

A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho – Uma proposta de sistematização

Andre Vasconcelos Roque

Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar). Advogado no Rio de Janeiro.

Resumo: A possibilidade de resolução de dissídios individuais no Direito do Trabalho mediante arbitragem consiste em assunto polêmico e atual. No âmbito dos dissídios individuais do trabalho, tradicionalmente se entende que os direitos trabalhistas são indisponíveis. Além disso, considera-se que o empregado é a parte mais frágil na relação jurídica e poderia ser eventualmente coagido a assinar contratos de trabalho com a previsão de convenção de arbitragem. O que se busca com o presente estudo é não apenas demonstrar que deve haver certa flexibilização na matéria, como apontar critérios gerais que possam orientar a análise da validade das convenções de arbitragem inseridas nos contratos de trabalho. Para isso, o estudo partirá dos aspectos gerais definidos na Lei de Arbitragem e perpassará as circunstâncias específicas nas relações de trabalho, investigando em que casos deve ser admitida a arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito do Trabalho. Dissídios individuais.

Sumário: 1 Introdução – 2 Arbitrabilidade objetiva e matérias sensíveis – 3 Um breve panorama sobre a arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho – Confusão conceitual? – 4 Considerações finais – Uma proposta de sistematização – Referências

1 Introdução

Recentemente, chegou aos jornais a notícia de que a Justiça do Trabalho em São Paulo reconheceu a validade de cláusula arbitral presente em um contrato trabalhista entre um alto executivo do mercado de capitais e um importante banco de investimentos no Brasil.¹ Segundo a reportagem,

¹ V., nesse sentido, reportagem veiculada pelo *Valor Econômico* em 15 fev. 2012: “Justiça aceita arbitragem em discussão trabalhista”. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/2/15/justica-aceita-arbitragem-em-discussao-trabalhista>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

muito embora a Justiça do Trabalho normalmente seja hostil à resolução de dissídios individuais por meio de arbitragem, pesou na decisão do juiz o fato de que, naquele caso concreto, tratava-se de um alto executivo de “notável formação acadêmica” e “expressivos vencimentos”. Ademais, o magistrado considerou que o bônus de retenção pleiteado na reclamação — uma espécie de premiação com a finalidade de evitar a saída de empregados estratégicos — foge do padrão das verbas trabalhistas, extinguindo, assim, o pedido formulado.

A possibilidade de resolução de conflitos na seara trabalhista por meio de arbitragem consiste em assunto polêmico e atual. Afasta-se, para fins de exposição, a arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho coletivo, que está consagrada de maneira expressa no art. 114, §§1º e 2º da Constituição da República e cuja admissibilidade não pode ser questionada no Brasil, sendo obra do constituinte originário. É verdade que a arbitragem coletiva nas relações de trabalho é muito pouco utilizada na prática, talvez pela falta da devida disciplina do instituto em sede infraconstitucional. Esta discussão, todavia, fica para outra oportunidade.

No âmbito dos dissídios individuais do trabalho, tradicionalmente se entende que os direitos trabalhistas são indisponíveis. Além disso, considera-se que o empregado é a parte mais frágil na relação jurídica e poderia ser eventualmente coagido a assinar contratos de trabalho com a previsão de convenção de arbitragem. Assim, seja porque a controvérsia está fora dos limites de arbitralidade definidos pela Lei nº 9.307/96, que se restringe aos direitos patrimoniais *disponíveis*, seja porque a autonomia da vontade do empregado será frequentemente colocada em risco, a jurisprudência dominante na Justiça do Trabalho é contrária à resolução por meio de arbitragem.

A solução para este problema, todavia, não pode ser assim tão simples. Primeiro, porque a noção de indisponibilidade irrestrita de qualquer direito trabalhista não pode ser aceita, não apenas à luz da Teoria Geral do Direito, mas também de acordo com a prática observada rotineiramente na própria Justiça do Trabalho, em que um número expressivo de acordos é celebrado com frequência. Além disso, como o caso retratado na reportagem referida acima evidencia, nem sempre o empregado estará em situação de vulnerabilidade diante de seu empregador. Tudo indica, portanto, que a solução deverá ser construída de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Assim, o que se busca com o presente estudo é não apenas demonstrar que deve haver certa flexibilização no estudo da matéria, como também apontar

critérios gerais que possam orientar a análise da validade das convenções de arbitragem inseridas nos contratos de trabalho. Para isso, o estudo partirá primeiro dos aspectos gerais definidos na Lei de Arbitragem e perpassará as circunstâncias específicas observadas nas relações de trabalho, investigando em que casos deve ser admitida a arbitragem.

2 Arbitrabilidade objetiva e matérias sensíveis

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/96 que a arbitragem, mecanismo privado de resolução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos próprios litigantes, impõe sua decisão, será admitida entre pessoas capazes de contratar para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A norma em questão disciplina aquilo que em doutrina se costuma denominar *arbitrabilidade*, delimitando quais litígios podem ser resolvidos por arbitragem.² ³ Trata-se de limite estabelecido pela lei à autonomia da vontade, a fim de resguardar o interesse público que, eventualmente, poderia estar envolvido em um processo arbitral.⁴ Dados os limites impostos ao presente estudo, não cabe aqui questionar os fundamentos por trás do instituto da arbitrabilidade. Basta, para os fins desse trabalho, considerar que determinadas controvérsias podem, eventualmente, envolver direitos fundamentais da mais alta relevância (como a liberdade no Direito Penal) ou partes em situação desigual (como o Direito do Consumidor ou o Direito do Trabalho) ou interesses da coletividade, que pode não estar adequadamente representada (como o Direito Ambiental ou o Direito Concorrencial).⁵ Em todas essas hipóteses, por

² V. FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*, p. 312; BLACKABY *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 123; LEW; MISTELIS; KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*, p. 187. Na doutrina brasileira, entre outros, v. a obra específica sobre o tema de GONÇALVES. *Arbitrabilidade objetiva*, p. 8.

³ No direito estadunidense, por vezes, utiliza-se o termo arbitrabilidade com um significado muito mais amplo, referindo-se à determinação do campo de aplicação da convenção arbitral, delimitado por vontade das partes e não por uma restrição imposta pela legislação estatal à arbitragem. A doutrina tem anotado que essa utilização mais ampla do termo é capaz de gerar confusões e não se compatibiliza com a prática corrente na arbitragem internacional. V. FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*, p. 312; BLACKABY *et al., op. cit.*, p. 123, nota 162; CARBONNEAU; JANSON. Cartesian logic and frontier politics: french and american concepts of arbitrability. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, p. 194.

⁴ V. LEW; MISTELIS; KRÖLL, *op. cit.*, p. 188.

⁵ V. PARK. Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration, *Brooklyn Journal of International Law*, p. 638.

variados motivos, as diversas legislações no mundo em matéria de arbitragem, incluindo a lei brasileira, impõem limitações à autonomia da vontade das partes do litígio.

