



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
CENTRO DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO  
CURSO DE DIREITO**

**MIGUEL ARCANJO SERRA**

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM AOS DISSÍDIOS  
INDIVIDUAIS DE TRABALHO**

**FORTALEZA**

**2016**

MIGUEL ARCANJO SERRA

A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM AOS DISSÍDIOS  
INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Monografia apresentada ao Programa de  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito. Área de  
concentração: Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques  
Júnior

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca da Faculdade de Direito

---

S487a Serra, Miguel Arcanjo.  
A aplicabilidade do instituto da arbitragem aos dissídios individuais de trabalho /  
Miguel Arcanjo Serra. – 2016.  
39 f.: 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,  
Curso de Direito, Fortaleza, 2016.  
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.

1. Direito do trabalho. 2. Arbitragem de títulos. 3. Dissídio trabalhista. I. Título.

MIGUEL ARCANJO SERRA

A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM AOS DISSÍDIOS  
INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Monografia apresentada ao Programa de  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito. Área de  
concentração: Direito do Trabalho.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Profa. Dr<sup>a</sup>. Beatriz Rêgo Xavier  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Profa. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## RESUMO

Analisa-se a compatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro entre o instituto da arbitragem e os dissídios individuais de trabalho. A dificuldade entre a restrição absoluta na lei de arbitragem quanto aos direitos patrimoniais disponíveis e a alegada indisponibilidade dos direitos trabalhistas pode ser resolvida com a conferência de um elemento apresentado neste estudo, chamado de “condição de disponibilidade” dos direitos trabalhistas, que se encontra ao analisar-se o fundamento máximo da legislação trabalhista, bem como aquele de sua subdivisão em Direito Individual e Coletivo, e ainda investigando-se a possibilidade de transação destes direitos nas negociações coletivas e nas audiências judiciais com os acordos firmados. O trabalho propõe uma solução de relativo equilíbrio na aplicação da arbitragem aos dissídios individuais, em atenção ao elemento que condiciona a disponibilidade dos direitos trabalhistas e permite a aplicação do instituto em determinadas situações em que este elemento se apresenta. A “condição de disponibilidade” é um elemento da legislação trabalhista que garante a livre-manifestação de vontade do trabalhador, sem a qual ele não poderia firmar qualquer compromisso, incluindo o compromisso arbitral. O trabalho analisa ainda a posição que a arbitragem ocupa na história, com atenção à sua vinculação com determinada visão do que é o Direito e de como ele se desenvolve e ainda a que se deve seu ressurgimento na pós-modernidade. O trabalho ainda apresenta uma análise da dupla vantagem comparativa da presença da arbitragem no ordenamento jurídico, e de como ela pode projetar melhorias diretamente e indiretamente aos jurisdicionados.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Arbitragem de Títulos. Dissídio Trabalhista.

## **ABSTRACT**

This work analyzes the compatibility of the Arbitration Law and the individual labor disputes inside the Brazilian Law. The difficulty of the absolute restriction of the Arbitration Law to the disposable patrimonial rights and the alleged non-disposability of the labor rights could be solved via the identification of an element that is introduced in this work; called “condition of disposability” of labor rights. This element is founded upon the very starting point of Labor Law as well as within its subdivision into Individual and Collective Law. It is also found in the possibility of transaction of such rights in collective disputes as well as in most trials. This work proposes a solution of relative harmony and equilibrium of the applicability of arbitration to individual disputes, regarding the element that conditions the disposability of labor rights and allows for the application of the arbitration procedure under certain circumstances when this element is present. The “condition of disposability” is an element inside Labor Law that guarantee the expression of a laborer’s free will, without which he or she could not sign any commitment with his employee, including the arbitration commitment clause. This work also studies the role of arbitration throughout history, regarding its linkage with a particular view of Law and of how it develops and regarding the cause of its renewal in post-modernity. This work also analyses a double comparative advantage of the presence of arbitration in law systems and studies how it could cast direct and indirect betterments for claimants.

**Keywords:** Labor Law. Arbitration. Labor Disputes.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	6
2	EXPRESSÃO HISTÓRICA E UTILIDADES VANTAJOSAS DA ARBITRAGEM..	9
2.1	A arbitragem como expressão do espírito do tempo na antiguidade e na pós-modernidade.....	9
2.2	A dupla vantagem comparativa da presença da arbitragem no ordenamento jurídico .	13
3	A CONDIÇÃO DE DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS .....	18
3.1	O fundamento da diferença entre dissídios individuais e dissídios coletivos no Direito do Trabalho .....	18
3.2	A relatividade da indisponibilidade dos direitos trabalhistas .....	22
4	A APLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO .....	26
4.1	A concatenação dos fundamentos constitucionais, legais e jurisprudências para a condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas.....	26
4.2	Os limites da aplicação do procedimento arbitral quanto aos dissídios individuais do trabalho .....	30
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	35
	REFERÊNCIAS .....	36

## 1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma análise, sobretudo jurídica, quanto à possibilidade de aplicação do procedimento arbitral aos dissídios individuais do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Paralelamente, nos primeiros capítulos, em lugar da elaboração de conceitos preliminares sobre a arbitragem ou de uma rememoração histórica indexada, opta-se por uma elaboração econômica das vantagens da aplicabilidade da arbitragem e uma compreensão do papel da arbitragem na história antiga e nos tempos pós-modernos. Isto é, transmite-se inicialmente a motivação de ordem utilitária e existencial que faz surgir o interesse por procurar uma possível compatibilização entre duas áreas aparentemente inconciliáveis – não que o sejam em definitivo, mas porque sobre seu encaixe permanece a sombra da incógnita e do mistério.

A arbitragem introduz vantagens comparativas de duas ordens nos direitos em que sua utilização é legalmente possível. A primeira delas é imediata, entregando para o jurisdicionado um resultado mais célere, mais próximo de sua realidade, ao longo de um procedimento muitas vezes menos burocrático e menos dispendioso. O jurisdicionado, pois se beneficia de forma direta ao acessar a arbitragem, em comparação com os tribunais públicos, atravancados com a quantidade de processos e custosos pela necessidade de pagamento de especialistas (advogados e escritórios) para usufruir do processo legal tipicamente formalista e procedimentalista.

A segunda vantagem diz respeito a um beneficiamento não do jurisdicionado mas do processo sistema jurisdicional, que por sua vez assiste o jurisdicionado. Neste sentido, a arbitragem entrega, pois um incremento indireto ao jurisdicionado. Isso se dá por uma possibilidade dupla: uma de especialização dos tribunais de estado em causas mais vistosas e raras, enquanto as causas mais corriqueiras que se avolumam nas mais diversas varas podem ser absorvidas facilmente por uma rede de câmaras arbitrais – e outra de aquisição de técnicas de administrativas e contábeis que exurgem do exemplo das câmaras privadas, que têm finalidade lucrativa, tal qual um hospital público pode aprender a melhor gerir suas funções pelo exemplo de um bom hospital privado.

Antes disso, como um interesse ainda mais lateral, explica-se não a formação histórica propriamente dita da arbitragem, mas a conjugação histórica da arbitragem com o *zeitgeist* contemporâneo. Isto é, procura-se entender como a arbitragem servia a uma dada função em sociedades antigas, dirigida por uma determinada cosmovisão jurídica, a qual, ainda que se expressando de maneira diferentemente na sociedade pós-moderna, volta a atrair

a participação de arbitragem nos ordenamentos jurídicos pelo mundo, passados alguns séculos de relativa ocultação.

Os primeiros capítulos introduzem, portanto não uma apresentação inicial da arbitragem, mas já algum nível de análise preliminar, de natureza alheia à técnica jurídica em si, para preparar-lhe o terreno nos capítulos seguintes.

Informado o espírito que guia o interesse pela aplicabilidade da arbitragem de forma mais genérica, toma forma em seguida um assunto não lateral, mas ainda acessório. Trata-se de uma tese sobre a relatividade dos direitos trabalhistas, de modo a extrair algo de próprio do Direito do Trabalho que sirva de fonte para a determinação genérica de indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Busca-se o fundamento na própria natureza do Direito do Trabalho enquanto área autônoma do Direito, a qual está já prévia e organicamente dividida em duas outras áreas: o Direito Coletivo e Direito Individual do Trabalho.

Neste capítulo, deixa-se de lados as análises históricas e econômicas previamente admitidas, para explorar-se propriamente o mundo jurídico. Busca-se não um fundamento de ordem econômica, histórica, social e política para a divisão do Direito do Trabalho entre seus dois hemisférios, mas um fundamento acentuadamente jurídico e próprio da lógica jurídica, de modo que é acessível a todas as demais áreas do Direito. O fundamento, precisamente, é a manifestação válida de vontade, que é prejudicada, de forma particular, nas relações de trabalho, uma vez que sobre ela pairam frequentemente os auspícios de perder não um mero contrato, mas um contrato que é muitas vezes causa exclusiva do próprio sustento e do sustento da própria família. Por mais que as circunstâncias socioeconômicas sirvam de nascedouro para as normas justralhistas, elas expressam uma natural repercussão jurídica, que serve igualmente de fonte para a teoria jurídica subjacente às leis de trabalho.

