

A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS¹

Richard Wilson Jamberg²

“O grande sonho de todo mau empregador é pagar as verbas rescisórias a seus trabalhadores de forma parcelada, como quem estivesse fazendo um favor, obtendo a quitação geral de todos os títulos decorrentes do contrato de trabalho, com imunidade contra ações trabalhistas”

1. Introdução

A arbitragem é um meio extrajudicial de solução de conflitos, na qual as partes elegem um terceiro (árbitro), mediante cláusula compromissória no próprio contrato ou por compromisso arbitral (pacto acessório ao contrato), para dirimir as controvérsias instauradas, afastando a jurisdição estatal, meio natural de solução dos conflitos.

Apesar de ser regulada no Código Civil Brasileiro de 1916 (artigos 1037 a 1048) e no Código de Processo Civil de 1973 (artigos 101, e 1072 a 1102), a arbitragem somente passou a ganhar força com a edição da Lei 9.307/96, que dispensou a necessidade de homologação da decisão do árbitro, atribuindo à decisão força de título executivo judicial (artigo 584, inciso III, do Código de Processo Civil, transformado no artigo 475-N, inciso IV, pela Lei 11.232/2005).

Dispõe a Lei 9.307/96 que:

“Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

Desde a entrada em vigor da lei 9.307/96, discute-se se esta tem aplicação para solução dos litígios trabalhistas, posicionando-se a doutrina e jurisprudência majoritárias no sentido de não ser aplicável a arbitragem como meio de solução de conflitos individuais laborais, por envolverem direitos irrenunciáveis e indisponíveis dos trabalhadores, sendo pacífica, até por previsão da própria Constituição da República, da aplicação no âmbito das

¹ Trabalho acadêmico apresentado no curso de especialização em Direito Processual do Trabalho da EMATRA-2/FMU, disciplina “Solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas”, Profª Dês. Regina Maria Vasconcelos Dubugras

² Especialista em Direitos Sociais pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 2ª Região – SP

relações coletivas do trabalho, embora, na prática, não seja utilizado o instituto com essa finalidade.

A utilização da arbitragem no campo dos direitos individuais trabalhistas tem se demonstrado desastrosa, não solucionando os conflitos existentes, ao contrário, tornou-se em forma de fraudar os direitos mínimos dos trabalhadores, trazendo ao Judiciário trabalhista mais um tormento por ocasião da apreciação das lides trabalhistas: a nulidade do termo de acordo celebrado perante às Câmaras de Arbitragem, com cláusula de quitação geral de todos os direitos decorrentes do contrato de trabalho.

O grande sonho de todo mau empregador é pagar as verbas rescisórias a seus trabalhadores de forma parcelada, como quem estivesse fazendo um favor, obtendo a quitação geral de todos os títulos decorrentes do contrato de trabalho, com imunidade contra ações trabalhistas.

A partir da constatação desta triste realidade, arraigada na cultura brasileira que até pouco tempo conviveu com a escravidão, que ainda persiste em alguns pontos isolados do país, valorizando apenas o capital em detrimento da mão-de-obra utilizada no processo produtivo, fica fácil perceber o motivo do preconceito instalado no âmbito justralhista quanto a utilização da arbitragem: os maus empregadores passaram a levar seus empregados para homologar as verbas rescisórias em órgãos de arbitragem (Câmaras Arbitrais), fazendo constar do termo de acordo cláusula de quitação geral quanto aos demais direitos oriundos do contrato de trabalho.

O mercado da arbitragem, que é uma atividade privada e sem fiscalização estatal, viu nesta prática uma ótima oportunidade lucrativa, devido ao grande interesse desse segmento (maus empregadores) e da facilidade de resolver os problemas, já que os trabalhadores, premidos pelo desemprego e pela necessidade de receber seus direitos rescisórios, dentre estes o levantamento dos depósitos do FGTS e habilitação no programa do seguro desemprego, não opõem qualquer resistência à formalização do termo de acordo.

O presente estudo tem o objetivo de trazer uma nova visão sobre o tema, desafiando os paradigmas existentes com a finalidade de tornar a arbitragem compatível com o Direito do Trabalho e uma opção viável para solução dos conflitos laborais, propondo alternativas para evitar a utilização fraudulenta do instituto, como tem ocorrido na prática.

