tribunal Constitucional de Portugal aduziu, sobre o tema: “Os tribunais arbitrais (necessários e voluntários) são também ‘tribunais’, com o poder e dever de verificar a conformidade constitucional de normas aplicáveis no decurso de um processo judicial e de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais”¹²⁸.

No sistema brasileiro, em que o juízo abstrato concentrado convive com o juízo incidental difuso, a inconstitucionalidade pode ser diretamente declarada pelo árbitro, sem submissão da controvérsia a algum tribunal¹²⁹.

125 Art. 18 da Lei nº 9.307/96.

126 MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 225; e FAZZALARI, Elio. *La nuova disciplina dell’arbitrato* – commentario. Em conjunto com A. Briguglio e Roberto Marengo, cit., p. 141.

127 Sentença nº 376/2001, decisão de 22.11.01, publicada em 05.12.01.

128 Acórdão nº 181/2007, Rel. Paulo Mota Pinto, decisão de 08.03.07.

129 No mesmo sentido: TIBURCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, maio/ago. 2014, v. 266, p. 173; e WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, v. 1, n. 4, ano III, p. 22. Disponível em: <http://frame.sistemapueridomus.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-1.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2017. No sistema português, ao contrário, a decisão do tribunal arbitral que pronuncia a inconstitucionalidade de alguma norma fica sujeita a recurso para o Tribunal Constitucional, não se admitindo nem mesmo que as partes pretendam, ao abrigo do artigo 39º, n. 4, da Lei da Arbitragem

17 – ARBITRAGEM, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS VINCULANTES

Para a solução da controvérsia, pode o Tribunal Arbitral servir-se da jurisprudência judiciária ou, se pertinente, administrativa¹³⁰, utilizando-a como fundamento decisório. Mas não está de nenhuma forma obrigado a fazê-lo. Em arbitragem trabalhista a desenvolver-se no Rio de Janeiro, por exemplo, o tribunal arbitral não precisa respeitar as súmulas do Tribunal do Trabalho da 1ª Região e tampouco as do Tribunal Superior do Trabalho. Não se lhe aplica a regra do art. 927 do CPC.

Não se acha o árbitro sujeito às súmulas em geral, nem mesmo às vinculantes, por não integrar o Poder Judiciário ou a administração pública, direta ou indireta¹³¹. Contra sua decisão contrária a súmula vinculante não cabe a reclamação prevista no art. 103-A, § 3º, da Constituição¹³². A regra do art. 18 da Lei nº 9.307/96 deve ser lida de modo amplo. A não sujeição “a recurso” compreende também medidas outras, de natureza recursal discutível ou mesmo sem natureza recursal. O precedente jurisprudencial importa, na arbitragem, apenas por sua eficácia persuasiva, não pelo valor adicional que adquire no âmbito do Poder Judiciário.

Decisão arbitral que seja fundamentada, ainda que em contradição com a jurisprudência dominante, sumulada ou não, satisfaz a exigência do art. 26, inciso II, da Lei nº 9.307/96¹³³. Fundamentação incorreta ou inadequada não é equivalente à inexistência de fundamentação. Não é passível de anulação, na forma do art. 32

Voluntária (“A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável”), convencionar a exclusão dessa recorribilidade, por conta do disposto no art. 73 da Lei do Tribunal Constitucional, em que se estabelece: “O direito de recorrer para o Tribunal Constitucional é irrenunciável”. Sobre o tema, de maneira mais desenvolvida: MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto. Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano IX, n. 16, 2009, p. 185 e segs.

130 Pense-se em pronunciamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ou do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

131 TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. São Paulo: s.e.p. (tese), 2008. n. 3.18.7, p. 169.

132 TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>. Acesso em: 26 dez. 2017; e ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro*. *Revista de Processo*, dez. 2012, vol. 214. Disponível também em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/arbitragem-e-efeito-vinculante-v.-digital.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017. p. 6.