Identificada a indisponibilidade dos direitos trabalhistas com a proteção da livre-manifestação de vontade, examina-se, então como se dão as condições na ocasião em que estes direitos são legalmente disponíveis, como nas audiências trabalhistas e nas negociações coletivas. Compreende-se, portanto que a condição subjacente a todas essas situações é a da paridade de armas negocial, que suscita a vontade livremente manifesta, sem que ela esteja pressionada pelos poderes invencíveis de outra parte.

Feitas as colocações teóricas que orientarão a tese central, segue-se uma exposição das normas constitucionais e infraconstitucionais que circundam a matéria, examinando-se ainda a jurisprudência pertinente ao assunto, de modo saber a mesma tese também emerge nas leis e nos julgados.

Por fim, tomada a condição de disponibilidade, aplica-se ela como crisol contra as situações típicas das relações individuais de emprego: no ato do contrato, durante a vigência do contrato e depois de rescindido do contrato. Procede-se assim para medir os limites de aplicação da tese de condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas a uma potencial arbitrabilidade.

## 2 EXPRESSÃO HISTÓRICA E UTILIDADES VANTAJOSAS DA ARBITRAGEM

Analisa-se a historicidade da arbitragem, não para descrever sua trajetória por inteiro ao longo dos séculos, mas para, de posse de um quadro histórico geral, inseri-la nos tempos de hoje, referenciando-a em determinada função própria no Direito e associando-a a uma determinada cosmovisão jurídica, que se distancia das cosmovisões racionalistas e fascistas que produziram, por exemplo, a CLT.<sup>1</sup>

Outro ponto de investigação é como a presença do instituto da arbitragem afeta os mecanismos do próprio judiciário de duas maneiras diversas, tanto pondo em direto contato com o jurisdicionado uma série de vantagens – as quais não são acessíveis pelo judiciário estatal – como promovendo ainda alterações no funcionamento mesmo da Justiça, genericamente, e da Justiça do Trabalho, especificamente, com vantagens também indiretas e pouco vislumbradas aos jurisdicionados.

### 2.1 A arbitragem como expressão do espírito do tempo na antiguidade e na pós-modernidade

A arbitragem tem origem remota na História, manifestando-se em diversos povos desde a Antiguidade, a Idade Média e chegando à Modernidade, como explica Leon Szklarowsky (2004, *online*):

Entre os povos antigos, a arbitragem e a mediação constituíam meio comum para sanar os conflitos entre as pessoas. Na Grécia antiga, as soluções amigáveis das contendas faziam-se com muita frequência, por meio da arbitragem, a qual poderia ser a compromissória e a obrigatória. Os compromissos especificavam o objeto do litígio e os árbitros eram indicados pelas partes. O povo tomava conhecimento do laudo arbitral gravado em plaquetas de mármore ou de metal e sua publicidade dava-se pela afixação nos templos das cidades. No Direito Romano, no primeiro período do processo, as *legis acciones* em muito se assemelhavam às câmaras ou às cortes arbitrais. Ainda em Roma, as questões cíveis eram primeiramente apresentadas diante do magistrado, no Tribunal, para depois sê-lo, perante um árbitro particular (*arbiter*) escolhido pelas partes para julgar o processo. Trata-se da *ordo judiciorum privatorum* ou ordem dos processos civis. Este sistema, por ser muito rápido, perdeu por muito tempo, ou seja, até o período clássico.

---

<sup>1</sup> A palavra ali utilizada não tem o objetivo de dar uma particular conotação pejorativa ao código, mas meramente o de descrever tecnicamente aquilo que é confessado pelo próprio TST, e sabido por todos: “O código foi ainda fortemente inspirada (sic) na Carta del Lavoro, do governo de Benito Mussolini, na Itália”, trecho do Tribunal Superior do Trabalho. História. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/web/70-anos-clt/historia>>; Acesso em 29 de dezembro de 2015.

Outros pensadores apresentam o próprio conceito de Lei<sup>2</sup> de uma maneira diferenciada, tida antes como o produto de uma evolução orgânica e endógena da sociedade, fruto de decisões reiteradas que “descobrem” o Direito, e não como subproduto de decisões hierarquicamente superiores, que desferem como que golpes cadeia abaixo para a obediência e acatamento imediatos de todos os subordinados.

Neste sentido, Gerard Casey cita um texto de Cícero (CÍCERO *apud* CASEY, 2012, p. 98, tradução nossa<sup>3</sup>) explicando que a filosofia estoica entendia que a Lei tinha um caráter perene, transcendente, natural e universal, pertencente ao próprio Cosmos, segundo cujo modo de ser ela se expressava, de maneira mais ou menos diversa, através de seus diferentes intérpretes:

De fato, a verdadeira lei é a reta razão em congruência com a natureza, dispersa por todos os povos, constante, duradoura; ela chama ao dever pela ordem e coíbe o erro [o crime ou o malfeito] pela proibição. Todavia ela nem ordena nem proíbe os homens justos em vão, bem como não tenciona os ímpios pela ordem ou pela proibição. Não é digno alterar esta lei, nem se permite modifica-la em parte alguma, nem repeli-la por inteiro. Em verdade, não podemos livrar-nos desta lei nem pelo Senado nem pelo povo. Nem deveria se vender *Sextus Aelius*<sup>4</sup> como seu expositor ou intérprete. Não haverá uma lei em Roma e outra em Atenas, uma agora e outra depois, mas uma só lei tão perpétua quanto imutável cobrirá todas as nações por todos os tempos.

O mesmo autor explica, logo antes, que tantos outros sistemas legais se serviram desta mesma visão do que é o Direito, inclusive o próprio sistema romano, influenciado pelo estoicismo e pela filosofia grega, que tudo encaixava dentro de um Sistema (Cosmos) universal e determinante, que a tudo e a todos subordinava e continha, de modo que as virtudes estoicas e gregas serviam como que um guia para adequar-se ao Sistema, para conformar-se a si mesmo segundo as determinações perenes e intocáveis do Cosmos, uma das quais, a própria Lei (CASEY, 2012, p. 96, tradução nossa<sup>5</sup>):

Em todas essas instituições [não-estatais], a tarefa do juiz era não fazer a lei, mas encontrá-la em princípios pré-existentes e aceitos por todos e então aplicá-la a casos

---

<sup>2</sup> Em maiúscula pela representação geral de Lei, e não de uma lei em particular.

<sup>3</sup> *Indeed true law is right reason congruent with nature, spread among all people, constant, everlasting; it calls to duty by ordering and deters from deceit [crime or wrongdoing] by forbidding. Nevertheless neither does it order or forbid upright men in vain, nor does it move the wicked by ordering or forbidding. It is not holy to alter this law, nor is it permitted to modify any part of it, nor can it be entirely repealed. In fact we cannot be released from this law by either the Senate or the people. No Sextus Aelius should be sought as expositor or interpreter. There will not be one law at Rome, another at Athens, one now, another later, but one law both everlasting and unchangeable will encompass all nations and for all time.*

<sup>4</sup> Um distinto juriconsulto romano que precedeu Cícero.

<sup>5</sup> *In all these institutions, the task of the judge was not to make law but to find it in existing and generally accepted principles and then to apply it to specific cases or to new technological or institutional conditions. The same was true in private Roman law.*

específicos ou a novas condições tecnológicas ou institucionais. O mesmo valia para o direito privado romano.

A importância da arbitragem se revela neste espectro: de um mecanismo não-estatal (ou paraestatal) gerado dentro das nações e dos futuros estados-nações – ou mesmo fora deles, como explica Casey no caso da Irlanda Celta (2012, p. 105-107) –, para resolver os conflitos jurídicos das partes interessadas atribuindo razão a uma delas, tal como no *iuris dicere* romano. A arbitragem toma, então essa face vivamente democrática, que, de dentro e diretamente do próprio povo, extrai juízes (árbitros) para entregar-lhes o direito<sup>6</sup>.

A arbitragem se manifesta segundo esse caráter que está fora da antiga *res publica*, e também do moderno Estado de Direito, mas sem deixar de ser por eles absorvida, acolhida ou sem deixar de conciliar-se com eles, com uma feição simultaneamente integrativa e anti-sistêmica, o que provoca as constantes polêmicas e discussões jurídicas a respeito de sua legitimidade e de sua influência nos ordenamentos jurídicos.