Para alcançar tal desiderato, mister interpretar a lei de arbitragem à luz dos princípios que regem o Direito do Trabalho, nos planos material e processual, com os

ajustes necessários para tornar possível a sua aplicação como meio de solução dos conflitos laborais.

2. Indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

É certo que os direitos trabalhistas, em razão do basilar princípio protecionista que norteia o Direito do Trabalho, são, em regra, irrenunciáveis, para não permitir que o empregador, supostamente no gozo de seu direito potestativo de direção pessoal da prestação dos serviços (ameaça de despedimento ou pagamento do salário, exemplificativamente), utilize de seu poder econômico como forma de pressionar os seus empregados a renunciarem seus direitos mínimos concedidos pela legislação social.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia³ sustenta que a arbitragem não se aplica aos direitos trabalhistas, que são caracterizados pela irrenunciabilidade e indisponibilidade relativa, o que obsta condutas que tentem afastar a aplicação de tais direitos, que são previstos em normas de ordem pública que não podem ser modificadas livremente pelo empregador, ainda que com consentimento do trabalhador, conforme disposto pelo artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao passo que a Lei nº 9.307/96, em seu art. 1º, restringe a possibilidade de arbitragem “a direitos patrimoniais disponíveis”.

A irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas diz respeito ao gozo dos direitos no curso da relação de emprego, não sendo válido o ato do trabalhador abrir mão de seu direito ao gozo de férias, recebimento do décimo terceiro salário, depósitos do FGTS, intervalos intrajornada e interjornadas, descanso semanal remunerado, piso salarial fixado em convenção coletiva, labor em horas extraordinárias sem a respectiva contraprestação, dentre outros, não surtindo qualquer efeito a apresentação de documento escrito pelo trabalhador renunciando a tais direitos, ainda que confirmado por este, seja para fins de fiscalização ou como meio de prova em juízo.

Contudo, violado o direito no curso da relação de emprego, faz jus o trabalhador à reparação pecuniária correspondente ao direito sonogado, direito este de índole patrimonial, o qual também não pode ser renunciado pelo trabalhador, pois permitiria ao empregador obter uma renúncia escrita na vigência do contrato. Admite-se, entretanto, a renúncia de tal direito em juízo (art. 269, inciso V, do CPC) ou a renúncia tácita, que decorre da prescrição, isto é, pela inação do titular no exercício do direito no prazo

³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Arbitragem no direito individual do trabalho. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. São Paulo, n. 201, ano 17, p. 07-11, mar. /2006.

prescrito em lei, sendo que a própria Constituição da República prevê os prazos em que deve ser buscada a reparação (art. 7º, inciso XXIX).

O exemplo clássico de direito irrenunciável e indisponível citado na doutrina e nos meios acadêmicos é o direito à pensão alimentícia, o qual também está sujeito a prescrição quanto ao recebimento de parcelas não vindicadas no prazo de dois a partir do respectivo vencimento (artigo 206, § 2º, Código Civil Brasileiro), de sorte que a reparação de tal direito, quando violado, também está sujeito a renúncia tácita por seu titular em decorrência da prescrição. Até a reparação pecuniária dos direitos relativos à personalidade estão sujeitos à prescrição.

Assim, a irrenunciabilidade e indisponibilidade se referem ao próprio direito, e não à reparação patrimonial quando o direito é violado, de sorte que incabível o uso da arbitragem para se obter, por exemplo, uma sentença declaratória de disposição de direitos durante a vigência de relação de emprego.

Por conseguinte, o argumento de que a arbitragem não se aplica aos direitos trabalhistas após a extinção do contrato de trabalho por conta da indisponibilidade ou irrenunciabilidade destes é bastante frágil e não se sustenta juridicamente.

Ademais, quando o trabalhador elege um terceiro para decidir seu conflito com o empregador não está renunciando a nenhum direito trabalhista: está abrindo mão apenas da jurisdição estatal para solução de tal conflito, a qual depende de provocação (art. 2º do Código de Processo Civil). Em contraposição à renúncia da jurisdição estatal, o principal incentivo para a eleição da arbitragem é a celeridade no desfecho do litígio, cuja decisão é irrecurável e deve ser proferida em seis meses a partir da instituição (artigos 23 e 18 da Lei 9.306/97).