A arbitrabilidade costuma ser analisada pela doutrina em duas dimensões, quais sejam: (i) relativa à pessoa (*ratione personae*), delimitando quem pode ser submetido à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva) e (ii) relativa às matérias (*ratione materiae*) que podem levadas ao conhecimento dos árbitros (arbitrabilidade objetiva).⁶ Assim, se uma convenção de arbitragem é celebrada fora dos limites da arbitrabilidade, o resultado será um negócio jurídico⁷ inválido, seja porque dele participou pelo menos um agente que não tinha capacidade para este fim (falta de arbitrabilidade subjetiva), seja porque seu objeto não era admitido pela lei (ausência de arbitrabilidade objetiva).

Em relação à arbitrabilidade na dimensão subjetiva, a lei brasileira determina que somente as pessoas capazes de contratar poderão celebrar uma convenção arbitral. Naturalmente, tratando-se de um negócio jurídico, a doutrina tem entendido que tal exigência refere-se à capacidade de fato ou de exercício, ou seja, à possibilidade de que a pessoa realize, sem o auxílio de terceiros, os atos da vida civil.⁸ Não basta, assim, a mera capacidade de direito ou de gozo, entendida esta como aptidão de tornar-se sujeito de direitos e deveres.⁹ Há quem sustente inclusive que, como a arbitragem pressupõe a

⁶ Sobre a classificação, entre outros, v. FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 312-313; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 9.

⁷ A doutrina discutiu em inúmeras oportunidades a natureza jurídica da convenção de arbitragem, que já foi considerada uma forma de transação, um contrato com produção de efeitos processuais e, por fim, um negócio jurídico processual. Sobre o tema, de modo geral, v. GUERRERO. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, p. 10, 15.

⁸ V. CARMONA. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, p. 37. Na realidade, a capacidade que se exige é a capacidade para contratar, aferida no momento da celebração da convenção de arbitragem. Em regra, ela coincide com a capacidade para a prática dos atos da vida civil, mas alguns civilmente capazes, excepcionalmente, podem estar impedidos de firmar contratos, como os sócios da empresa falida. Nesse sentido, v. CRETELLA NETO. *Curso de arbitragem*, p. 55; GUERRERO, *op. cit.*, p. 49, 50.

⁹ Embora uma interpretação literal do art. 1º da Lei nº 9.307/96 pudesse afastar a possibilidade de que os chamados entes formais (condomínios edilícios, espólio, massa falida) participassem de arbitragens (já que não possuem personalidade jurídica, não sendo exatamente considerados “pessoas”), a doutrina tem considerado, acertadamente, que não há fundamento para se vedar tal hipótese. Exige-se apenas que os responsáveis pela representação desses entes despersonalizados estejam devidamente autorizados (pelo juiz, nos casos do espólio e da massa falida e pela assembleia, no caso do condomínio). V. CARMONA *op. cit.*, p. 37, 38; CÂMARA. *Arbitragem*, p. 15,16.

disponibilidade de um direito,¹⁰ a incapacidade de exercício não poderia ser suprida nem mesmo pelo representante ou assistente do incapaz.¹¹

Alguns autores têm sustentado que a possibilidade de arbitragem envolvendo o Estado seria uma questão típica de arbitrabilidade subjetiva.¹² Não nos parece, porém, que esta seja a compreensão mais adequada da discussão no Brasil. Realmente, em algumas legislações estrangeiras, há disposições específicas sobre o tema, restringindo ou mesmo proibindo arbitragens com entes estatais.¹³ Na lei brasileira, todavia, não há qualquer vedação específica para arbitragens envolvendo interesses estatais. Os entes estatais em geral são considerados pessoas jurídicas. Tratando-se dos entes federativos em geral ou de autarquia, serão tidos como pessoas jurídicas de direito público interno, por força do art. 41 do Código Civil. Em qualquer caso, todos podem ser enquadrados na definição genérica de “pessoas” do art. 1º da Lei nº 9.307/96.

A dúvida que sempre existiu no Brasil quanto à arbitragem envolvendo entes estatais não diz respeito exatamente à arbitrabilidade na dimensão subjetiva, mas sim em relação à disponibilidade ou não dos direitos envolvidos nessas controvérsias. Entre nós, portanto, o problema é precisamente de arbitrabilidade em seu aspecto objetivo, ou seja, se a matéria envolvendo interesses estatais, dadas as suas peculiaridades, poderá ou não ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

As principais discussões sobre arbitrabilidade nos últimos anos têm ocorrido em sua dimensão objetiva.¹⁴ O ponto de partida sobre o tema na

¹⁰ Ainda que se entenda que a simples opção pela via arbitral não pressuponha disposição de direito material, o que nos parece correto, a convenção de arbitragem implica a disposição de um direito eminentemente de natureza processual, qual seja, o de submeter as controvérsias delimitadas pela própria convenção ao Poder Judiciário. V. RICCI. Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1º da Lei 9.307/96. In: RICCI. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*, p. 131.

¹¹ V. CARMONA, *op. cit.*, p. 37. Em sentido aparentemente contrário, expondo apenas que “as incapacidades podem ser supridas”, GUERRERO, *op. cit.*, p. 50.

¹² V., entre outros, GONÇALVES, *op. cit.*, p. 9.

¹³ Exemplo típico é encontrado no art. 139 da Constituição do Irã (exigindo a aprovação de determinadas autoridades para a submissão de controvérsias à arbitragem envolvendo entes estatais).

¹⁴ Como já observado inclusive por autores estrangeiros. Nesse sentido, LEW; MISTELIS; KRÖLL, *op. cit.*, p. 187, 188. Há quem diga, inclusive, que a arbitrabilidade subjetiva, quando não se confunde inteiramente com a noção de capacidade civil, só se torna visível à luz do elemento objetivo da relação jurídica a que se refere. V. GREBLER. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 62. Esse parece ser o caso da arbitrabilidade envolvendo interesses de entes estatais no Brasil.

legislação brasileira está igualmente no art. 1º da Lei nº 9.307/96, que delimita o campo de abrangência da arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis.

Não se observa grande controvérsia em doutrina quanto ao conceito de direitos patrimoniais, que são aqueles que podem ser quantificados em pecúnia,¹⁵ ou seja, que são suscetíveis de valoração econômica. Assim, não é difícil perceber que os direitos extrapatrimoniais compreendem os direitos da personalidade em geral (direito à vida, à liberdade, à integridade física, ao nome, à honra, à intimidade), ínsitos à essencialidade do ser humano e que não podem ser quantificados em pecúnia.¹⁶

Mais difícil é estabelecer um conceito para direitos disponíveis, que por vezes são tratados como um sinônimo para direitos patrimoniais,¹⁷ ou são considerados aqueles que podem ser objeto de transação,¹⁸ ou são tidos como aqueles que podem ser livremente alienados ou negociados,¹⁹ ou como aqueles direitos que não precisam ser obrigatoriamente exercidos pelo titular²⁰ ou, por fim, direitos em que não há proibição a que se espontaneamente reconheça não ter razão sem o recurso à jurisdição.²¹

¹⁵ V. GOMES. *Introdução ao direito civil*, p. 113; PEREIRA. *Instituições do direito civil*, v. 1, p. 39; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 659.