133 Sem razão, no particular, ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro cit.* Acesso em: 26 dez. 2017. p. 10.

da Lei nº 9.307/96, tão só por desprezeitar a jurisprudência¹³⁴. A jurisprudência espanhola já repeliu, com todo acerto, pedido de anulação de decisão arbitral que, de maneira fundamentada, não aplicou a jurisprudência invocada por uma das partes¹³⁵. Há que ter o cuidado de não transformar a ação anulatória do art. 32 em meio recursal indireto, para rever o acerto da decisão tomada pelo tribunal arbitral¹³⁶.

18 – DISTRATO

A cláusula compromissória reveste-se de força obrigatória, impeditiva de qualquer alteração ou desconsideração unilateral (*pacta sunt servanda*). A

-
- 134 TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial* cit. Acesso em: 26 dez. 2017. Em sentido contrário: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>>. Acesso em: 11 fev. 2018. É excessivo dizer, como faz o último autor, que o árbitro, reconhecendo a existência do precedente, decidindo, porém, em desacordo com ele, “estará julgado exclusivamente conforme seu senso de justiça”, o que envolveria, no fundo, pronunciamento por equidade, sem autorização das partes, ou pronunciamento sem os elementos do art. 26, inciso II, da Lei nº 9.307/96. A proposição mostra-se exagerada. Solução que não aplica a jurisprudência não é juridicamente equivalente à solução tomada por equidade ou solução que não examina “as questões de fato e de direito” submetidas à apreciação. Pode ser, pura e simplesmente, solução que aplica outra interpretação, também legítima ou aceitável. Tampouco se subscreve a assertiva de que “o que gera o vício e a possibilidade de anulação é o julgamento expressa e conscientemente *contra legem*. Nele se reconhece a existência de lei ou do precedente vinculante, mas se deixa de aplicá-los por entender, o árbitro, ser capaz de encontrar solução mais justa do que encontrou o legislador ou a corte de precedente” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais* cit. Acesso em: 11 fev. 2018). Essa última ideia deixa a anulabilidade da decisão na dependência da expressão contida na decisão arbitral ou na mente dos árbitros, não no seu conteúdo intrínseco. Vício que é objetivo fica subjetivado e facilmente contornável. Por fim, não se compreende como admitir a anulação de sentença arbitral que não aplica a jurisprudência e não a da sentença arbitral que aplica mal a lei. Aberta uma exceção, outras deveriam, por coerência, ser admitidas. O sistema desenhado pelo legislador, contudo, rui por inteiro. Melhor é mesmo afastar a anulabilidade da decisão arbitral contrária à jurisprudência.
- 135 Tribunal Superior de Justiça, Sala do Civil e Penal de Madrid, Processo STSJ M 9471/2017, Recurso 18/2017, Decisão 52/2017, de 19.09.2017, Rel^a Susana Polo Garcia. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=8169037&links=arbitrabilidad&optimize=20171018&publicinterface=true>>. Acesso em: 3 jan. 2017.
- 136 Na jurisprudência nacional: “Sentença arbitral. Ação anulatória desta. Defeito formal. Superação por posterior decisão esclarecedora. Ausência de violação de normas cogentes com o julgamento pela corte arbitral. Questionamentos trazidos pela parte queixosa que são limitados à mera valoração das provas e interpretação do contrato que deu azo à demanda. Eficácia da decisão que, em tais circunstâncias, é inquestionável. Imprudência pronunciada em primeiro grau. Apelação denegada” (TJSP, 25ª Câmara. Dir. Priv., Ap. 9000084-58.2008.8.26.0100, Rel. Sebastião Flávio, j. 22.04.2014, DJ 23.05.2014) e “A nulificação da sentença arbitral somente pode ser buscada judicialmente nas hipóteses taxativas e de ordem formal elencadas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Alegação de violação ao princípio do contraditório, ante o indeferimento de produção de prova. Não configuração. Aos árbitros se aplicam os mesmos princípios inerentes à função judicante, notadamente o livre convencimento motivado ou persuasão racional. Os elementos probatórios colacionados aos autos eram aptos, idôneos e suficientes para o deslinde da questão. Em última análise, as apelantes buscam a desconstituição da sentença arbitral, contrária à pretensão que deduziram, por razões de mérito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Negado provimento” (TJSP, 25ª Câmara. Civ., Ap. 1007915-84.2017.8.26.0100, Rel. Hugo Crepaldi, j. 14.09.2017, DJ 14.09.2017).