Em tese, portanto, a adoção da arbitragem como forma de solucionar os conflitos trabalhistas atende mais ao interesse da classe trabalhadora pela celeridade na obtenção de uma decisão final, não tendo que aguardar toda a tramitação do processo judicial trabalhista.

Entretanto, questiona-se quais as garantias da efetividade de justiça da decisão arbitral, a possibilidade de existência de vícios de consentimento do empregado, a qualificação e idoneidade do árbitro, que serão abordadas adiante.

3. Cláusula compromissória

A convenção de arbitragem pode ser instituída como cláusula no contrato das partes ou mediante o ajuste de compromisso arbitral, em contrato acessório ou após a extinção do contrato.

Um dos grandes problemas da arbitragem nos direitos laborais diz respeito à liberdade de manifestação de vontade do trabalhador quanto a cláusula compromissória, já que a inclusão desta no contrato de trabalho é dotada de manifesta ilegalidade, porquanto o contrato é assinado pelo trabalhador no momento em que aceita todas as condições impostas pelo empregador, face a necessidade de obtenção do emprego para fazer frente às despesas familiares, não dispondo o empregado, em regra, de poder para negociar com o empregador, tendo o contrato de trabalho natureza jurídica de contrato de adesão⁴.

Durante a vigência do contrato, que se caracteriza por uma relação subordinada com dever de submissão do empregado ao empregador, que também é o detentor do capital, também não tem o trabalhador liberdade de manifestação de sua vontade, acatando sempre as determinações de seu empregador, sempre com o iminente risco de ser despedido.

O vício da manifestação da vontade consiste em “obrigar” o trabalhador a aceitar que um terceiro, ainda que órgão especializado, a quem não conhece e tampouco confia, agindo de modo particular e sem fiscalização do Estado, possa resolver as controvérsias decorrentes da relação de emprego, renunciando à Jurisdição estatal. Trata-se de assunção de sério compromisso que não guarda proporcionalidade com a simples contratação para trabalhar como empregado, constituindo a modalidade de lesão (art. 157 do Código Civil Brasileiro).

Não obstante, não se vislumbra nulidade de convenção de arbitragem em que as partes nomeiam como árbitro o Ministério Público do Trabalho, que também tem esta atribuição legal (artigo 83, inciso XI, da Lei Complementar 75/1993), havendo, portanto, apenas a substituição do órgão estatal responsável pela solução da lide, tratando-se de órgão dotado de respeito e confiabilidade perante a sociedade, mormente em razão do sério trabalho realizado na defesa dos direitos sociais trabalhistas. Infelizmente, no entanto, tal recurso não é utilizado na prática, não dispondo o *parquet* laboral de atuação específica nesse segmento, perdendo toda a sociedade essa excepcional alternativa à Jurisdição.

⁴ Prevê o § 2º artigo 4º da lei de arbitragem que “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Após o término do vínculo laboral, também está o trabalhador premido pela necessidade de recebimento de suas verbas rescisórias, de sorte que a celebração de compromisso arbitral nessa ocasião também é inválida, diante da existência de vício na manifestação da vontade, na modalidade de lesão. Somente após o pagamento das verbas rescisórias, com a devida assistência prestada pelo Ministério do Trabalho ou sindicato profissional, quando for o caso (artigo 477, § 1º, da CLT), é que pode se falar em liberdade de manifestação da vontade do trabalhador para instituição de compromisso arbitral. Contudo, a prática demonstra que nesse momento o trabalhador não mais tem acesso ao empregador para discutir seus direitos, ficando inviabilizada, assim, a instituição de compromisso arbitral visando solucionar outras questões relativas ao contrato de trabalho que comumente desaguam na Justiça do Trabalho (horas extraordinárias, equiparação salarial, diferenças de depósitos do FGTS, dentre outras).

A cláusula compromissória incluída no contrato de trabalho, conforme dispõe o § 2º do artigo 4º da Lei 9.307/96, poderá ser convalidada pelo trabalhador se, após a extinção do contrato de trabalho e quitadas todas as verbas rescisórias, este vier a dar início ao procedimento arbitral, buscando a reparação de outros direitos violados ao longo do contrato. Note-se que nesta hipótese não se pode cogitar em vício na manifestação da vontade, vez que afastados todos os riscos ao trabalhador.