¹⁶ Uma vez violado algum desses direitos, entretanto, eventual indenização será suscetível de apreciação pecuniária, afastando-se o obstáculo da patrimonialidade para fins de submissão à arbitragem. Afinal, o que se julga no âmbito da responsabilidade civil por dano moral não é o direito da personalidade em si, mas a sua violação, aferindo-se a existência do dano e a sua quantificação.

¹⁷ V. BITTAR. *Curso de direito civil*, v. 1, p. 55; LEE. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, p. 346.

¹⁸ V. ALVIM. *Comentários à lei de arbitragem*, p. 32,34; SCAVONE JR. *Manual de arbitragem*, p. 26, 29 (embora se referindo também, de modo rápido, à possibilidade de alienação dos direitos disponíveis); GARCEZ. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, p. 338. Destaque-se que o art. 1.072 do Código de Processo Civil, revogado pela Lei nº 9.306/97, estabelecia a admissibilidade da arbitragem para os direitos em que se admitisse transação.

¹⁹ V. GUERRERO, *op. cit.*, p. 44-45 (ênfatizando que esta noção seria mais ampla que o conceito de direitos transacionáveis); MARTINS. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 3-4; FIGUEIRA JR. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 178.

²⁰ V. CARMONA, *op. cit.*, p. 38 (embora aludindo também à ideia de que tais direitos podem ser livremente alienados ou negociados, por se encontrarem desembaraçados, e ênfaticamente que a técnica legislativa vigente é superior à do revogado art. 1072 do Código de Processo Civil); CORRÊA NETTO. Direitos patrimoniais disponíveis: conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes. In: BERTASI; CORRÊA NETTO (Coord.). *Arbitragem e desenvolvimento*, p. 40 et seq. (embora também ênfaticamente a noção de que tais direitos podem ser transferidos e apropriados individualmente).

²¹ V. TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 144,147.

Enfim, são inúmeras definições em doutrina para a noção de disponibilidade de um direito, justamente um dos critérios mais utilizados pelas legislações para delimitar as matérias passíveis de arbitragem,²² o que explica a conhecida citação doutrinária de que a arbitrabilidade constitui uma *questão abstrata, delicada, mal delimitada*.²³ As hesitações nesse tema corroboram a existência de um conjunto considerável de matérias ditas sensíveis²⁴ ou parcialmente inarbitráveis, em razão da dúvida sobre a possibilidade de sua submissão à justiça privada.²⁵ São exemplos de matérias sensíveis as arbitragens envolvendo entes públicos, o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, o Direito Concorrencial e, por fim, a proteção de direitos coletivos *lato sensu*.

É neste estado de incerteza a respeito dos limites da arbitrabilidade objetiva que a matéria ingressa na Justiça do Trabalho.

3 Um breve panorama sobre a arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho – Confusão conceitual?

Como se viu, os limites da arbitrabilidade objetiva no Brasil, assim como em outros países, ainda não estão bem definidos, sobretudo pelas múltiplas acepções do que se considera um direito disponível. Tal circunstância já indica que a solução para a admissibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do Direito do Trabalho não pode ser assim tão simples, em que pese o tradicional entendimento formado no sentido de sua inadmissibilidade de plano.

Para uma parcela da doutrina, sobretudo entre os autores do Direito do Trabalho, os litígios entre empregado e empregador não podem ser submetidos à arbitragem, pois os direitos em discussão são indisponíveis, por força das regras contidas nos arts. 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em outras palavras, os direitos trabalhistas, de uma forma geral, estão fora

²² As legislações de vários países adotam como critério de arbitrabilidade objetiva, total ou parcialmente, a disponibilidade do direito em discussão. Exemplos nesse sentido são a Espanha, França, Itália, Suíça, Portugal, Argentina, Paraguai, Uruguai e o próprio Brasil. Nesse sentido, fazendo um apanhado geral na legislação comparada, GONÇALVES *op. cit.*, p. 176 e RICCI. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES; CARMONA; MARTINS (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, (in memoriam)*, p. 402, 404.

²³ A citação é de JARROSSON. La notion d'arbitrabilité. *Revista Brasileira de Arbitragem*, p. 173, 2003.

²⁴ Essa é uma denominação oriunda da doutrina francesa, como se verifica em FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 342.

²⁵ Existe, ainda, um conjunto específico de matérias absolutamente inarbitráveis, que compreendem os litígios relativos à capacidade e ao estado civil das pessoas; os litígios puramente criminais; os litígios diretamente decorrentes da falência, entre outros. Uma relação bastante abrangente pode ser consultada em GONÇALVES, *op. cit.*, p. 192, 193.

do âmbito da disponibilidade referido no art. 1º da Lei nº 9.307/96. Além disso, os empregados se encontram em uma situação de vulnerabilidade, havendo o receio de que o empregador lhes imponha a celebração de uma convenção de arbitragem para se esquivar da tutela dos direitos dos trabalhadores pelo Judiciário, frustrando a aplicação de normas de ordem pública.^{26 27}

Tal concepção, porém, se mostra equivocada, partindo de premissas generalistas e que nem sempre estarão presentes no caso concreto.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que os direitos trabalhistas, em geral, não são absolutamente indisponíveis. Embora a CLT estabeleça a sua irrenunciabilidade pelo empregado, seus efeitos ou consequências de ordem patrimonial são suscetíveis de apreciação econômica e plenamente disponíveis.²⁸ Quando um empregado postula, por exemplo, o recebimento de determinada verba que não lhe foi paga ou indenização pelo descumprimento de norma da CLT, não se está decidindo o direito trabalhista em si, mas sua repercussão patrimonial e a quantificação do valor efetivamente devido ao trabalhador, sendo este interesse francamente disponível.²⁹

Trata-se, guardadas as devidas proporções, de fenômeno bastante semelhante ao que ocorre com os direitos da personalidade em geral. Ainda que os direitos à vida, à liberdade, ao nome, à honra ou à intimidade sejam

²⁶ V., nesse sentido, GIGLIO. *A arbitragem e os contratos coletivos de trabalho no Brasil*, p. 74; ROCHA. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*, p. 35; DELGADO. *Curso de direito do trabalho*, p. 1462, 1463.