O mesmo Leon Szklarowsky (2005) ainda transcorre o histórico do instituto da arbitragem durante a Idade Média, na Europa, e bem ainda noutros povos como os judeus, os muçulmanos, e a própria América pré-colombiana, de modo tal que, a nível histórico, é possível identificar a arbitragem como algo típico dos sistemas jurídicos tradicionais antigos e de seus direitos consuetudinários.

A força e importância dos árbitros no meio do povo só vêm a perder importância com os efeitos do racionalismo posterior à Revolução Francesa, que tudo atrai para o Estado e para seus respectivos tribunais. Com a eventual superação dos paradigmas modernos e a instalação da pós-modernidade, os conceitos de liquidez e de multipolaridade (Bauman, 2005) assumem a força de uma pressão social que demanda resultados cada vez mais instantâneos e desafetos a conceitos tão antigos e elementares no Direito como a unicidade da jurisdição.

Na atual ordem jurídica brasileira pós-88, o instituto veio regulamentado pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, quando a função dos árbitros adquiriu o distinto status de equiparação aos juízes de estado: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.<sup>7</sup>”, legando às decisões arbitrais uma situação semelhante às sentenças judiciais<sup>8</sup>, que aquelas não possuíam antes da publicação da referida lei.

---

<sup>6</sup> Em minúscula, pela acepção concreta e subjetiva.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

<sup>8</sup> Guardadas as devidas proporções, sobretudo quanto aos efeitos das decisões arbitrais manifestarem-se estritamente e sempre *inter partes* e nunca *erga omnes*, e estarem sempre sujeitos à revisão, quando descumpridas garantias basilares, indicadas na própria lei.

Merece particular destaque na história da arbitragem no Brasil o julgado do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup> que confirmou a constitucionalidade da Lei nº 9.307, deitando os novos rumos do instituto no País, ao garantir que a assinatura da cláusula arbitral não fere o princípio do livre acesso à justiça. Este julgado é de particular interesse ao trabalho, porque estabelece, segundo a instância máxima de controle de constitucionalidade brasileira, que a cláusula compromissória é válida ao ponto de garantir sua execução pela via judicial para obrigar a parte recalcitrante a dirimir a disputa pela via arbitral, de modo que há “permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso”. É a combinação entre os efeitos Lei nº 9.307 e os do julgado acima que fertiliza o terreno sobre o qual a arbitragem floresce no Brasil.

Já no ano de 2015, publicou-se a Nova Lei de Arbitragem, a Lei nº 13.129 de maio de 2015, aumentando ainda mais o espectro de possibilidades do instituto no ordenamento brasileiro, regulamentando seu uso para dirimir o conflito societário nas sociedades por ações, bem como regulamentando o uso da arbitragem nos conflitos

---

<sup>9</sup> 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecurribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (STF - SE-AgR: 5206 EP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004)

administrativos. O texto original do projeto de lei ainda previa a utilização da arbitragem nos conflitos de consumo e em certos conflitos de trabalho, as quais ambas sofreram veto presidencial, cuja derrubada pelo congresso já é arquitetada pelos responsáveis pela elaboração da lei.<sup>10</sup>

Esse apanhado histórico não tem por função traçar os limites definitivos do que se conhece em História a respeito da Arbitragem ou mesmo de conceitos ainda menos definidos e claros como o de pós-modernidade. Tal introdução tem a função de inserir a arbitragem dentro de um curso histórico (ainda que sujeito a posterior revisão), no decorrer do qual e em cuja desembocadura se encontra o estado atual da arbitragem no mundo e no Brasil, quando o instituto adquiriu uma importância inafastável, a ponto de assumir o caráter de obrigatoriedade em muitas legislações, como a nova lei chinesa<sup>11</sup> e mesmo a própria lei brasileira (inclusive na seara trabalhista)<sup>12</sup>, sob certas condições.

## **2.2. A dupla vantagem comparativa da presença da arbitragem no ordenamento jurídico**

A arbitragem ressurgiu então como que uma alternativa aos tribunais açambarcados pela quantidade de processos impossível de administrar, que acabam relegando a vida de pessoas concretas e sujeitas à jurisdição ao completo descaso e à inefetividade de seus direitos. Questionamentos quanto à efetividade da prestação jurisdicional existem desde há muito, uma vez que a monopolização da jurisdição nas mãos do Estado atrai para ele o dever de uma prestação efetiva dos direitos e até mesmo célere<sup>13</sup>. Said Filho (2015, *online*, p. 17-18) explica:

A morosidade processual acaba sendo o principal efeito da atuação deficitária dos tribunais, congestionados de processos pelo descompasso entre o crescimento das demandas judiciais e a real possibilidade de atendê-las. Nesse ponto de visão, a partir do momento em que a sociedade nota que o Poder Judiciário não consegue

---

<sup>10</sup> Notícia disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/juristas-pedem-congresso-liberar-arbitragem-trabalhista>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

<sup>11</sup> Gayle Allard e Marie-José Garot (2010), p. 531.

<sup>12</sup> Art. 764 – Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. [...]

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

mais responder satisfatoriamente às formulações propostas - cada vez mais diversificadas e complexas - cresce a procura por outras estratégias que possibilitem o efetivo acesso à justiça, principalmente por meio de fórmulas que assegurem uma resposta mais célere ao caso submetido. [...]

Há um desgaste da ideia de exclusividade do Estado na administração da justiça, o que faz com que se repense a manutenção do monopólio jurisdicional para a resolução de litígios - estratégia que não mais atende às reivindicações sociais. Em verdade, calha observar uma relação de causa e efeito entre o enfraquecimento do Estado - incapaz de manter a centralização dos meios de composição de conflitos - e o fortalecimento de mecanismos alternativos para apreciação de controvérsias, sobretudo em relação aos métodos adversariais que apostam na atuação de juízes privados para o julgamento da lide, no qual se insere a arbitragem.

O Estado pós-moderno enfrenta então uma dificuldade típica dos monopólios no oferecimento de bens e serviços, que é a incapacidade de lidar com a demanda crescente, e há uma explicação econômica para isso. O monopólio não sabe precificar corretamente os serviços ofertados (a jurisdição, no caso), de modo que a sua prestação, mesmo sob demanda crescente, seja sustentável ao longo do tempo.

Murray Rothbard (2009, p. 614-15, tradução nossa<sup>14</sup>) explica que um grande monopólio, seja ele privado ou público, é incapaz de responder às demandas da sociedade de modo a orientar a produção de bens e serviços para satisfazê-las:

A razão para a impossibilidade do cálculo econômico sob o socialismo [o monopólio de toda a produção nas mãos do estado] é de que *um único agente* é dono ou dirige o uso de todos os recursos na economia. Deve ficar claro que não faz qualquer diferença que este agente seja o Estado, um cidadão privado, ou mesmo um cartel privado. Qualquer que seja a situação, não há possibilidade de cálculo em parte alguma da estrutura de produção, uma vez que os processos de produção seriam somente internos e sem mercados. Não seria possível o cálculo, e portanto prevaleceriam a completa irracionalidade econômica e o caos, seja o proprietário único o Estado ou pessoas privadas.

Todo e qualquer parâmetro existente para a determinação da eficiência na produção de um produto ou serviço subsiste na comparação prática entre os diferentes produtores existentes de um dado bem ou serviço. Em outras palavras, não existe um parâmetro ideal e hipotético que permita definir, na atuação dos agentes econômicos, qual é o melhor modelo de produção para um determinado bem ou serviço, ou qual é a maneira mais eficiente de empregar os recursos que se tem à disposição.

---

<sup>14</sup> *The reason for the impossibility of calculation under socialism is that one agent owns or directs the use of all the resources in the economy. It should be clear that it does not make any difference whether that one agent is the State or one private individual or private cartel. Whichever occurs, there is no possibility of calculation anywhere in the production structure, since production processes would be only internal and without markets. There could be no calculation, and therefore complete economic irrationality and chaos would prevail, whether the single owner is the State or private persons.*

Todo o cálculo econômico é efeito da comparação das preferências subjetivas entre produtores e consumidores, sendo o preço do produto um mero símbolo que externaliza a preferência intersubjetiva. A estrutura de produção do bem ou serviço é dada só depois de conhecido o quanto o consumidor está disposto a pagar e o quanto o produtor está disposto a receber pelos seus esforços, e o aperfeiçoamento dessa estrutura de produção só ocorre quando da comparação entre diferentes métodos de produção dos diferentes produtores dos bens na sociedade, o que vulgarmente se chama de concorrência.

Com a monopolização da estrutura de produção, reduz-se a possibilidade de comparação entre diferentes modelos de produção (o que só passa a ocorrer entre diferentes setores judiciais, ou entre diferentes estados federados ou mesmo entre estados nacionais), aumentando a ineficiência natural do sistema produtivo. Isso ocorre tanto para monopólios públicos como para monopólios privados.