Corte de Cassação francesa teve oportunidade de lembrar que “l’arbitre est investi de la mission de trancher le litige en vertu d’un contrat, lui-même doté de la force obligatoire de l’article 1134 du Code Civil (...)”¹³⁷.

Como é natural, todavia, pode haver nova contratação ou até distrato, como explicitado no artigo 4º, n. 2, da Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal: “A convenção de arbitragem pode ser revogada pelas partes, até à prolação da sentença arbitral”. Consequentemente, cláusula limitada – em que prevista a arbitragem apenas para solução da controvérsia sobre o objeto “a” do contrato, e não sobre os objetos “b” e “c” – comporta extensão ulterior ou, inversamente, cláusula ampla pode ser mais adiante restringida. Ressalve-se, porém, a impossibilidade de ampliação da cláusula se ausente, no momento, o pressuposto do art. 507-A da CLT. Quer dizer, celebrada cláusula limitada, para arbitragem apenas de controvérsia sobre o objeto “a”, não há como ampliá-la mais adiante, para incluir os objetos “b” e “c” quando o empregado, por ter deixado o exercício de função gratificada, não ganha mais o salário exigido.

Para a alteração da cláusula há que observar a mesma forma exigida em sua celebração. Também assim para o distrato formal, ou revogação, embora o mesmo resultado possa ser alcançado por via diversa, menos formal. É que no direito brasileiro, tal como se vê no direito português¹³⁸, no italiano¹³⁹ e no espanhol¹⁴⁰, a exceção decorrente da existência de cláusula compromissória é de natureza relativa. Deve ser suscitada pela parte interessada, no prazo para a

137 *Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, Proc. 13-20350, decisão de 14.01.2015, *Bulletin* 2015, I, nº 1.

138 Cf. artigo 5º, n. 1, da Lei da Arbitragem Voluntária e, ainda, as seguintes decisões, a primeira do Supremo Tribunal de Justiça; a segunda, do Tribunal da Relação de Lisboa: “Da convenção arbitral nasce um direito potestativo para as partes e se para a resolução de um litígio objecto dela uma parte recorrer ao tribunal comum deve a outra arguir, sem isso importar qualquer restrição do direito de acesso aos tribunais, a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, a qual não é de conhecimento oficioso” (STJ, Proc. 99A1015, Rel. Aragão Seia, j. 18.01.00) e “Mesmo que as partes hajam validamente estipulado o recurso à arbitragem (por compromisso arbitral ou cláusula compromissória), a exceção da violação de tal convenção deverá ser deduzida pelo R. para que o tribunal dela possa conhecer” (RL, Proc. 3041/2006-2, Rel^a Maria José Mouro, Ac. 20.04.06).

139 BIAMONTI, Luigi. *Arbitrato cit.*, p. 926. O mesmo quadro está presente ainda no direito canadense. Em *ABN Amro Bank Canada v. Krupp MaK Maschinenbau GmbH et al.*, a Corte de Ontário decidiu, em julgamento de 23.12.94: “Arbitration – International commercial arbitration – Stay of proceedings – Request that dispute be referred to arbitration must be made to court – Request must be made before party takes step in proceeding (...)”. A decisão encontra-se disponível para consulta, na íntegra, em: <http://www.uncitral.org/docs/clout/CAN/CAN_231294_FT.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

140 Artigo 11, n. 1, da Lei nº 60/03: “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda”.

defesa¹⁴¹. O silêncio “implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”, conforme art. 337, § 6º, do CPC. Por conseguinte, o efeito do distrato pode ser obtido, quando judicializada a controvérsia, sem nenhuma formalidade adicional, com o mero silêncio do réu. Daí alguma doutrina preferir separar a revogação – decorrente do exercício da mesma autonomia de vontade das partes exercitada quando celebração do ajuste – da renúncia, caso em que “a vontade, pelo menos de uma das partes, é manifestada tacitamente”¹⁴². A regra do art. 472 do Código Civil não afasta a solução, por ser impertinente no contexto.