²⁷ Outros países também impõem restrições às arbitragens no Direito do Trabalho. Nesse sentido, por exemplo, o art. 1º, item 4, da Ley nº 60/2003 (*Ley de Arbitraje*) espanhola, exclui as arbitragens no Direito do Trabalho de seu âmbito de incidência. Na Itália, embora importantes modificações tenham sido aprovadas recentemente pela Legge nº 183/2010 (*Collegato Lavoro*), especialmente em seu art. 31, item 10, ainda permanecem muitas restrições para que os dissídios sejam submetidos aos árbitros, dependendo, para isso, de previsão em convenção coletiva, confirmada por uma cláusula compromissória que não pode ser incluída no corpo do próprio contrato de trabalho, somente sendo válida se celebrada após o período de experiência do empregado ou, na sua ausência, após trinta dias do início da relação de trabalho. Ainda assim, litígios relacionados à própria demissão do empregado não podem ser submetidos à arbitragem. Mesmo nos Estados Unidos, que tradicionalmente são mais liberais e onde a arbitragem é utilizada em larga escala para a apreciação de dissídios trabalhistas, começam a surgir as primeiras objeções à sua conveniência, existindo um projeto de lei no Congresso americano (*Arbitration Fairness Act*) que, se aprovado, restringirá as arbitragens fundadas em cláusula compromissória, notadamente em matérias de Direito do Consumidor e de Direito do Trabalho. Sobre o histórico desse projeto, as pressões políticas existentes e as possíveis repercussões, v. SANTOS; SMITH. A possível alteração do cenário arbitral nos Estados Unidos e seus efeitos na arbitragem internacional. In: PEREIRA; TALAMINI (Coord.). *Arbitragem e poder público*, p. 417, 437.

²⁸ V., nesse sentido, ROMITA. Meios alternativos de solução dos dissídios trabalhistas. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, p. 66.

²⁹ V. PEREIRA. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 94.

indisponíveis em si, sendo considerados atributos essenciais ao ser humano, uma eventual indenização por danos morais em decorrência de sua violação constitui direito plenamente disponível, sendo admitida a sua apreciação pela via arbitral.

A própria legislação trabalhista deixa transparecer que existem áreas de efetiva disponibilidade dos direitos do trabalhador. Nesse sentido, por exemplo, sem prejuízo das previsões específicas de arbitragem no campo do Direito do Trabalho coletivo, cumpre ressaltar que o art. 23 da Lei nº 8.630/93 admite expressamente a arbitragem nos dissídios individuais do trabalho nos portos. Além disso, o art. 83, XI, da Lei Complementar nº 75/93, também permite que o Ministério Público do Trabalho atue como árbitro nos litígios de competência da Justiça do Trabalho, sem distinguir os casos de dissídio individual ou coletivo.³⁰

Um exame das diversas normas da CLT também conduz à idêntica conclusão sobre a matéria. Nesse sentido, ainda que não haja na Consolidação trabalhista nenhuma norma específica sobre a arbitragem nos dissídios individuais,³¹ é notável o estímulo que a CLT confere à conciliação, especialmente em seus arts. 764, 831 e 846. Além disso, o legislador ainda instituiu as chamadas Comissões de Conciliação Prévia, mais uma vez incentivando a solução consensual dos dissídios individuais.³² Tanto em um caso como no outro, a conciliação pressupõe certa margem de disponibilidade dos direitos do trabalhador, abrindo caminho também para a arbitragem.³³

³⁰ Sustentando que esta é a autorização legal para a arbitragem nos dissídios individuais, v. MARTINS. *Direito Processual do Trabalho*, p. 64, 65. V. também PEREIRA, *op. cit.*, p. 92.

³¹ Há quem sustente que o art. 764, §2º da CLT, ao se referir à conversão do juízo conciliatório em juízo arbitral na hipótese de não haver acordo, estaria autorizando a arbitragem nos dissídios individuais. Nesse sentido, v. PEREIRA, Ana Lúcia, *op. cit.*, p. 96. Não concordamos, porém, com este entendimento, uma vez que, evidentemente, a Vara do Trabalho não se transforma em juízo arbitral. A arbitragem é privada e não pública. Há que se lembrar que a CLT foi editada em época na qual a Justiça do Trabalho ainda não era considerada parte integrante do Poder Judiciário, o que só aconteceria a partir da Constituição de 1946, de modo que, na época em que a CLT entrou em vigor, suas decisões se aproximavam mais de uma espécie extravagante de laudo arbitral que de uma decisão judicial. Sobre o tema, v. PACHECO. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*, p. 17; MARTINS. *Comentários à CLT*, p. 806.

³² Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha suspenso a obrigatoriedade da submissão prévia dos dissídios individuais às Comissões de Conciliação Prévia, por meio de liminar concedida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.139 e 2.160, tal decisão foi tomada sob o fundamento de que a atual Constituição, ao contrário da Lei Maior de 1967, somente condiciona o ingresso em juízo em situações específicas, que não alcançam os dissídios individuais do trabalho. Não se afastou, portanto, a relativa disponibilidade necessária para que haja conciliação no Direito do Trabalho individual.

³³ V., entre outros, BORGES; TORRES. *A arbitragem trabalhista*. In: BOMFIM; MENEZES (Coord.). *Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem – MESCS*, 2008. p. 217; GARCEZ. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, p. 81, 82; PEREIRA, *op. cit.*, p. 95.

A transação, aliás, é realidade frequente nas Varas do Trabalho pelo país inteiro, a evidenciar que nem todos os direitos do empregado são indisponíveis.

Há que se destacar, por outro lado, que há pelo menos uma previsão específica na CLT (art. 853), em que se exige a solução exclusivamente pela via judicial. Trata-se da hipótese de apuração de falta grave por empregado detentor de estabilidade. Alguém poderia interpretar, *a contrario sensu*, que todos os demais casos admitem a solução pela via arbitral, já que, em relação a estes, a CLT não estabeleceu a mesma restrição.³⁴ Nada obstante, tal raciocínio não basta para resolver a questão.

É preciso admitir, com efeito, que existem áreas do Direito do Trabalho que não são suscetíveis, mesmo em tese, de solução pela via arbitral. Isso porque tais matérias não são apreciáveis economicamente e, portanto, não apresentam o caráter patrimonial exigido pelo art. 1º da Lei nº 9.307/96. Questões atinentes à segurança e à medicina do trabalho, por exemplo, não podem ser submetidas à arbitragem, muito embora eventuais danos ocasionados pelo descumprimento de normas protetivas nestas áreas possam ser apreciados em pecúnia e, portanto, submetidos a um árbitro.³⁵ Vale dizer: o empregado não pode abrir mão, por exemplo, do direito de utilizar um Equipamento de Proteção Individual (EPI) se o seu trabalho assim exigir, mas eventual indenização decorrente da falta de cumprimento a tal norma configura interesse patrimonial.

A extrapatrimonialidade, entretanto, é a exceção não somente no ordenamento jurídico de uma forma geral, mas também no âmbito das relações de emprego.