3.1 Cláusula compromissória contida em convenção coletiva

Outra questão importante relativa à convenção de arbitragem em relação a direitos trabalhistas, diz respeito à existência de cláusula compromissória de convenção coletiva prevendo a obrigatoriedade dos trabalhadores submeterem os seus litígios à arbitragem ou a determinado órgão de arbitragem.

As cláusulas de convenção coletiva, em regra, são de aplicação obrigatória a todos os membros da categoria (arts. 7º, XXVI da Constituição da República e 619 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Entretanto, tal efeito refere-se apenas às normas tipicamente trabalhistas, isto é, aquelas que regulam as condições de trabalho e forma de remuneração, não possuindo as demais cláusulas poder vinculante, na medida em que versam sobre matérias com natureza jurídica diversa da que deveria ser veiculada por convenção coletiva: a melhoria das condições de trabalho.

Logo, a previsão contida em convenção coletiva não tem o condão de vincular a categoria (econômica ou profissional) quanto a obrigatoriedade na adoção da arbitragem como meio de solução dos conflitos laborais, podendo o empregado buscar diretamente a tutela jurisdicional estatal.

Entretanto, caso seja do interesse do trabalhador, poderá este também se socorrer da forma alternativa prevista na convenção coletiva, tal como ocorre nos contratos de adesão (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96), até porque tal alternativa, a priori, é mais interessante, sob o ponto de vista da celeridade processual. Caso o empregador se recuse à arbitragem, a questão deve ser resolvida no Judiciário, onde pode ser obtido o compromisso arbitral judicial (art. 7º da Lei 9.307/96) ou aceita a recusa, hipótese em que deverá o trabalhador ingressar com a reclamação trabalhista.

3.2 Competência material para declaração da nulidade da convenção de arbitragem e consequências

Instituída a convenção de arbitragem, eventual demanda que se seguir no Judiciário será extinta sem resolução de mérito, se invocada a convenção pela parte contrária (artigos 267, inciso VII, 301, inciso IX e § 4º, do Código de Processo Civil).

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato principal celebrado entre as partes (artigo 8º da Lei 9.307/96), de sorte que a nulidade do contrato não prejudica a convenção de arbitragem e vice-versa.

Arguida em preliminar, deve o juiz abrir vistas ao autor, facultando-lhe a produção de prova (art. 327 do Código de Processo Civil), o qual poderá, em oposição, alegar a existência de vício de consentimento ou contrariedade da cláusula à lei de arbitragem, tal como na hipótese de cláusula compromissória contida em contrato de adesão (como é o contrato de trabalho). Como incidente processual, caberá ao Judiciário resolver a questão, decidindo pela validade da convenção arbitral e o prosseguimento do feito. Mantida a validade da convenção arbitral, deve o processo ser extinto sem resolução de mérito; por outro lado, acolhida a alegação de invalidade, prosseguirá o processo perante o Judiciário em seus demais trâmites.

Apesar da lei de arbitragem prever que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória” (artigo 8º, Parágrafo Único), a análise acerca da validade da convenção deve ser decidida pelo Judiciário,

garantindo o acesso à Justiça da parte que entende ser inválida a cláusula, merecendo o dispositivo interpretação restritiva, adequada às garantias constitucionais.

4. Regras aplicáveis à arbitragem trabalhista

A lei de arbitragem faculta às partes a escolha do meio a ser utilizado para a solução do litígio: por equidade ou de acordo com o Direito, e, nessa última hipótese, podem escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas. Podem, ainda, convencionarem que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Há uma única restrição: não pode a escolha das partes violar os bons costumes e a ordem pública.

Em se tratando de matéria trabalhista, cujas normas são de ordem pública, constituindo o patamar civilizatório mínimo⁵, não podem as partes disporem sobre as regras a serem utilizadas para o julgamento do litígio, que obrigatoriamente deverá observar o ordenamento juslaboralista (Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, normas especiais, convenções coletivas da categoria, princípios de Direito do Trabalho, súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho).

5. Requisitos para ser árbitro

Nos termos da lei 9.307/96, qualquer pessoa capaz e que seja da confiança das partes pode ser eleita como árbitro (artigo 13).