No caso de determinados monopólios públicos, como o da prestação jurisdicional, há não só a eliminação dessa possibilidade de comparação entre diferentes produtores do mesmo bem, como também há a eliminação da possibilidade de comparação entre o retorno esperado pelos produtores e o pagamento disponível pelos consumidores (efeito da ausência de lucros e prejuízos), eliminando a racionalização da estrutura de produção e amplificando a ineficiência da produção deste bem.

De forma mais direta: os tribunais não sabem quantos juízes (e secretários, e serventuários e diretores de vara etc.) devem contratar para corresponder à demanda pela resolução das disputas judiciais, conquanto essa demanda não se expresse em possibilidade de lucro para o tribunal. A receita contábil do tribunal, indicando a quantidade de recebimentos dos pagadores dos serviços judiciais, e indicando também a quantidade de custos com a contratação dos funcionários para prestar esses serviços, deixaria transparente a quantidade tal de funcionários necessária para a prestação destes serviços a essa quantidade tal de jurisdicionados, de modo que esse “investimento” fosse suficiente para garantir um nível mínimo de prejuízos – ou mesmo uma maximização da lucratividade.

Merece ênfase que a estrutura judiciária descrita acima está presente em todo e qualquer tribunal, uma vez que há a entrada de insumos de origem tributária para pagar os funcionários e para pagar toda a estrutura de funcionamento dos prédios públicos. A fonte desses insumos são os próprios jurisdicionados, de modo que seus recursos próprios alimentam o sistema de produção do serviço jurisdicional.

A diferença entre esse tipo de estrutura de produção e a estrutura de produção genuinamente comercial é que esta última está orientada para o lucro, possibilitando a

racionalização da produção e a maximização da eficiência. Nesse tipo de estrutura orientada para a lucratividade, a eficiência interna é dada pelo esforço contínuo em reduzir os custos (gastos com funcionários e com a estrutura) e aumentar a entrada de recursos (mais consumidores, ou, no caso, jurisdicionados), de modo que haja uma gradual maximização da produtividade, retirando-se cada vez menos recursos importantes da sociedade (como o trabalho dos servidores, que ficariam livres para exercer outras funções igualmente imprescindíveis na sociedade), para entregar um resultado melhor para cada vez mais jurisdicionados.

Sem essa estrutura orientada para a lucratividade, não existe racionalização do processo de produção, como explica Ludwig von Mises (2012, p. 29):

Aperfeiçoamentos técnicos estão sendo introduzidos em empresas estatais porque tais aperfeiçoamentos foram adotados por empresas privadas similares — domésticas ou estrangeiras — com bons resultados, e também porque as indústrias privadas que produzem os materiais para esses aperfeiçoamentos fomentam sua introdução. Nessas empresas, as vantagens da reorganização podem ser verificadas porque elas operam dentro da esfera de uma sociedade baseada na propriedade privada dos meios de produção e no sistema monetário de trocas, sendo assim capazes de calcular e contabilizar. [...]

Sem o cálculo econômico não pode existir uma economia. [...] Em questões triviais e secundárias, a conduta racional poderia ainda ser possível, mas em termos gerais seria impossível falar de produção racional. Não haveria meios de se determinar o que seria racional; e, sendo assim, é óbvio que a produção jamais poderia ser guiada por meras considerações econômicas.

Nesse sentido, a mera presença de uma estrutura paralela à estrutura judicial, que funcione como uma empresa privada orientada pelos seus lucros e prejuízos, há de sugerir, ao longo do tempo, uma série de modificações nos tribunais estatais, as quais não seriam sequer imaginadas e viáveis antes de terem sido experimentadas e aprovadas nas câmaras arbitrais. Num sentido puramente técnico da administração e da economia, o funcionamento das câmaras arbitrais tenciona a uma melhoria do próprio sistema judiciário, com o qual ela concorre em certo nível.

A crítica instantânea e preconceituosa contra a “fixação nos lucros” e a mera acusação de “egoísmo” de uma estrutura orientada para os lucros não são suficientes para pôr à ruína todos os benefícios sociais decorrentes da orientação para a eficiência e para a maximização dos resultados, sobretudo quando essa mesma crítica enfrenta um problema lógico de auto-denúnciação, como o mesmo Mises explica, noutra obra (2010, p. 298):

O homem, ao agir, está sempre procurando aumentar o seu próprio estado de satisfação. Neste sentido — e em nenhum outro — podemos empregar o termo egoísmo e dizer que a ação é necessariamente egoísta. Mesmo uma ação que visa

diretamente a melhorar as condições de outra pessoa é egoísta. O agente tem mais satisfação em fazer outras pessoas comerem do que em comer. A causa do seu desconforto é a consciência do fato de que outras pessoas estão passando necessidade. [...]

Dizer que a maximização de lucros é definida pelo comportamento do homem que visa, em qualquer transação de mercado, a aumentar suas vantagens o máximo possível é nada mais do que estabelecer um circunlóquio pleonástico e perifrástico, pois simplesmente repete o que já está implícito na própria categoria ação. Atribuir-lhe qualquer outro significado seria expressão de uma ideia errada.

O crítico do “egoísmo”, ao atacar a orientação para os lucros sobre estas bases, nada mais faz do que denunciar sua própria ação, que busca o estado psicológico mais satisfatório de ter derrotado racionalmente esta estrutura sugerida em relação ao estado psicológico menos satisfatório de ter que aceitar racionalmente suas imposições lógicas.

A arbitragem, portanto tem o condão de servir, ao longo do tempo, como um contraste comparativo em benefício do sistema jurisdicional clássico de matiz estatal, aprimorando não só *manu propria* a concretização de princípios basilares do sistema jurídico como o livre acesso à Justiça, a duração razoável do processo e a efetividade do direito, mas também, indiretamente, a maximização destes mesmos princípios dentro do sistema jurisdicional clássico, enquanto absorve dele a legitimidade para julgar *longa manus* as numerosas causas que, de outro modo, afogariam o sistema público e impediriam o progresso da prestação jurisdicional.

As características próprias da arbitragem permitem então esta dupla vantagem comparativa mencionada no título deste subcapítulo: tanto a sua presença no ordenamento veicula o melhoramento exógeno do sistema jurisdicional – apresentando aos jurisdicionados uma alternativa que funciona paralelamente ao sistema clássico –, como veicula um melhoramento endógeno – pressionando e orientando o aperfeiçoamento do próprio sistema clássico.

Não se pretende explorar as características próprias do procedimento arbitral que o posicionam mais proximamente do jurisdicionado e lhe conferem uma natural vantagem contra o procedimento comum, como a liberdade na escolha do árbitro, a liberdade de escolha das regras aplicáveis, a celeridade na resolução do conflito ou a confidencialidade do processo (RODRIGUES e STERSI, 2015), que motiva outros trabalhos. Estas vantagens já estão dadas como pressupostas na discussão a respeito da arbitragem, uma vez que os dois polos contrapostos na discussão são sempre a utilidade do procedimento e a sua alegada falta de legitimidade em certos setores da justiça.

Procura-se, em verdade, apresentar um efeito pouco observado da presença da arbitragem nos setores judiciais em que ela consegue exercer um influência concorrencial (em gênero), para introduzir o assunto na análise de determinado setor (em espécie) em que ela tem uma presença forçadamente reduzida, deixando de transbordar os efeitos benéficos como nestes outros setores em que ela não é contestada.

Observa-se, portanto que a presença da arbitragem no ordenamento jurídico produz vantagens de duas ordens, uma direta – entregando uma prestação jurisdicional mais rápida e mais personalizada aos conflitos dos jurisdicionados, conciliando-se com a evolução e o momento histórico esboçados no item anterior – e outra indireta – promovendo, pela via da concorrência lateral, um melhoramento interno no funcionamento do Judiciário, que se vai apropriando de soluções técnicas próprias da administração dos negócios que existe nas câmaras arbitrais e que garantem a eficiência na prestação jurisdicional.

### **3. A CONDIÇÃO DE DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Passada a análise inicial que vislumbra a dupla vantagem da arbitragem em gênero, detém-se a seguir à análise sobre a arbitragem em espécie, quando aplicada aos dissídios individuais e coletivos do direito do trabalho, explicando a dificuldade de sua aplicação naqueles, para, mais a frente, conceber as vias para conciliar a aplicação do instituto aos dissídios individuais segundo a própria lógica interna do Direito do Trabalho.