19 – DIREITO INTERTEMPORAL

Não oferece dificuldade a aplicação da regra do art. 507-A da CLT aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor. Mais delicada, porém, é a situação dos contratos vigentes nessa altura e, de outra parte, a dos contratos extintos antes.

Como relação jurídica de trato sucessivo, o contrato de trabalho fica sujeito, em princípio, à incidência da lei nova: *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*. É o que expressa, de maneira imperfeita e incompleta, o art. 912 da CLT, principal dispositivo de direito intertemporal trabalhista¹⁴³. Sem embargo, não se põe em dúvida que, mesmo no âmbito dos contratos em curso, as situações consumadas e já consolidadas não sofrem as injunções da lei nova. Para dar apenas um exemplo, toma-se o caso do percentual de horas extras estabelecido pela Constituição de 1988, mais elevado do que os anteriormente positivados. Ainda que se passe a aplicar o novo percentual nos contratos em curso, a hora extra antes prestada – situação consumada sob o império da lei precedente – não é remunerada com o acréscimo de 50%, mesmo que o pagamento tenha sido feito depois da mudança¹⁴⁴. Nem cabe invocar o princípio da norma mais favorável, que não tem relação com a matéria.

141 Com mais ampla fundamentação, cf. ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. São Paulo: tese (s.e.p.), 2012. p. 92 e segs. Em jurisprudência: “Dissolução de sociedade. Contrato que prevê a solução de conflitos por arbitragem. Impossibilidade de conhecimento desta questão de ofício pelo juiz. Inteligência do art. 301, § 4º, do Código de Processo Civil. Necessidade de a parte contrária suscitar a convenção de arbitragem. Recurso contra essa decisão, provido para anular a r. sentença” (TJSP, 1ª Câmara. Dir. Empresarial, Ap. 0010630-10.2011.8.26.0268, Rel. Teixeira Leite, j. 26.06.2012, DJ 29.06.2012).

142 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 400.

143 Para algumas considerações sobre o assunto, cf. MALLETT, Estêvão. Conflitos de leis trabalhistas no tempo. In: *Temas de direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 1998. p. 23 e segs.

144 “HORAS EXTRAS. PERCENTUAL DE 50%. O percentual de 50%, previsto na Constituição da República de 1988 (art. 7º, inciso XVI), só é aplicável às horas extras ocorridas a partir de 5 de outubro

A previsão do art. 507-A, no entanto, não envolve situação material consolidada ou consumada. Há, apenas, franquia anteriormente não prevista. Permite-se aquilo que, segundo a jurisprudência, antes não era lícito. E o que se passa a autorizar pode ser feito desde logo. Considere-se uma outra figura trazida também pela Lei nº 13.467/2017, a saber, a extinção contratual por acordo entre empregado e empregador, agora prevista no art. 484-A da CLT. O contrato celebrado antes da Lei nº 13.467/2017, desde que vigente ao tempo da sua entrada em vigor, pode ser extinto por acordo, por aplicação do art. 484-A. O mesmo vale para a cláusula compromissória arbitral. Aliás, no caso do art. 507-A, disciplina-se o exercício da jurisdição, permitindo-se substituí-la pela arbitragem. Em consequência, a nova previsão aplica-se não apenas aos contratos ainda em curso, como até àqueles extintos antes de sua entrada em vigor, na forma do art. 14 do CPC.