Odonir Barboza Prates⁶ sustenta que a interpretação ao artigo 13 da lei de arbitragem deve ser cautelosa, uma vez que os poderes conferidos ao árbitro na decisão do litígio são os mesmos conferidos ao Juiz, na medida em que sua decisão terá absolutamente os mesmos efeitos que uma sentença proferida na esfera do Judiciário, sendo necessário, pois, que o escolhido tenha conhecimento do assunto que irá julgar, devendo agir com competência, diligência, responsabilidade, discricção e de forma imparcial, atributos necessários em uma pessoa honesta, digna e com uma conduta capaz de dar confiança às partes de que a sua demanda estará sendo julgada por uma pessoa a altura da missão que lhe é confiada, e, para tanto, a lei o equipara a funcionário público para os efeitos penais,

⁵ Expressão utilizada pelo Min. Maurício Godinho Delgado

⁶ PRATES, Odonir Barboza. *MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM - SOLUÇÕES DE PRIMEIRO MUNDO, AGORA NO BRASIL*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 07 - SET-OUT/2000, pág. 27.

prevendo ainda a possibilidade de responsabilização civil na hipótese de descumprimento de seus deveres ou qualquer comprometimento com qualquer das partes, com o intuito de auferir vantagens ou beneficiar qualquer delas, salientando ainda que é vedado ao árbitro atuar no processo naquelas situações que igualmente proíbem ao juiz togado de atuar, isto é, nos casos de suspeição ou impedimento previstos nos artigos 134 a 136 do Código de Processo Civil.

Em se tratando de arbitragem que vise decidir conflitos do trabalho, comporta o dispositivo, além da cautela pregada, certo tempero para adequá-lo à realidade da complexidade das relações entre empregado e empregador, acrescentando-se outros requisitos além da capacidade civil e penal e a fidúcia das partes, pois não pode se admitir que uma pessoa que não tenha bom domínio sobre Direito do Trabalho, ainda que seja bacharel em Direito, venha a resolver litígios trabalhistas.

O ideal para que o árbitro tenha maior credibilidade perante a sociedade e as partes envolvidas no litígio, é que este tenha um vínculo com o Estado, que permita não só a fiscalização sobre a conduta profissional, responsabilização civil e penal do árbitro, como também sanções administrativas como o impedimento, temporário ou definitivo, para atuação nessa nobre função.

Analogicamente, compara-se a atuação do árbitro, que exerce de forma privada uma atividade de natureza pública (resolução de conflitos sociais), sendo equiparado a funcionário público enquanto no exercício da função para fins penais (artigo 17 da Lei 9.307/96), com a atividade desenvolvida pelo tabelião, que também é particular exercendo função de natureza pública, submetido, contudo, à fiscalização pelo Poder Judiciário e ingresso na carreira por meio de concurso público de provas e títulos (artigo 236 e §§ da Constituição da República).

Assim, *de lege ferenda*, deveria o árbitro trabalhista ser credenciado e fiscalizado pelo Judiciário Trabalhista, no âmbito do Tribunal Regional da respectiva competência territorial, com obtenção de autorização para atuar como árbitro após aprovação em concurso público de provas e títulos, onde deveria demonstrar seus conhecimentos gerais e específicos de Direito, notadamente quanto a principiologia do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho.

De outro lado, não existindo normatização sobre a qualificação profissional do árbitro, cabe ao Ministério Público do Trabalho, no exercício de sua atribuição constitucional de proteção dos direitos difusos dos trabalhadores, fiscalizar o exercício

desta atividade público-privada, podendo exigir uma qualificação mínima da pessoa que se proponha a julgar conflitos trabalhistas, qual seja, graduação em curso de Direito, Especialização em Direito do Trabalho e exercício de atividade jurídica trabalhista pelo período mínimo de três anos (mesmo requisito que se exige do candidato a uma vaga na magistratura).

A aferição do cumprimento de tais requisitos pode ser realizada mediante apresentação de currículo pessoal e credenciamento do profissional, pelo próprio Ministério Público do Trabalho ou pelo Tribunal Regional do Trabalho da localidade, por convênio com o órgão ministerial, tendo como único objetivo a fiscalização de tal atividade, ficando o credenciamento sujeito a cassação a qualquer momento se constatada a ocorrência de fraudes.

Além disso, a fiscalização do exercício da arbitragem pelo Ministério Público do Trabalho deve ser intensa e contínua, sobre todos os órgãos que atuam nesta área, para evitar o descrédito e a banalização do instituto, bem como prevenir fraudes que possam ocorrer, corrigindo eventuais falhas constatadas.