Na realidade, o que se observa é que também no Direito do Trabalho os autores ainda não chegaram a um consenso acerca da melhor definição para a disponibilidade de um direito. Embora se tenha consolidado o entendimento, entre aqueles que admitem a arbitragem nos dissídios individuais, de que nem todos os direitos dos empregados são indisponíveis, há ainda muita dificuldade em se definir de modo preciso no que consiste a disponibilidade e quais os seus limites nas relações individuais de trabalho. Assim, ora é enfatizada a realidade corriqueira dos acordos e conciliações nas Varas de Trabalho, ora se destaca que até a Constituição flexibiliza alguns direitos outrora considerados essenciais, admitindo, em determinadas condições, a redução de salários (art. 7º, VI) e a alteração, modificação ou compensação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII).³⁶

³⁴ V. CARAJELESOV. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho*, p. 117, 118.

³⁵ V., nesse sentido, BRAGA. *Teoria e prática da arbitragem*, p. 256.

³⁶ V. CARAJELESOV, *op. cit.*, p. 108, 109. V. tb. GARCEZ. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, p. 83, 84.

Em um esforço para melhor delimitar o âmbito da disponibilidade no Direito do Trabalho, parte da doutrina sustenta haver diferenciação fundamental entre os conceitos de irrenunciabilidade e indisponibilidade.³⁷ Sustentam tais autores que toda norma trabalhista seria irrenunciável e de ordem pública, pois não pode o empregado renunciar ao direito, que o Estado lhe garante, de ter as mínimas condições de trabalho. Isso não significa que tais direitos sejam indisponíveis, no sentido de ser inviável sua transação, até porque a legislação trabalhista dispõe em sentido diverso. Assim, seria admissível a arbitragem dentro dos limites de disponibilidade desses direitos.

A distinção entre irrenunciabilidade e indisponibilidade é um ponto de partida interessante, mas precisa ser depurada. Cumpre dizer: trata-se de assunto o qual a doutrina especializada na arbitragem vem enfrentando há alguns anos, mas com outra denominação, qual seja: disponibilidade *versus* ordem pública.

A bem da verdade, a existência de certa disponibilidade nos direitos trabalhistas parece algo inquestionável. Ressalvados aqueles direitos que não possuem nítido caráter econômico-patrimonial (como os relativos, por exemplo, à segurança e à medicina do trabalho), praticamente todos os interesses do trabalhador são suscetíveis de apreciação pecuniária e podem, uma vez adquiridos, ser objeto de transação. Se o trabalhador não pode renunciar a eles não é exatamente porque se tratam de direitos indisponíveis, mas porque as normas protetivas de Direito do Trabalho são consideradas de ordem pública e não podem ser afastadas pela vontade das partes.

Ocorre que a irrenunciabilidade dos direitos do empregado (ou melhor, aplicação de normas de ordem pública) não acarreta necessariamente a sua indisponibilidade. Fora do Direito do Trabalho, já se pacificou o entendimento que a mera incidência de normas de ordem pública não afasta a arbitrabilidade de um direito.³⁸ Aos árbitros não é vedado conhecer controvérsias que

³⁷ V. YOSHIDA. *Arbitragem trabalhista: um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*, p. 84; PEREIRA, *op. cit.*, p. 95. Em sentido contrário, no entanto, v. DELGADO, *op. cit.*, p. 1462: “É que vigora, no Direito do Trabalho, especialmente em seu segmento jusindividual, o princípio da indisponibilidade de direitos, que imanta de invalidade qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato”. V. também CORDOVIL. Nova lei de arbitragem sob a óptica do processo individual do trabalho. *Revista LTr*, p. 651.

³⁸ Entre outros, MARTINS. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 4; LEE. *op. cit.*, p. 351 e, mais amplamente, APRIGLIANO. *A ordem pública no Direito Processual Civil*, p. 22, 27 (em que, após invocar os exemplos dos interesses estatais e dos direitos dos trabalhadores, assevera ser “equivocada a concepção de que a ordem pública significa indisponibilidade dos direitos, afinal, demonstrou-se que pode haver atos de disposição mesmo sobre normas que possuem natureza de ordem pública”); GONÇALVES, *op. cit.*, p. 162, 166 (afirmando que “a noção de

envolvam a incidência de normas consideradas de ordem pública, mas apenas que tenham por objeto direito indisponível. O que os árbitros não podem fazer, nesse caso, é violar normas de ordem pública na apreciação do litígio, mas esta revisão sobre a arbitragem somente ocorre *a posteriori* e eventualmente, em caso de propositura da ação anulatória de sentença arbitral, não se devendo antecipar essa revisão eventual para momento anterior, no exame da arbitrabilidade. A incidência de normas de ordem pública, que não podem ser afastadas por vontade das partes, impede a arbitragem por equidade, mas não a submissão do litígio à via arbitral.³⁹

Em outras palavras, há aqui uma típica relação de continência, de modo que todo direito indisponível pressupõe a incidência de normas de ordem pública, na medida em que a autonomia da vontade não pode afastar a indisponibilidade de um direito, mas nem toda norma de ordem pública acarreta a indisponibilidade do direito.

Assim, a melhor solução aqui consiste em considerar os direitos do empregado, em regra, disponíveis. Não se questiona que há direitos irrenunciáveis do trabalhador, mas a simples incidência de normas de ordem pública, assim como em outras áreas do ordenamento jurídico,⁴⁰ não é capaz, por si só, de impedir a arbitragem de dissídios individuais. Afastam-se, dessa forma, dois argumentos comumente suscitados contra a arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho individual.

ordem pública é considerada inadequada para a definição de arbitrabilidade por toda a doutrina” e que grande parte das dificuldades tem origem no art. 2.060 do Código Civil francês, sendo certo, porém, que a jurisprudência naquele país já evoluiu para admitir que as normas de ordem pública, por si só, não impedem a submissão da controvérsia aos árbitros) e ALMEIDA. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, p. 138, 141 (ênfatizando que apenas em um sentido muito largo e geral, jamais em sentido técnico-jurídico, pode-se atribuir à ordem pública a razão da indisponibilidade que grava certos direitos).

³⁹ Em sentido semelhante, comenta-se na doutrina portuguesa, em passagem também aplicável ao direito brasileiro, que “não é fundamental a preocupação (...) de, através de arbitragem, desaparecer o caráter protector do direito substantivo do trabalho. Isso poderia acontecer se todas as decisões arbitrais fossem de equidade; em sistemas como o português, onde o tribunal arbitral pode julgar segundo direito estrito, para evitar o previsto inconveniente bastaria proibir os julgamentos *ex aequo et bono*”. V. VENTURA. A arbitragem voluntária nos conflitos individuais do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, p. 193.