Para proceder a esta investigação, propõe-se a identificação de um elemento que se alega ser próprio do Direito do Trabalho e que condiciona a disponibilidade dos direitos trabalhistas. Explica-se, pois a disponibilidade pela presença deste elemento e a indisponibilidade pela ausência dele. Esse elemento, a igualdade de forças na negociação, a paridade de armas (para fins de garantir a livre manifestação de vontade e, por consequência, a manifestação válida de vontade) é o fundamento mesmo da divisão do Direito do Trabalho entre Direito Individual e Direito Coletivo, e subjaz à esfera protetiva dos trabalhadores, guarnecendo-os tanto nos dissídios individuais como nos dissídios coletivos.

#### **3.1 O fundamento da diferença entre dissídios individuais e dissídios coletivos no Direito do Trabalho**

O Direito do Trabalho subdivide-se em dois gêneros menores, que são o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho. Essa subdivisão é fruto da natureza

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

A paridade de armas é entendida como uma condicionante interna do processo judicial que transmite, nesse domínio, os efeitos jurídicos do princípio maior da igualdade, garantindo, materialmente, a equanimidade de forças das duas contrapartes de uma mesma contenda. Assim também explica Diego Martinez Fervenza Cantoário (2011, *online*, p. 17-18):

A fórmula de que todos são iguais perante a lei é pela Constituição de países com reconhecida tradição humanitária [...] Esta igualdade proclamada na maioria das democracias ocidentais não é apenas um direito individual, mas também organizacional, como mecanismo regulador da atividade do Estado, responsável pela coerência das regras existentes na ordem jurídica.

Daí sua caracterização como direito fundamental, encontrando na paridade de armas sua manifestação no processo civil. Esta é compreendida como componente da garantia de um processo justo [...]

O empregador tem naturalmente mais poderes que o empregado individual, uma vez que dispõe da estrutura de produção a seu favor para contratar ou dispensar o empregado, o qual, por sua vez, depende dela para seu próprio sustento, e não para a produção dos lucros e dos bens sociais frutos do mecanismo empresarial. O trabalhador, neste sentido, considerado individualmente, é presumidamente mais fraco que o empregador ao negociar com ele, tendo que aceitar as condições impostas pela vontade patronal a fim de garantir seu sustento e o de sua família. Vantagens semelhantes em favor do empregador se expressam também no ramo político e jurídico, uma vez que este costuma ter mais acesso aos parlamentares na confecção das leis (sobretudo empresários de maior porte), e maior facilidade de tráfego no judiciário, mediante a contratação de escritórios jurídicos, aos quais o trabalhador individual não tem o mesmo acesso devido às suas fracas forças econômicas em contraste com o empresário.

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

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

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

Em atendimento ao princípio da isonomia, todo o sistema justralhista é a condensação das tentativas de reequilibrar e contrabalançar essa relação natural entre o empregado individual e o empresário (no mais das vezes, um ente coletivo, dotado de personalidade jurídica). As diferenças entre o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho dão-se exatamente em função desse equilíbrio minorado em relação ao trabalhador individual e majorado em relação aos sindicatos, que passam a ter um poder maior na negociação com as empresas, como que de igual para igual, revertendo a escassa paridade de armas existente na situação interindividual.

Neste sentido esta é a definição trazida por Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1316) dos dissídios coletivos e de como eles se diferenciam dos dissídios individuais:

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

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

A distinção fundamental entre a forma como se dão os dissídios individuais e os dissídios coletivos no Direito é que aqueles presumem um desequilíbrio de forças entre as partes, de modo a configurar a disposição judicial circundante em favor de proteger a parte hipossuficiente. No âmbito do dissídio coletivo, esse desequilíbrio está atenuado pela presença de todos os funcionários da categoria e mesmo pela força jurídica dos sindicatos ante as empresas, bem como pelo poder de greve.

As próprias garantias trabalhistas são mitigadas em relação a esta força dos sindicatos, entregando-lhe a liberdade de negociar e de decidir as melhores condições por conta própria, interferindo mesmo nos limites impostos pela CLT, como explica o mesmo autor (2012, p. 212):

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

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

Isto é, se existem parâmetros para traçar algum limite quanto à indisponibilidade dos direitos individuais de trabalho, o primeiro deles é justamente quanto à escala da negociação, e o motivo é muito próprio da lógica interna do Direito do Trabalho: o trabalhador individual não está em posição de negar uma determinada condição de trabalho oferecida pelo empregador, sob pena de rescisão contratual. A despedida não é simples punição ou mero contratempo para o empregado, uma vez que seu sustento depende da continuidade do contrato.

Sendo assim, a livre-manifestação de vontade do empregado é afetada por essa circunstância de desequilíbrio negocial, em que ele deve aceitar tudo quanto sugerido pelo empregador. O freio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas é uma garantia para resguardar a manifestação válida da vontade do empregado, como é o sentido do Art. 9º da CLT<sup>15</sup>. Faltaria ao ato jurídico do trabalhador a forma interna do *gestum*, negando-lhe a validade segundo os pressupostos elencados por Pontes de Miranda (2012, p. 12):

Pressupostos de validade. Os pressupostos de validade concernem: a) ao sujeito ou sujeitos do ato jurídico, que consentem ou devem assentir; b) ao objeto do ato jurídico; c) a elementos do ato jurídico relativos ao *gestum* (forma + o que é essencial em ato, sem ser a forma em sentido estrito): forma externa (mi. 145, 111) e interna (art. 145, IV<sup>16</sup>).

No cenário da negociação coletiva, o trabalhador está revestido dos poderes e dos direitos da atuação coletiva, de modo que pode negociar seus interesses laborais com certa

---

<sup>15</sup> Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

<sup>16</sup> Referência ao art. 145, IV, do Código Civil de 1916 – repetido no art. 166, IV do Código de 2002 – que renunciava: “Art. 145. É nulo o ato jurídico: [...] IV – quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. A solenidade preterida que eiva de invalidade a manifestação de vontade do empregado é a situação prevista em lei em que se entende a paridade de armas entre empregado e empregador, como nas audiências judiciais, nos dissídios coletivos etc.

liberdade, sem temer uma possível demissão. O primeiro parâmetro para a aferição da relativa indisponibilidade de dado direito trabalhista sob negociação, portanto é o da capacidade negocial do trabalhador – isto é, se em negociação individual ou em negociação coletiva – sobretudo em função da continuidade do pacto laboral que proverá seu sustento, e que configura um dos princípios norteadores das leis protetivas de trabalho.

### **3.2 A relatividade da indisponibilidade dos direitos trabalhistas**

Toda a dificuldade de conciliação entre o procedimento arbitral e o Direito Individual do Trabalho consiste na dimensão da alegada indisponibilidade dos direitos trabalhistas. É preciso que fique claro que tal dificuldade não é sequer uma restrição particular da legislação trabalhista, mas da própria Lei da Arbitragem<sup>17</sup>, que estabelece a limitação do procedimento quanto aos direitos patrimoniais disponíveis. Dado que esta é uma restrição clara e absoluta na lei sobre arbitragem, o que resta é discutir o caráter absoluto dos direitos patrimoniais trabalhistas.

Quanto a estes, a relatividade de sua indisponibilidade já está dada na natureza mesma do Direito do Trabalho, que diferencia Direito Individual de Direito Coletivo, para possibilitar ou para restringir a negociação sobre estes mesmos direitos. Em outras palavras, a relativização da indisponibilidade dos direitos trabalhistas é consequência da própria natureza do Direito do Trabalho, não sendo fruto de nenhum esforço interpretativo para dobrar as disposições trabalhistas em função de um determinado propósito.

É neste sentido que a própria Constituição Federal, ao estabelecer as competências da Justiça do Trabalho, elegeu a arbitragem como ponto de partida que deve absorver as causas e resolvê-las da instância propriamente jurisdicional, e de forma obrigatória:

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

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

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

Dado que a arbitragem só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, e uma vez que a Constituição Federal estabelece a arbitragem como via obrigatória anterior à

---

<sup>17</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos coletivos, a única alternativa lógica é a conclusão de que os direitos trabalhistas são disponíveis relativamente à escala da negociação, como fundamentado acima. *Tertium non datur*.

O silogismo jurídico feito acima (da premissa maior – Constituição – e da premissa menor – lei de arbitragem) indica desde já a necessidade lógica de que os direitos trabalhistas não sejam intrinsecamente indisponíveis, mas só condicionadamente indisponíveis. Uma vez superada esta condição – a saber, o desequilíbrio de forças negocial entre empregador e empregado individual –, a lógica do Direito do Trabalho leva a crer que os direitos passam a ser disponíveis e, sobretudo, transacionáveis. Também a experiência da prática forense confirma tal alegação lógica, constatação feita a partir da média cada vez mais crescente dos acordos judiciais firmados<sup>18</sup>.