Tal procedimento, antes de implicar em preconceito contra a instituição (arbitragem) ou prevenção contra fraudes, visa trazer maior credibilidade aos profissionais e às entidades privadas que atuam nesse segmento, permitindo o aprimoramento e desenvolvimento do exercício da arbitragem.

As exigências quanto a qualificação técnica do árbitro e cadastramento perante órgãos públicos, não asseguram o resultado justo das sentenças e tampouco afasta a possibilidade de existência de fraudes, apenas proporciona maior garantia às partes, notadamente quanto a capacidade e idoneidade do árbitro, bem como a possibilidade de se obter a responsabilização civil do mesmo, além de punição mais rígida, inclusive com a perda do direito de exercer o ofício. As falhas pontuais porventura existentes serão mais perceptíveis e devem ser investigadas, banidas e punidas.

Vale ressaltar que a existência de sentença justa não é sempre possível, mesmo no âmbito do Judiciário, onde as partes se sujeitam às regras processuais e ônus, principalmente como se verifica em hipóteses de revelia ou confissão da parte, tratando-se de risco do sistema, do qual ninguém está imune.

6. Conciliação realizada no curso do procedimento arbitral

A autocomposição na resolução dos conflitos trabalhistas, além de possível a qualquer momento, é recomendada pela própria Lei, dispondo o artigo 764 da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. § 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos....
§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.”

Antes da edição da EC 45/2004, a Constituição Federal atribuía à Justiça do Trabalho competência para “conciliar e julgar” os dissídios entre empregadores e trabalhadores, revelando o objetivo de sempre se buscar uma solução conciliatória para os conflitos laborais, bem como a importância desta forma de resolução dos conflitos.

Assim, é plenamente válido e aceitável que as partes cheguem a consenso e se conciliem quanto as suas pretensões no curso de procedimento arbitral.

Contudo, a possibilidade de acordo no procedimento arbitral é utilizada para desvirtuar o instituto com fins fraudulentos, comportando, pois, alguns cuidados que devem ser observados.

De início, é de se ressaltar que é pressuposto de toda transação a existência da “res dubia” ou coisa litigiosa (artigo 840 do Código Civil Brasileiro⁷), o que não se verifica na hipótese de pagamento de verbas rescisórias decorrentes do despedimento do trabalhador, que deve ser efetuado pelo empregador no dia imediatamente seguinte ao término do contrato na hipótese de aviso prévio trabalhado ou término de contrato por prazo determinado e no prazo de dez dias nos demais casos, nos termos do artigo 477, § 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que para os trabalhadores com mais de um ano de serviço para o empregador, deve ser observada a assistência do Ministério do Trabalho ou do sindicato profissional, qualquer que seja o motivo da dispensa, que é popularmente conhecida como “homologação” (§ 1º do art. 477 da CLT).

Não é a arbitragem autorizada ou legitimada para efetuar a “homologação” do termo de rescisão do contrato de trabalho, nada dispondo a Lei 9.307/96 a tal respeito, ao passo que a Consolidação das Leis do Trabalho é taxativa ao atribuir tal incumbência privativamente ao Ministério do Trabalho ou ao sindicato profissional da respectiva categoria.

⁷ Artigo 840 do Código Civil Brasileiro: É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

É possível que o empregador em dificuldade financeira parcelle o pagamento das verbas resilitórias de seus trabalhadores, desde que haja concordância destes e a inclusão do pagamento da multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT, o que pode ser celebrado diretamente no sindicato, não necessitando da intervenção de árbitro, vez que se trata de direito indiscutível do trabalhador. Trata-se tal modalidade de acordo de mera liberalidade do trabalhador que aceita a receber de forma parcelada a quantia que deveria receber de uma única vez, por ser conhecedor da crise financeira que atravessa o empregador e que tem o interesse de receber seus direitos em curto prazo de tempo. Logo, eventual acordo neste sentido não tem o condão de atribuir quitação geral a todas as parcelas do contrato de trabalho, mas tão somente ao valor efetivamente pago pelo empregador. Também não afasta a possibilidade de autuação por parte da fiscalização do Ministério do Trabalho, eis que tipificada a infração: falta de pagamento no prazo legal.