⁴⁰ Afirma-se, por exemplo, a incidência de normas de ordem pública protetivas em favor do representante comercial. Nem por isso os tribunais brasileiros afastaram a arbitrabilidade de contratos de representação comercial, como se verifica, entre outros, em sentença proferida pela 6ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, Processo nº 02.006313-0 e publicada na *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, p. 430, 433. A mesma conclusão pode ser aplicada às arbitragens no Direito do Trabalho, ressalvadas as peculiaridades expostas no texto.

Cumpra destacar, entretanto, que a arbitragem, para funcionar de maneira legítima e minimamente adequada, depende da livre manifestação de vontade das partes. Por ocasião da contratação e no curso da relação de emprego, em regra, o empregado estará em uma situação vulnerável, sendo preocupante admitir-se a arbitragem neste momento. O contrato de trabalho, na maioria dos casos, configura típico contrato de adesão, de tal modo que o trabalhador estará disposto a assinar qualquer instrumento, sem discutir as suas condições e até mesmo sem perguntar do que se trata.⁴¹ Além disso, mesmo após a contratação e durante a relação de emprego, o trabalhador geralmente estará submetido a um vínculo de dependência econômica de seu empregador, havendo o receio de que este se aproveite da situação para impor a solução pela arbitragem.

Por isso, inúmeros autores têm sustentado que a arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho somente seria admitida após o encerramento do vínculo trabalhista, com a celebração do compromisso arbitral, hipótese em que o conflito já estaria perfeitamente delimitado. Nesse momento, qualquer pretensão do empregado terá natureza pecuniária (inclusive eventual indenização, por exemplo, decorrente de descumprimento às normas de segurança e de medicina do trabalho ou de eventual dano moral) e ele já estará livre do vínculo de dependência que mantinha com seu antigo empregador, não havendo mais receio de que a sua manifestação de vontade esteja viciada.⁴²

Nada obstante, embora esta seja a regra geral, é preciso considerar que nem todo empregado estará necessariamente nesta situação. Em alguns postos de trabalho, em que se exige formação mais especializada ou qualidades específicas de certo trabalhador, como ocorre com executivos e diretores de sociedade, com elevada remuneração e uma grande margem de autonomia e

⁴¹ Nesse sentido, sustentando que o contrato de trabalho configura um contrato de adesão, PEREIRA, *op. cit.*, p. 97.

⁴² Nesse sentido, entre muitos outros, v. SCAVONE JR., *op. cit.*, p. 41; PEREIRA, *op. cit.*, p. 97, 98; BORGES; TORRES, *op. cit.*, p. 216, 217; MELO. A arbitragem como mais uma alternativa à solução de conflitos trabalhistas. *Revista Trabalho & Doutrina – Processo Jurisprudência*, p. 132, 133; FIGUEIRA JR., *op. cit.*, p. 181, 182. Trata-se, em certa medida, de raciocínio semelhante ao que vem sendo feito pela doutrina francesa para admitir a arbitragem trabalhista em dissídios individuais naquele país. V., nesse sentido, JARROSSON, p. 175 *et seq.* Há autores que sugerem ainda, para viabilizar a arbitragem trabalhista mediante cláusula compromissória, que tal opção esteja amparada em prévio acordo ou convenção coletiva, caso em que a fiscalização e interveniência dos sindicatos profissionais poderia assegurar a livre manifestação de vontade do empregado e a lisura na escolha dos árbitros. V. YOSHIDA. *Arbitragem trabalhista: um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*, p. 241; PASTORE. *Arbitragem trabalhista. Revista Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária*, n. 157, p. 151-152, 2002.

poder, o vínculo de dependência econômica em relação ao seu empregador pode estar bastante enfraquecido ou mesmo inexistir. O empregado, nestas circunstâncias, terá a possibilidade de discutir as condições de sua contratação, afastando a disciplina típica dos contratos de adesão. Nestas hipóteses, ainda que pouco comuns no mercado de trabalho em geral, parece perfeitamente admissível a arbitragem fundada em simples cláusula compromissória.⁴³

Parece correta, assim, a decisão veiculada na reportagem referida logo no início do presente estudo, em que se admitiu a arbitragem envolvendo um alto executivo do mercado de capitais e um importante banco de investimentos. Tratava-se, como já se viu, de alto executivo de “notável formação acadêmica” e “expressivos vencimentos”, situação em que o vínculo de dependência do empregado em relação ao empregador estará bastante enfraquecido ou mesmo ausente.

A verdade é que, além da consolidação apenas recente da arbitragem no Brasil, de uma certa antipatia de setores da doutrina juslaboralista com relação ao instituto e das dificuldades de definição dos conceitos de disponibilidade, irrenunciabilidade e normas de ordem pública, um outro fenômeno contribuiu, infelizmente, para que a arbitragem nos dissídios individuais ainda encontre bastante resistência no Brasil: as chamadas “arbitragens trabalhistas simuladas”.

A transação, no Direito do Trabalho, possui disciplina específica, de modo que a quitação abrange somente as verbas expressamente contempladas no instrumento.⁴⁴ As parcelas que não constarem no documento, mesmo em caso de transação, poderão ser pleiteadas em juízo. Ocorre que, para evitar tal possibilidade, engendrou-se a seguinte situação: o empregado ingressa

⁴³ V. CARMONA, *op. cit.*, p. 43 (embora não apresentando de modo específico o exemplo contido no texto); ROBORTELLA. *Mediação e arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho*, *Revista Trabalho & Doutrina – Processo e jurisprudência*, p. 79. Contra, porém, afastando a possibilidade de arbitragem trabalhista amparada em cláusula compromissória, mesmo nos casos em que o trabalhador é extremamente qualificado e dotado de grande margem de autonomia, CARAJELES COV, *op. cit.*, p. 121 e FAVA. *A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas In: VERÇOSA (Org.). Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*, p. 334, 335.

⁴⁴ Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 330 do Tribunal Superior do Trabalho: “A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação”.

com arbitragem simulada em face de seu empregador e, pouco tempo depois, as partes celebram uma transação, a ser homologada pelo árbitro, com o objetivo de que se alcançasse a força da coisa julgada, ainda que pela via arbitral. Impedia-se, assim, que uma reclamação trabalhista fosse ajuizada no futuro.⁴⁵

Não demorou muito tempo até que este procedimento fosse questionado por alguns empregados descontentes e até mesmo pelo Ministério Público do Trabalho, que em diversas ocasiões impôs a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta com empresas e instituições arbitrais para que dissídios trabalhistas individuais não fossem submetidos à via arbitral.⁴⁶ Assim, em uma época em que a arbitragem ainda não estava consolidada no país e não havia se delimitado claramente o âmbito da arbitrabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, passava-se a impressão de inadequação do instituto, em termos gerais e irrestritos, para o Direito do Trabalho individual.