Outro forte indício lógico-jurídico que aponta para a disponibilidade condicionada dos direitos trabalhistas é o da prescrição e decadência. Isto se dá porque estes direitos supostamente irrenunciáveis podem ser renunciados pelo empregado desde que ele escolha deixar transcorrer o tempo da prescrição quinquenal<sup>19</sup>, não podendo ser estes direitos posteriormente arguidos em juízo, como explica ainda Maurício Godinho Delgado (2012, p. 207):

Entretanto, não é todo tipo de supressão de direitos trabalhistas que o ramo juslaborativo inibe. O despojamento restringido pela legislação centra-se fundamentalmente naquele derivado do exercício expresso ou tácito da vontade pelo titular do direito trabalhista (através da renúncia ou da transação, por exemplo). O Direito do Trabalho não impede, porém, a supressão de direitos trabalhistas em face do exercício, pelo devedor trabalhista, de prerrogativa legal (como a arguição de prescrição) ou em face do não exercício, pelo credor trabalhista, de prerrogativa legal ou convencional (como no caso da decadência). Prescrição e decadência geram, pois, supressão de direitos laborais, sem afronta ao princípio básico da indisponibilidade que caracteriza o Direito Individual do Trabalho.

---

<sup>18</sup> Metas da Justiça do Trabalho: confira o desempenho do TRT-RS no primeiro semestre de 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1183306>. Acesso em 4 de janeiro de 2016.

<sup>19</sup> Súmula nº 308 do TST

#### PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988.

O mesmo ocorre com direitos tão inatacáveis como aquele da estabilidade laboral da gestante, cuja renúncia pode ser praticada pelo pedido de demissão, o que é amplamente aceito pelos tribunais do trabalho<sup>20</sup>.

Todos esses elementos indicam a mesma conclusão: a de que a disponibilidade dos direitos trabalhistas está vinculada à possibilidade da livre manifestação de vontade, a qual, por sua vez, está condicionada à igualdade negocial entre empregador e empregado. Ao trabalhador, sempre é dado usufruir da sua principal arma de negociação como lhe aprouver, mesmo sendo ela a fonte primária de todos os seus direitos e o fundamento do Direito do Trabalho: o emprego.

O trabalhador pode renunciar à contratação para exigir um salário maior ou para exigir condições melhores, bem como pode renunciar à continuidade do pacto laboral a qualquer tempo, por meio do pedido de demissão escrito de próprio punho, que tem validade presumida na Justiça do Trabalho.

A despeito de certa inovação trazida neste estudo quanto ao caráter condicionado da disponibilidade dos direitos trabalhistas, a relatividade de sua indisponibilidade é reconhecida na doutrina justralhista:

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

Observa-se, portanto que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas é relativa, e este caráter relativo já está dado na própria natureza divisa do Direito do Trabalho, donde é possível extrair um fundamento que justifique tanto a disponibilidade como a própria indisponibilidade. Esta condição é a da igualdade negocial entre empregador e empregado, que possibilita a livre manifestação de vontade, sem a qual não se poderia presumir a validade jurídica do ato de disposição dos direitos transacionados.

---

<sup>20</sup> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. RENÚNCIA. Tratando-se de período contratual inferior a um ano, incumbe ao trabalhador o ônus da prova acerca do vício de vontade na prática do ato jurídico de denúncia do contrato de emprego, não havendo que se falar em garantia de emprego, diante do ato de renúncia à estabilidade. (TRT-1 - RO: 00109943520135010081 RJ, Relator: MARIA APARECIDA COUTINHO MAGALHAES, Data de Julgamento: 18/08/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 03/09/2015)

Entendida a condição que justifica a presença e a ausência da disponibilidade dos direitos trabalhistas, explica-se como essa mesma condição se manifesta em outros elementos que constituem o direito material e processual do trabalho, como na possibilidade de prescrição e de decadência desses direitos, bem como na possibilidade de negociação coletiva, e mesmo a renúncia ao emprego (antes da contratação ou durante o contrato) ou as próprias transações habituais das audiências trabalhistas.

Estes elementos indicam não só que a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas é relativa (pedido de demissão em estabilidade, prescrição, decadência etc.), mas sobretudo que a sua disponibilidade para transação é condicionada (na igualdade negocial que se verifica tanto em audiência na presença do juiz, como durante a negociação coletiva).

Identificada esta condição que é a raiz da disponibilidade dos direitos trabalhistas, resta verificar se ela pode se expressar de alguma maneira no procedimento arbitral aplicado aos dissídios individuais, para conferir se a relativa restrição do procedimento arbitral (aos direitos patrimoniais disponíveis) afasta-o em definitivo ou só em parte dos dissídios individuais, o que é objeto de estudo no próximo capítulo.

#### **4. A APLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO**

Tem-se que o problema da conciliação do procedimento arbitral aos dissídios individuais de trabalho subsiste numa espécie de mútua exclusão que é dada em maior grau pela própria Lei de Arbitragem do que pela Consolidação das Leis do Trabalho, por restringir o procedimento arbitral aos direitos patrimoniais disponíveis. Toda a possibilidade de aplicação do instituto ao Direito Individual do Trabalho jaz em compreender os limites da disponibilidade dos direitos trabalhistas e em como unir a arbitragem a esta possível disponibilidade.

Estabelecida a estrutura de critérios que permite a análise da chamada “disponibilidade condicionada” e identificada a condição que faz surgir esta disponibilidade, o problema a ser superado é a identificação da presença ou da ausência dessa condição no procedimento arbitral, de modo que sua aplicação mereça a permissão ou a proibição em absoluto.

##### **4.1 A concatenação dos fundamentos constitucionais, legais e jurisprudenciais para a condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas**

Inicialmente, é necessário analisar a aplicabilidade da arbitragem aos dissídios trabalhistas em gênero, para compreender como e porque o instituto é aplicável aos dissídios coletivos, e se há algo que transmita essa aplicabilidade, *prima facie*, aos dissídios individuais. A respeito disso, a Constituição Federal estabelece no Art. 114 não só a possibilidade, mas a obrigatoriedade do procedimento arbitral nos dissídios coletivos antes da via judicial:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]  
§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.  
§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente

O texto dos referidos dispositivos já estava dado em 1988, antes mesmo da edição da Lei de Arbitragem em 1996 e da posterior confirmação de constitucionalidade em 2001 pelo STF. A ordem jurídico-constitucional brasileira, portanto admite irretorquivelmente a

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

Não só a ordem constitucional, mas a ordem infraconstitucional também alude ao procedimental arbitral no Direito do Trabalho, como a lei que regulamenta o direito de greve<sup>21</sup>, e a lei que regulamenta a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa<sup>22</sup>. Esta última inclusive determina a inafastabilidade do compromisso arbitral depois de feito, e da força normativa da sentença do árbitro.<sup>23</sup>

Todas estas situações acima referidas são representações de negociações coletivas, situação em que se encontra presente a condição da igualdade negocial entre as partes<sup>24</sup> – definida anteriormente como a condição necessária para a disponibilidade dos direitos trabalhistas –, o que não só confirma a tese anterior da disponibilidade condicionada dos direitos trabalhistas, mas associa expressamente o procedimento arbitral a essa condição, como antevisto.

Em todos estes casos, a condição de disponibilidade já está dada antes mesmo de se firmar o compromisso arbitral ou de ele ter sido instaurado, em função da garantia de igualdade de forças dada pela negociação coletiva anterior, o que levanta imediatamente o seguinte questionamento: se a negociação coletiva, pela igualdade de forças das partes, tem poderes para firmar o compromisso arbitral a fim de dirimir o dissídio coletivo, teria ela também poderes para firmar o compromisso arbitral a fim de dirimir futuros litígios individuais, ou mesmo poderes para prever a possibilidade de opção pela cláusula arbitral nos contratos individuais da categoria? A resposta deve ser positiva.

---

<sup>21</sup> Art. 3º da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989: “Frustrada ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.”

<sup>22</sup> Art. 4º da Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2000: “Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: [...] II – arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>23</sup> [...] § 3º - Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. § 4º - O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

<sup>24</sup> A Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2000 inclusive sedimenta a necessidade de uma comissão paritária para a negociação cujo impasse posteriormente poderá ser resolvido em arbitragem: “Art. 2º - A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo: I - comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; II - convenção ou acordo coletivo.

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

Outra é a situação, quando o obreiro tiver firmado o compromisso arbitral no ato de contratação apoiado em norma coletiva, cuja produção presume-se válida e sob os auspícios da condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas, mediante a igualdade de forças na negociação.

Sendo permitida a negociação coletiva diretamente sobre direitos em tese indisponíveis (que se tornam disponíveis durante a negociação, como já explicado anteriormente), muito mais permitida é a negociação coletiva sobre a mera arbitrabilidade desses direitos indisponíveis, ou seja, sobre a simples e indireta possibilidade de transação. É a consequência lógica do argumento *a maiore, ad minus*. Se se pode o mais, pode-se o menos<sup>25</sup>.