A utilização da arbitragem para “homologação” de verbas rescisórias, com simulação de um litígio, no qual se insere a cláusula de quitação geral quanto todas as parcelas do contrato de trabalho, é nula de pleno direito (artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho), constituindo conduta tipificada como delito penal de fraude a direitos trabalhistas (art. 203 do Código Penal), que alcança a todos que participaram do delito: empregador, árbitro e demais pessoas que participaram do procedimento fraudulento (é comum a constituição de advogados “ad hoc” para simular que o trabalhador teve assistência jurídica no procedimento), sendo que se ficar constatado que a prática foi realizada com mais de um trabalhador, pode configurar também o delito previsto no artigo 288 do Código Penal. Reconhecida em juízo a fraude, é obrigado o Juiz do Trabalho levar o fato ao conhecimento do Ministério Público Federal para instauração do inquérito policial, nos termos do artigo 40 do Código de Processo Penal, bem como ao Ministério Público do Trabalho (artigo 7º da Lei 7.347/85), sob pena de responder o Juiz pelo delito de prevaricação (Código Penal, art. 319).

Diante da nulidade de cláusula de quitação geral inserida na transação, esta resta nula em sua integralidade (artigo 848 do Código Civil Brasileiro), devendo ser deduzido, contudo, eventuais valores pagos para evitar enriquecimento sem causa do trabalhador.

6.1 Cláusula de quitação geral dos títulos oriundos do extinto contrato de trabalho

É comum nos acordos que se realizam em juízo instituírem as partes a cláusula de quitação geral, abrangendo não só o objeto do processo, como também todas as parcelas do extinto contrato de trabalho. Argumenta-se a necessidade de tal cláusula para haja segurança jurídica ao empregador, evitando que este venha a receber nova citação por outros títulos. O Judiciário, sob o pretexto desta mesma segurança jurídica e com objetivo de evitar novos processos, homologa tal cláusula.

O que supostamente tem o objetivo de conceder segurança jurídica, acaba, na prática, gerando diversos tipos de fraude, como se vê nos acordos realizados em sede de arbitragem, em Comissões de Conciliação Prévias e até mesmo em ações judiciais (lides simuladas, conhecidas popularmente como “casadinhas”).

O empregador que desrespeita direitos trabalhistas ao longo do contrato sabe do ilícito cometido e procura, de todo modo, criar barreiras ao exercício do direito de ação do trabalhador, buscando formas fraudulentas de obter um escudo, sendo a mais comum a celebração de acordo para pagamento de verbas rescisórias com quitação total de todo o contrato de trabalho.

O maior problema que envolve a aplicação da arbitragem nos direitos individuais trabalhistas é a utilização indevida do instituto com intuito de servir de ferramenta ao mau empregador, que leva o seu empregado para homologar as verbas rescisórias, de forma parcelada, com a inclusão de cláusula de quitação geral. Prova disso é que em todas as ações onde se discute na Justiça do Trabalho a aplicação da arbitragem no direito individual do trabalho há um acordo homologado com a cláusula de quitação geral. Não se vê, na prática, sentenças arbitrais resolvendo conflitos trabalhistas, o que inviabiliza, inclusive, uma crítica aprofundada sobre os critérios utilizados no julgamento da causa e a qualificação dos árbitros colocados à disposição das partes.

Não é a cláusula de quitação geral de todo o contrato de trabalho que assegura a garantia de que o trabalhador não vá ingressar com ação trabalhista em face de seu empregador, mas sim um acordo verdadeiro realizado em face das controvérsias oriundas do contrato de trabalho.

Ora, se um trabalhador conviveu ao longo de vários anos, como empregado, recebendo salário inferior a um colega de trabalho que ocupa a mesma função, laborando em sobrejornadas, muitas vezes desumanas (sem folgas semanais, com intervalo reduzido), sem receber a contraprestação devida, exposto ainda a agentes insalubres, jamais irá se conformar com um acordo no qual recebeu apenas suas verbas rescisórias decorrentes de

despedimento incontroverso, de forma parcelada. Não se vislumbra nessa situação a existência de um acordo, mas tão somente o pagamento, fora dos parâmetros legais, daquilo que era um direito absoluto do trabalhador, deixando as verdadeiras controvérsias de fora do acordo. Pergunta-se: a inserção de cláusula de quitação geral neste acordo resolverá o conflito? A resposta parece bastante óbvia: claro que não! Se for objeto de homologação judicial, com certeza ensejará ação rescisória para discutir a validade do acordo (Súmulas 100, V, e 259, do Tribunal Superior do Trabalho).