Mais complexo é o problema das cláusulas celebradas antes da entrada em vigor do art. 507-A. Admitido que na altura eram inválidas, consoante a jurisprudência então dominante, podem agora ser invocadas, para forçar a solução arbitral de controvérsias? A indagação tem mais interesse do que parece à primeira vista. Ao formulá-la, não se pensa tanto em contrato de trabalho em que tenha sido inserida, antes da Lei nº 13.467/2017, cláusula compromissória, algo que se supõe seja infrequente. Mas é preciso levar em conta a possibilidade – já muito mais relevante na prática – de contrato de prestação de serviço ou, ainda, de representação comercial em que, pactuada remuneração igual ou superior à prevista no art. 507-A, se tenha estabelecido a solução de qualquer controvérsia decorrente de sua execução por meio de arbitragem. No cenário anterior, se o prestador de serviço ou o representante comercial pretendia pleitear a requalificação do contrato, com declaração de sua natureza trabalhista, poderia, segundo a jurisprudência dominante, ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho, ante a invalidade, em matéria trabalhista, da cláusula compromissória. Afinal, a Justiça do Trabalho – na linha da jurisprudência da Corte de Cassação francesa¹⁴⁵ – não reconhecia o princípio segundo o qual compete ao tribunal

de 1988, em face do princípio da irretroatividade das leis” (TST, 4ª T., RR 57.219/92, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, Ac. 2.393, DJU 20.08.93, p. 16.464). O mesmo vale para as férias adquiridas antes da inclusão do acréscimo do terço remuneratório, outra hipótese de situação consolidada: “O direito introduzido na Constituição de receber férias acrescidas de um terço (art. 7º, XVII) veio a ser positivado somente a partir de 5 de outubro de 1988, não podendo alcançar situações que se consolidaram em data anterior a sua vigência, quando inexistia norma jurídica que o impusesse, sob pena de emprestar-lhe efeito retroativo” (STF, 1ª T., AgRgAI 152.578/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 24.03.95, p. 6.809).

145 Cf. a seguinte decisão: “Il résulte de l’article L. 1411-4 du Code du Travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l’arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n’est pas applicable en matière prud’homale” (*Cour de Cassation, Chambre Sociale*, Proc. ns. 11-12905 e 11-12906, decisão de 30/11/2011, *Bulletin* 2011, V, nº 277).

arbitral decidir sobre a validade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, dito princípio *Kompetenz-Kompetenz*¹⁴⁶, positivado, no direito brasileiro, pelo parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307/96¹⁴⁷. *Quid juris* se a ação trabalhista é ajuizada agora, após a entrada em vigor do art. 507-A da CLT?

Aceita a premissa apresentada, de invalidade da cláusula para solução de litígio trabalhista individual antes da Lei nº 13.467/2017 – que alguma doutrina põe em dúvida, como visto no início –, a resposta tem de ser negativa. A validade é definida pelo direito vigente ao tempo em que o ato se aperfeiçoa¹⁴⁸. *Tempus regit actum*. A solução do direito suíço, de definição da validade da convenção de arbitragem conforme o “direito mais favorável”¹⁴⁹, é aberrante e cria vários problemas. O que se deve entender por “direito mais favorável”? É o direito mais favorável à arbitragem ou o direito mais favorável à validade da

146 Sobre o princípio, suas origens, evolução e limites, cf. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem* cit., p. 189 e segs.