Não surpreende, assim, que até os dias de hoje a arbitragem nas controvérsias individuais encontre bastante resistência na Justiça do Trabalho. No Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, nada menos que cinco das oito Turmas possuem precedentes considerando os dissídios individuais inarbitráveis de uma forma geral.⁴⁷ Duas turmas possuem julgados nos dois sentidos,

⁴⁵ Esse é, provavelmente, um dos motivos que explica o elevadíssimo número de arbitragens submetidas ao Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, que chega a aproximadamente 3.000 processos a cada ano, a maioria sobre Direito do Trabalho. Apenas para se ter ideia da discrepância, outros órgãos institucionais de renome no país, mais focados em litígios civis e empresariais, receberam muito menos casos. Em 2008, por exemplo, os seguintes números foram encontrados para arbitragens em curso: Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (36 casos); Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (26 casos); Câmara de Arbitragem da FGV (10 casos); Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (12 casos); Câmara de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (20 casos) e, finalmente, Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (13 casos). Todos os dados estão divulgados em WALD. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 22, 25. Diante desses dados, não se pode concordar, portanto, com LEITE. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 116, que considera que a arbitragem “é raramente utilizada para solução tanto dos conflitos individuais trabalhistas quanto dos conflitos coletivos trabalhistas”.

⁴⁶ V., entre outros exemplos, notícia em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/932530/mpt-obtem-de-tribunal-de-arbitragem-compromisso-de-nao-atuar-em-questao-trabalhista-de-natureza-individual>>. V. também <http://www.correiofornense.com.br/noticia_pdf/id/26920/titulo/Tribunal_arbitral_frauda_homologacoes_e_paga_multa.html>. Acesso em: 23 mar. 2012.

⁴⁷ Assim já decidiram as 1ª, 2ª, 5ª, 6ª e 8ª Turmas: TST, RR nº 2881800-46.2002.5.02.0902, 1ª Turma, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 18.8.2010, 1ª Turma, *DJ*, 27 ago. 2010; RR nº 117600-08.2004.5.04.0732, 2ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 16.2.2011, *DJ*, 25 fev. 2011; AIRR nº 4692-17.2010.5.02.0000, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, j. 30.3.2011, *DJ*, 8 abr. 2011; RR nº 192700-74.2007.5.02.0002, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 19.5.2010, *DJ*, 28 maio 2010; RR nº 61000-04.2006.5.15.0016, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 23.3.2011, *DJ*, 25 mar. 2011.

evidenciando que a matéria ainda não se pacificou naqueles órgãos fracionários, embora decisões mais recentes venham sinalizando no mesmo sentido das outras cinco turmas.⁴⁸ E apenas a 4ª Turma do TST tem orientação mais favorável à arbitragem trabalhista nos litígios individuais, com base em importante precedente considerado surpreendente, na época em que proferido, pela doutrina juslaboralista e por advogados militantes no Direito do Trabalho.⁴⁹

A validade das sentenças arbitrais, entretanto, tem sido reconhecida pela Justiça Federal e até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça em demandas ajuizadas por ex-empregados para fins de liberação do FGTS após o encerramento da arbitragem que reconhecer o fim da relação de trabalho.⁵⁰ Prevalece o entendimento de que eventual indisponibilidade apenas pode ser reconhecida em favor do empregado, não podendo ser invocada em seu

⁴⁸ Compare, por exemplo, na 3ª Turma, AIRR nº 7249100-84.2002.5.02.0900, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 18.2.2009, *DJ*, 27 mar. 2009 (entendendo que o art. 5º, XXXV, da Lei Maior, não se incompatibiliza com a arbitragem, mesmo nos dissídios individuais) com RR nº 1020031-15.2010.5.05.0000, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 23.3.2011, *DJ*, 1º abr. 2011 (considerando a arbitragem no direito individual do trabalho incompatível com o direito de acesso à justiça); na 7ª Turma, compare AIRR nº 147500-16.2000.5.05.0193, 7ª Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 15.10.2008, *DJ*, 17 out. 2008 (afirmando que a garantia da universalidade da jurisdição, em princípio, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral) e AIRR nº 254740-37.2002.5.02.0077, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 18.12.2007, *DJ*, 8 fev. 2008 (afirmando que a arbitragem é, em tese, compatível com o Direito do Trabalho, embora afastando a quitação do extinto contrato de trabalho porque as instâncias ordinárias reputaram não ter havido livre manifestação de vontade do empregado) com Ag-RR nº 264000-55.2007.5.12.0055, 7ª Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 2.2.2011, *DJ*, 11 mar. 2011 (não admitindo a solução pela via arbitral, porque os direitos trabalhistas são indisponíveis, estando fora dos limites definidos pela Lei de Arbitragem).

⁴⁹ Essa tendência se iniciou com decisão proferida em RR nº 165000-41.1999.5.15.0003, 4ª Turma, Rel. Juiz Conv. Maria Doralice Novaes, j. 14.9.2005, *DJ*, 30 set. 2005 (afirmando que a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas seria válida apenas no momento da contratação ou na vigência do contrato de trabalho, mas não após seu término) e continuou nos seguintes julgados: RR nº 179900-66.2004.5.05.0024, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 3.6.2009, *DJ*, 19 jun. 2009; AIRR nº 170640-65.2003.5.05.0002, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, j. 24.3.2010, *DJ*, 9 abr. 2010 e RR nº 144300-80.2005.5.02.0040, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 15.12.2010, *DJ*, 4 fev. 2011. Mesmo esses precedentes da 4ª Turma do TST, porém, consideram abusiva, de maneira genérica e absoluta, a previsão de convenção de arbitragem antes da extinção da relação de trabalho, o que talvez seja um retrocesso, já que seria melhor admitir certo temperamento em situações excepcionais, como defendido no texto. V. PERETTI. Arbitrabilidade dos dissídios individuais decorrentes do contrato de trabalho. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 300, 301.

⁵⁰ V., nesse sentido, STJ, REsp nº 867.961/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.12.2006, *DJ*, 7 fev. 2007; REsp nº 860.549/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.11.2006, *DJ*, 6 dez. 2006; REsp nº 777.906/BA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 18.10.2005, *DJ*, 14 nov. 2005; REsp nº 778.154/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 11.10.2005, *DJ*, 24 out. 2005; AgRg no REsp nº 706.913/BA, 2ª Turma, j. 4.8.2005, *DJ*, 10 nov. 2006; AgRg no REsp nº 638.150/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19.4.2005, *DJ*, 9 maio 2005.

prejuízo para impedir a liberação do FGTS. Embora, do ponto de vista prático, tais decisões sejam incensuráveis, é de se questionar em que medida se poderia afastar suposta indisponibilidade (que, como visto, pressupõe a incidência de normas de ordem pública, que não podem ser afastadas pela autonomia da vontade) apenas porque o empregado dela abriu mão e agora deseja receber o valor depositado no FGTS.