Mesmo o Tribunal Superior do Trabalho outrora já se manifestou favoravelmente à arbitrabilidade dos direitos do trabalho nos dissídios individuais, admitindo indisponibilidade somente relativa<sup>26</sup>. O Ministro Levenhagen, relator do referido julgado,

---

<sup>25</sup> Tal permissão teria até mesmo supedâneo no art. 444 da CLT, que dispõe sobre a possibilidade de livre estipulação contratual: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

<sup>26</sup> RECURSO DE REVISTA - DISSÍDIO INDIVIDUAL - SENTENÇA ARBITRAL - EFEITOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - ART. 267, VII, DO CPC. I - É certo que o art. 1º da Lei nº 9.307/96 estabelece ser a arbitragem meio adequado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Sucede que a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não é absoluta. Possui relevo no ato da contratação do trabalhador e durante vigência do pacto laboral, momentos em que o empregado ostenta nítida posição de desvantagem, valendo salientar que o são normalmente os direitos relacionados à higiene, segurança e medicina do trabalho, não o sendo, em regra, os demais, por conta da sua expressão meramente patrimonial. Após a extinção do contrato de trabalho, a vulnerabilidade e hipossuficiência justificadora da proteção que a lei em princípio outorga ao trabalhador na vigência do contrato, implica, doravante, a sua disponibilidade, na medida em que a dependência e subordinação que singularizam a relação empregatícia deixam de existir. II - O artigo 114, § 1º, da Constituição não proíbe o Juízo de arbitragem fora do âmbito dos dissídios coletivos. Apenas incentiva a aplicação do instituto nesta modalidade de litígio, o que não significa que sua utilização seja infensa à composição das contendas individuais. III - Para que seja consentida no âmbito das relações trabalhistas, a opção pela via arbitral deve ocorrer em clima de absoluta e ampla liberdade, ou seja, após a extinção do contrato de trabalho e à míngua de vício de consentimento. IV - Caso em que a opção pelo Juízo arbitral ocorreu de forma espontânea e após a dissolução do vínculo, à míngua de vício de consentimento ou irregularidade quanto à observância do rito da Lei nº 9.307/96. Irradiação dos efeitos da sentença arbitral. Extinção do processo sem

referenda, na sua fundamentação, a cadeia de raciocínio desenvolvida neste trabalho, ao explicar que, não só a indisponibilidade dos direitos do trabalho é relativa, mas ela é fruto da vulnerabilidade e da hipossuficiência do trabalhador quando defronte do empregador na relação de emprego, situação que, a seu viso<sup>27</sup>, não ocorre com a rescisão contratual, permitindo o compromisso arbitral.

Noutra instância, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de disponibilidade dos direitos trabalhistas em negociação coletiva, de onde se extrai o seguinte excerto do voto do Min. Relator Roberto Barroso em 30/04/2015:

25. Por fim, de acordo com o **princípio da adequação setorial negociada**, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas (STF, RE n.º 590415/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30/04/2015, *grifos no original*)

O voto explora ainda outro critério, este mais vago, para a aferição da disponibilidade relativa dos direitos trabalhistas, pondo em sujeição às negociações coletivas todos aqueles que não constituírem um “patamar civilizatório mínimo”, dentro de cujo rol (assinatura de CTPS, salário mínimo, normas de segurança etc.) não há necessidade lógica de encaixar arbitrariamente o direito genérico de ação. Não se pretende explorar especificamente essa linha argumentativa do “patamar civilizatório mínimo” por crer-se por demais vaga, sem capacidade de dar uma resposta clara e objetiva ao problema ora levantado.

Mesmo os tribunais regionais desenvolviam uma farta jurisprudência em favor da arbitragem nos dissídios individuais de trabalho, com fulcro em argumentos semelhantes, cujos julgados foram recolhidos<sup>28</sup> pelo Tribunal Arbitral de São Paulo – TASP<sup>29</sup>, compondo o

---

resolução do mérito (artigo 267, VII, do CPC), em relação aos pleitos contemplados na sentença arbitral. [...] (TST - RR: 1799006620045050024 179900-66.2004.5.05.0024, Relator: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 03/06/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 19/06/2009)

<sup>27</sup> Conclui-se de forma semelhante, o que é explicado mais à frente.

<sup>28</sup> Mantém-se estes julgados fora do texto para não dificultar a leitura, mas podem ser encontrados em: <[http://www.arbitragem.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=60&catid=19&Itemid=263](http://www.arbitragem.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=60&catid=19&Itemid=263)>.

<sup>29</sup> O “Centro de mediação e Arbitragem de São Paulo é uma entidade arbitral privada destinada à resolução de conflitos envolvendo bens patrimoniais disponíveis”. Disponível em:

histórico de desenvolvimento da arbitragem no Brasil. A mais recente orientação<sup>30</sup> do Tribunal Superior do Trabalho, em 26 de março de 2015, estabelecem o mesmo limite traçado na decisão levantada acima e explicado neste trabalho, sedimentando a jurisprudência do TST ao afastar a arbitragem dos direitos trabalhistas individuais nos casos em que o compromisso arbitral foi firmado no ato de contratação e nos casos em que a arbitragem é utilizada para aditamento do contrato durante sua vigência. Eis o excerto da notícia que enuncia o parâmetro do julgado:

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

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

#### **4.2 Os limites da aplicação do procedimento arbitral quanto aos dissídios individuais do trabalho**

A despeito da aparência de vedação absoluta que tem o novo entendimento jurisprudencial quanto à utilização da arbitragem para fins de resolução dos dissídios individuais de trabalho, a fundamentação dos julgados (e não as meras manchetes noticiosas) leva a crer que há, sim, a possibilidade de compatibilização entre o Direito Individual do Trabalho e a Arbitragem, ressalvada a presença da condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas no ato de firmar-se o compromisso arbitral, qual seja a igualdade de forças na negociação, tal como explicado no capítulo anterior.

Neste sentido, a primeira hipótese – a respeito da legitimidade da negociação coletiva para permitir o compromisso arbitral como resolução dos conflitos individuais da

---

<[http://www.arbitragem.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=40&Itemid=237](http://www.arbitragem.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=40&Itemid=237)>. Acesso em 12 de janeiro de 2016.

<sup>30</sup> TST determina que conselho arbitral não examine conflitos trabalhistas. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-conselho-arbitral-nao-examine-conflitos-trabalhistas](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-conselho-arbitral-nao-examine-conflitos-trabalhistas)>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

categoria – deve ser entendida como válida dentro da lógica interna das normas juscoletivas, tanto na sua expressão durante o ato da contratação, como na sua expressão pós-contratual, depois de sua rescisão, o que se adequa ao sentido do fundamento dos julgados e da evolução da jurisprudência, e se adequa também ao sentido da legislação celetista e da própria Lei de Arbitragem.

Se a negociação coletiva tem alguma força de proteção ao trabalhador, este sentido se expressa sobretudo para protegê-lo no ato da contratação de possíveis cláusulas abusivas que não poderiam ser negociadas com o empregador e que serão válidas para todo o contrato. Se a norma coletiva interfere neste momento para salvaguardar, bem como para dispor (em função de outros benefícios) os direitos patrimoniais do futuro contratado, o mesmo se estende para a aceitação, via norma coletiva, da presença da cláusula arbitral no ato de contratação, manifestando naquele momento os efeitos da paridade de armas anterior que negociou com o empregador a inserção ou não desta cláusula.

Não há razões para impedir a negociação coletiva somente neste aspecto específico, o que seria tolher arbitrariamente a liberdade negocial das entidades coletivas do trabalho e restringir o seu aspecto protetivo do trabalhador.

Ainda, resta a hipótese da opção individual do próprio obreiro, desassistido do sindicato, pelo procedimento arbitral, sem previsão expressa em norma coletiva. Essa situação é inteiramente diversa da situação acima explanada, quando a presença da cláusula arbitral no contrato de trabalho estaria revestida da proteção coletiva. Nessa situação, a coletividade teria, responsabilmente, em anterior situação de paridade de armas, livremente optado pela presença da cláusula nos contratos individuais, resguardando o obreiro contra um possível abuso da parte do empregador em obrigar a presença da cláusula arbitral sem qualquer negociação.

Na situação em que o obreiro enfrenta sozinho a presença dessa cláusula no ato da contratação, ele está afastado da condição de disponibilidade de seus direitos e tem sua livre-manifestação de vontade radicalmente desprotegida pela ausência da paridade de armas, da igualdade de forças na negociação.