147 Em decisão do TRT da 10ª Região, por exemplo, pode-se ler, no corpo do acórdão: “(...) no caso da arbitragem a parte permanece com o direito de ação, embora para discussão de matéria diversa (a própria controvérsia material ou ainda defeitos ou nulidade da arbitragem pretendida ou realizada) (...)” (TRT 10ª Reg., 2ª T., Proc. RO 01302-2007-007-10-00-0, Rel. Alexandre Nery de Oliveira, j. 26.05.09, DJ 12.06.09). Também assim, no caso de cláusula compromissória prevista em contrato de prestação de serviço: “Reconhecimento de relação celetista natureza trabalhista. Direito indisponível. A demanda versa sobre pedido de reconhecimento de relação celetista, formulando o autor pleito de natureza trabalhista, os quais são indisponíveis e, portanto, estão ao largo da competência prevista no art. 1º da Lei nº 9.307/96, razão pela qual se determina o retorno dos autos à Vara de origem, para complementação da prestação jurisdicional” (TRT 7ª Reg., 1ª T., Proc. RO 0189600-4220085070001, Relª Lais Maria Rossas Freire, j. 05.10.09, DEJT 19.11.09). Sempre no mesmo sentido, ainda: TRT 23ª Reg., 1ª T., Proc. RO 0000521.89.2016.5.23.0107, Rel. Tarcísio Valente, j. 21.02.2017, DEJT 02.03.2017. Com a decisão tomada pelo STJ no julgamento do CC 139.519/RJ (1ª Sec., Relª p/ o Acórdão Minª Regina Helena Costa, DJe 10.11.2017), em que afirmado o cabimento de conflito de competência entre tribunal judiciário e tribunal arbitral (“I – Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.”), o resultado hoje pode ser outro. Iniciada a ação trabalhista, havendo arbitragem em curso, a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e do precedente mencionado leva a que se declare competente apenas o tribunal arbitral para decidir sobre a validade e os limites da arbitragem em curso, como assentado no mencionado aresto, *verbis*: “IX – A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015) (...) XIII – Prematura abertura da instância judicial em desconformidade com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral. XIV – Conflito de competência conhecido e julgado precedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados”.

148 MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade* cit., p. 38.

149 É o que consta do art. 407, n. 1, do Código de Processo Civil suíço, *verbis*: “La validité des conventions d’arbitrage conclues avant l’entrée en vigueur de la présente loi est déterminée selon le droit le plus favorable”.

DOCTRINA

convenção ou o mais favorável a ambas as partes ou, ainda, o mais favorável a apenas uma delas?

Não há convalidação do nulo pelo direito superveniente. Nas palavras de Pontes de Miranda, “se o negócio jurídico é nulo (...) a circunstância posterior, que excluiria a nulidade (*e.g.*, lei nova, cessação do estado civil que impedia a conclusão válida do negócio jurídico), não tem a consequência de tornar válido o que não o foi *ab initio*”¹⁵⁰. Na Lei nº 7/09, que aprovou a revisão do Código do Trabalho de Portugal, está expressa a solução, no artigo 7º, n. 1: “Sem prejuízo do disposto no presente artigo e nos seguintes, ficam sujeitos ao regime do Código do Trabalho aprovado pela presente lei os contratos de trabalho e os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho celebrados ou adoptados antes da entrada em vigor da referida lei, salvo quanto a condições de validade e a efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente àquele momento”.

150 *Tratado de direito privado* cit., tomo IV, § 407, n. 3, p. 202-203. Em sentido contrário, todavia, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “Uma cláusula contratual de desaforamento inquinada de invalidade por força do disposto no artigo 99 do Código de Processo Civil, na redacção de 1967, ficou convalidada através do artigo 3 da Lei 21/78 de 3 de Maio que alterou a programática do referido artigo 99 do Código de Processo Civil” (STJ, Proc. 083541, Rel. Miguel Montenegro, j. 09.03.93). De igual modo, aceitando convalidação superveniente, ao menos em parte, mas, ainda assim, no campo muito particular da inconstitucionalidade por violação do princípio da proibição do excesso, propondo a adoção de “decisões atípicas de provimento, ou de não provimento”: CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 865. Mais correta, para o caso sob exame, é a jurisprudência norte-americana, que, em matéria de arbitragem, já decidiu que se deve analisar a convenção “as of the time [it] was made”. (A & M Produce, 135 Cal.App.3d at 487, 186 Cal.Rptr. 114).