Tal constatação apenas reforça a ideia de que não há que se falar em uma espécie de geral e irrestrita indisponibilidade de direitos trabalhistas. As decisões judiciais que determinam a liberação do FGTS estão corretas e eventual incompatibilidade da via arbitral com os direitos trabalhistas deve ser analisada caso a caso, tendo em vista, entre outros fatores, se houve livre manifestação do empregado em afastar o acesso ao Poder Judiciário e submeter a controvérsia à arbitragem.

4 Considerações finais – Uma proposta de sistematização

Como exposto, tendo em vista sobretudo a resistência da Justiça do Trabalho em relação à arbitragem de dissídios individuais, é ainda bastante incerta a evolução do instituto nesta matéria, muito embora seja razoável pressupor que, em algum momento, haverá espaço para uma maior relativização da tese generalista da indisponibilidade de direitos trabalhistas. Afirma-se isto considerando não apenas o entendimento de muitos autores sobre o tema, como também a inconsistência apontada entre algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho e os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais em matéria de liberação do FGTS e a realidade observada no Brasil, em que muitas arbitragens são realizadas no âmbito do Direito do Trabalho, em um número de casos muito superior ao de outras áreas tradicionalmente relacionadas com a submissão de litígios à arbitragem.

Para que se consolide a arbitragem como meio alternativo de solução para os dissídios individuais do trabalho, porém, é preciso estabelecer critérios mínimos.

Resumindo, assim, a disciplina que se entende mais adequada para a arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais é a seguinte: (i) em regra, ela deverá ser instaurada com base em compromisso arbitral, celebrado após o término da relação de emprego; (ii) a arbitragem fundada em cláusula compromissória no contrato de trabalho somente será admitida em duas hipóteses: o empregado terá tomado a iniciativa de se dirigir à arbitragem amparado nesta cláusula, que apenas vinculava o empregador, mas não o trabalhador

que preferisse submeter o litígio ao Poder Judiciário;⁵¹ ou, no caso concreto, o empregado estará excepcionalmente em uma situação de igualdade em relação a seu empregador, encontrando-se plenamente capacitado a discutir todas as condições de seu contrato e presumindo-se, assim, a validade de sua manifestação de vontade. Apenas uma análise casuística, a ser realizada inclusive em eventual ação anulatória da sentença dos árbitros, poderá definir se tal hipótese excepcional está presente.

Por fim, resta estabelecer uma ressalva: todo e qualquer interesse insuscetível de apreciação pecuniária (especialmente em matéria de segurança e medicina do trabalho) não pode ser submetido à arbitragem porque não se trata de direito patrimonial. Assim, os árbitros não poderão decidir, por exemplo, se no curso da relação de trabalho deverá o empregador fornecer o Equipamento de Proteção Individual (EPI), mas eles poderão eventualmente conhecer algum dano causado ao empregado pelo descumprimento desse dever, visto que a indenização pretendida será suscetível de apreciação pecuniária e, portanto, estará inserida na esfera dos direitos patrimoniais.

Abstract: The possibility of dispute resolution in individual labor law by arbitration consists a current and controversial issue. In the context of individual labor law, traditionally is understood that labor rights are inalienable. Moreover, it is considered that the employee is the weakest part in the legal relationship and could eventually be coerced to sign labor contracts containing an arbitration clause. This study aims to not only demonstrate that there should be some flexibility on the subject, but also to point some general criteria that can guide the analysis of the validity of arbitration agreements in contracts of employment. To this end, the study will start on general aspects defined in the Arbitration Act and will pass by specific circumstances in labor relations, investigating cases in which arbitration should be accepted.

Key words: Arbitration. Labor law. Individual controversies.

⁵¹ Com efeito, se o próprio empregado optar pela arbitragem, de livre e espontânea vontade, mesmo não estando vinculado pela cláusula compromissória, não haverá motivo para impedir a submissão do litígio ao árbitro. Aplica-se ao Direito do Trabalho, por analogia, a mesma disciplina do art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual eventual previsão de cláusula compromissória nos contratos de consumo vinculará apenas o fornecedor, mas não o consumidor. Entende-se, no particular, que a regra do art. 4º, §2º da Lei nº 9.307/96 não revogou a norma consumerista em questão, uma vez que nem todo contrato de consumo é de adesão e vice-versa.

Referências

- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense, 1994. v. 1.
- BLACKABY, Nigel *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.
- BORGES, Daniza Rosário; TORRES, Daniela Leal. A arbitragem trabalhista. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Ferreira Monique de (Coord.). *Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem – MECs*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARAJELES COV, Paula Corina Santone. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CARBONNEAU, Thomas E.; JANSON, François. cartesian logic and frontier politics: french and american concepts of arbitrability. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 2, 1994.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CORDOVIL, Paulo André de França. Nova lei de arbitragem sob a óptica do processo individual do trabalho. *Revista LTr*, v. 61, n. 5, 1997.
- CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. Direitos patrimoniais disponíveis: conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- FAVA, Marcos, A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*, São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 12, abr./jun. 2001.

- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GIGLIO, Wagner D. *A arbitragem e os contratos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, maio/ago. 2004.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.
- JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrabilité. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 0, p. 173-180, jul./out. 2003.
- LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, n. 8, abr./jun. 2000.
- LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELO, Raimundo Simão de. A arbitragem como mais uma alternativa à solução de conflitos trabalhistas. *Trabalho e Doutrina: processo jurisprudência*, n. 14, 1997.
- PACHECO, Iara Alves Cordeiro. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2003.
- PARK, William, Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 12, 1986.
- PASTORE, José. Arbitragem trabalhista. *Revista Síntese Trabalhista – Administrativa e Previdenciária*, n. 157, jul. 2002.
- PEREIRA, Ana Lúcia. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 23, out./dez. 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.
- PERETTI, Luis Alberto Salton. Arbitrabilidade dos dissídios individuais decorrentes do contrato de trabalho. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 30, jul./set. 2011.
- RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, (in memoriam)*. São Paulo: Atlas, 2007.
- RICCI, Edoardo Flavio. Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1º da Lei 9.307/96. In: RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Mediação e arbitragem: solução extrajudicial dos conflitos do trabalho. *Revista Trabalho & Doutrina – Processo e Jurisprudência*, n. 14, p. 69-80, 1997.

- ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ROMITA, Arion Sayão. Meios alternativos de solução dos dissídios trabalhistas. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 60, p. 62-67, jul./set. 2004.
- SANTOS, Maurício Gomm; SMITH, Quinn. A possível alteração do cenário arbitral nos Estados Unidos e seus efeitos na arbitragem internacional. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 5, p. 135-154, abr./jun. 2005.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H.; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2.
- VENTURA, Raúl. A arbitragem voluntária nos conflitos individuais do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, v. XVIII, n. 1/n. 2, 2007.
- WALD, Arnaldo. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 23, p. 19-38, out./dez. 2009.
- YOSHIDA, Márcio. Arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem trabalhista: um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*. São Paulo: LTr, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho: uma proposta de sistematização. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 13-33, set./out. 2012.