Neste caso, bem como na duração inteira do contrato de trabalho, o empregado não está em condições de ter presumido contra si a validade da manifestação de sua vontade, de modo tal que qualquer ato de renúncia ou de transação de seus direitos pode ter sido fruto de imposição patronal, à qual o empregado, sozinho, pela escassez de suas forças negociais, não poderia opor qualquer resistência, aceitando as condições impostas pelo empregador como necessárias à continuidade da vínculo empregatício.

Ausente a condição de disponibilidade dos direitos laborais, o obreiro individual não pode ter presumida a plena liberdade para aceitar a presença da cláusula arbitral no contrato de trabalho, ou para firmar o compromisso arbitral para resolver avença durante a vigência deste.

Não se trata aqui de analisar cada caso, uma vez que certamente há oportunidades de contratação as quais, variando de empregador para empregador, podem oferecer maior ou menor liberdade. No mesmo sentido, um empregado em particular, munido de diversas propostas de emprego, tem mais poderes para negociar sua contratação com maior liberdade. A dificuldade é que esta ampla liberdade não pode ser presumida para todos os casos, como deve estar na lei, sendo a manifestação dela antes uma exceção ou uma condicionante particularizada, e não a expressão mais genérica das contratações no âmbito do trabalho.

A aposição da cláusula arbitral no contrato de trabalho sem previsão anterior em norma coletiva é incompatível com a restrição estabelecida na Lei de Arbitragem quanto aos direitos patrimoniais disponíveis, não se assentando sobre a condição de disponibilidade dos direitos trabalhistas e não se adequando à lógica interna do Direito do Trabalho.

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

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

Há somente algumas ressalvas quanto aos potenciais pedidos levados à arbitragem neste caso, como matéria que discuta obrigação de assinatura em CTPS, ou a obrigação de reintegração ao labor em casos de estabilidade, não resolúveis em indenização. As coisas tipicamente *extra commercium* que integrem o petitório reclamante não se sujeitam à transação nem à arbitrabilidade, o que poderia motivar uma posterior invalidação de sentença arbitral que, materialmente, tenha permitido a transação sobre um direito dessa natureza.

Não seria possível, no entanto a invalidação da sentença arbitral que tenha meramente disposto sobre esse assunto (dando ganho de causa à parte obreira e definindo à

contraparte a obrigação de assinatura em CTPS, por exemplo), sob pena de alargada insegurança jurídica sem motivação real, mas meramente formal.

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

Ainda na mesma matéria, há uma razão de ordem processual que, dada uma possível rejeição absoluta da arbitragem para os dissídios individuais, provocaria uma contradição prejudicial aos trabalhadores.

A Nova Lei de Arbitragem inseriu no procedimento arbitral a garantia dos efeitos relacionados à interrupção da prescrição no momento de sua instituição. Supondo então que um trabalhador individual, depois da rescisão contratual, por exemplo, optasse pela arbitragem para dirimir o conflito, a prescrição quinquenal ou bienal estaria interrompida ou continuaria a transcorrer? Se a arbitragem fosse proibida neste nível, juntamente com ela estaria afastada a interrupção da prescrição, por necessidade lógica da proibição *in limine* do procedimento quanto aos dissídios individuais.

Se o trabalhador, tempos depois, já prescrito seu direito, conseguisse anular a sentença arbitral e movesse ação para postular os mesmos direitos, ele estaria desamparado em função da prescrição, uma vez que, sendo decretado inválido o procedimento arbitral neste azo, também o seria a interrupção, gerando um grave prejuízo ao trabalhador ao tentar “protegê-lo” da arbitragem.

Afastar a validade de um processo arbitral já havido, extinguindo os efeitos de sua sentença, é um atentando ao princípio da boa-fé e da lealdade. Qualquer outra opção seria antes uma conciliação política a um ordenamento lógico-formal das normas jurídicas pátrias. A rejeição da arbitragem nos dissídios individuais do trabalho criaria dentro do ordenamento processual trabalhista uma inconsistência lógica, que relativizaria o conceito da prescrição ou da interrupção para fins de proteger as aparências de absolutismo de uma indisponibilidade que já é, dia a dia, relativizada.

Doutra feita, a aceitação do procedimento arbitral para os dissídios individuais, dentro dos limites aqui expostos, atraem para a proteção dos direitos trabalhistas – e para o próprio funcionamento da Justiça do Trabalho, como explicado no primeiro capítulo deste

trabalho – todos os efeitos da maximização de princípios como os da efetividade dos direitos, da duração razoável do processo, e sobretudo o de livre acesso à justiça<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Se o jurisdicionado, afinal, não tem a opção de *não acessar* o Judiciário, optando pelo procedimento arbitral, o seu acesso à justiça não é livre, mas restrito a uma única via.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassadas essas dificuldades de compatibilização entre a arbitragem e o Direito Individual do Trabalho, sobressai a impressão de que os impedimentos interpostos entre estes dois polos do direitos são sobretudo aparentes e artificiais, resultantes de uma consideração superficial do assunto, que se além antes aos problemas mais vistosos (a incompatibilidade entre a restrição aos direitos patrimoniais disponíveis na arbitragem e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas) sem atender a realidade dos dois fenômenos, muito mais complexa e cheia de nuances do que a mera aparência inicial do problema revela.

Do atrito entre as duas áreas, parece sagrar-se vencedora antes a harmonia e o equilíbrio entre os dois do que a Arbitragem ou o Direito do Trabalho sozinhos, suscitando limitações e flexibilizações de ambos os lados, sem deixar de atender aos critérios internos de cada matéria, como os limites da indisponibilidade justrabalhista ou as interpretações jurisprudenciais que associam ou desassocia a arbitragem do direito individual trabalhista. Sagra-se vencedor, mais ainda, o jurisdicionado, que pode receber seu direito com maior prontidão e de forma mais personalizada, à sua escolha, seja pela via judiciária, seja pela via arbitral.

A integração da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro parece correr a passos largos, atraindo a atenção internacional<sup>32</sup> e introduzindo novas leis que ampliam as possibilidades da via arbitral no País sobretudo em áreas ainda pouco exploradas, como no Direito do Consumidor e no Direito do Trabalho<sup>33</sup>, entregando ao jurisdicionado novas opções quanto ao acesso à Justiça.

Tudo isso se integra a um novo cenário jurídico de mundialização das relações jurídicas, políticas e econômicas, que investe pesadamente na arbitragem, a qual é simultaneamente estimulada por uma tendência pós-moderna no Direito quanto à multiplicidade de códigos e de polos jurídicos autônomos dentro do próprio ordenamento.

Sem mais, espera-se ter servido tributo à rediscussão de um tema já em pauta no Brasil desde a edição da Lei de Arbitragem em 1996, que foram acesos novamente com a publicação da Nova Lei e a tentativa de integração legislativa direta entre a Arbitragem e o Direito Individual do Trabalho.

---

<sup>32</sup> Comitê Brasileiro de Arbitragem. *Brasil recebe prêmio de “most improved jurisdiction” da Global Arbitration Review*. Disponível em <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/brasil-recebe-premio-de-most-improved-jurisdiction-da-global-arbitration-review>>. Acesso em 29 de dezembro de 2015.

<sup>33</sup> Os vetos aos parágrafos 2º, 3º e 4º que seriam introduzidos ao art. 4º da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 já são alvo de aliança política para reversão. Ver nota 10.

## REFERÊNCIAS

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

ALLARD, Gayle; GAROT, Marie-José. **O impacto do novo direito trabalhista na China: novas estratégias de contratação para empresas estrangeiras?** São Paulo: Revista DireitoGV, 6ª ed, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**; tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2007.

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

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

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 EP**. Agravante: MBV Comercial and Export Management Establishment e outros. Agravado: Resil Indústria e Comércio Ltda e outros. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

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

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

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista Nº TST-RR-1799/2004-024-05-00.6 c/j TST-AIRR-1799/2004-024-05-40.0**. Relator: Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma, 19/06/2009. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4311908/recurso-de-revista-rr-1799006620045050024-179900-6620045050024>>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

CANTOÁRIO, Diego Martinez Ferverza. **A paridade de armas como projeção do princípio da igualdade no processo civil.** Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18517/A\\_Paridade\\_de\\_Armas\\_como\\_Proje%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_Princ%C3%ADpio\\_da\\_Igualdade\\_no\\_Processo\\_Civil.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18517/A_Paridade_de_Armas_como_Proje%C3%A7%C3%A3o_do_Princ%C3%ADpio_da_Igualdade_no_Processo_Civil.pdf)> Acesso em 2 de janeiro de 2016.

CASEY, Gerard. *Libertarian Anarchy: against the state*. Continuum, 2012.

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

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

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

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

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, Tomo IV. Borsoi, 2012.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana: um tratado de economia**; tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

\_\_\_\_\_, Ludwig von. **O cálculo econômico sob o socialismo**; tradução de Leandro Augusto Gomes roque. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State with Power and Market*. Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2009.

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

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

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

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