As fraudes praticadas para se obter a quitação geral, mormente em acordos celebrados em câmaras arbitrais e comissões de conciliação prévia, ao invés de trazerem a pretendida segurança jurídica, ensejam inúmeras ações que tramitam na Justiça do Trabalho visando a anulação de tais acordos, provocando o efeito inevitável de acabar com a reputação não só dos órgãos coniventes com as fraudes, como também do instituto, que fica desacreditado perante a sociedade e principalmente pelo Judiciário.

O que vai produzir a tão almejada segurança jurídica é a existência de um acordo verdadeiro, onde se discuta não apenas o direito líquido e certo do trabalhador (recebimento de salários e verbas rescisórias), mas também outras lesões sofridas ao longo do contrato de trabalho. Sendo o acordo verdadeiro e fruto de intensa negociação entre as partes, sem pressão patronal, mesmo que não seja instituída a cláusula de quitação geral do contrato de trabalho, dificilmente o trabalhador buscará o Judiciário.

Jorge Luiz Souto Maior⁸ critica, acertadamente, a forma como têm sido solucionados processos trabalhistas com acordos, asseverando que “mais da metade das reclamações trabalhistas tem origem do interesse do ex-empregado em receber suas verbas rescisórias, para dar entrada no seguro-desemprego e levantar o FGTS, pois seu ex-empregador é um dos muitos que adotou a prática disseminada de somente acertar as contas do trabalhador na futura reclamação trabalhista por este movida. Ora, fazer um acordo na justiça do trabalho sobre tais verbas pressupõe receber menos do que é direito líquido e certo do trabalhador e ainda com o efeito perverso de dar quitação de tudo o que demais possa decorrer do contrato de trabalho. A homologação de um acordo em tais condições desmerece o processo como técnica de solução justa de conflitos, aniquila o direito do trabalho e com ele a já abalada dignidade do trabalhador, incentiva essa prática

⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. ARBITRAGEM EM CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO: A EXPERIÊNCIA MUNDIAL. Síntese Trabalhista nº 157 – JUL/2002, pág. 143

por certos empregadores, desmerece o bom empregador, que busca, às vezes, a duras penas, cumprir as obrigações trabalhistas, e desacredita o Judiciário.”

Para garantir a efetividade dos direitos sociais trabalhistas, todo acordo celebrado entre empregado e empregador, seja na Justiça, em procedimento arbitral ou Comissão de Conciliação Prévia, deve ter seu alcance restrito ao que efetivamente foi objeto do acordo, o que evitaria todas as fraudes que se cometem diariamente, inclusive com homologação judicial, como ocorre nas lides simuladas, onde nem sempre o Juiz consegue ter a devida percepção, mormente quando as partes levam a simulação ao extremo, chegando à audiência, onde discutem os advogados sobre propostas em mesa, permitindo até o início da instrução processual, para depois celebrar o acordo, que na verdade é fraudulento, externando toda a aparência de legalidade.

Assim, é de bom alvitre que, ao homologar um acordo, seja pelo juiz ou pelo árbitro, que se verifique o verdadeiro alcance do mesmo, e, quando constatado que se refira a determinada parcela (por exemplo, verbas rescisórias), seja estipulado o verdadeiro alcance da quitação outorgada, o que pode prevenir fraudes e permitir ao trabalhador o exercício do direito de ação caso existam outras questões relativas ao contrato de trabalho a serem dirimidas.

7. Procedimento a ser seguido na arbitragem

Segundo o artigo 21 da Lei 9.307/96, “a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento”.

A arbitragem não é um juízo de exceção, o qual é vedado pela Constituição da República (artigo 5º, XXXVII), devendo as regras serem estabelecidas e conhecidas pelas partes antes do início do procedimento, atentando aos demais princípios processuais, notadamente os fixados pela Constituição Federal.

Em se tratando de arbitragem trabalhista, há normas rígidas fixadas na Consolidação das Leis do Trabalho que devem ser obrigatoriamente seguidas, mesmo na arbitragem, não podendo as partes convencionarem regras contrárias àquelas que tutelam interesse público, como é o caso da contribuição previdenciária incidente sobre as parcelas de natureza salarial deferidas ao trabalhador, devendo o árbitro, sob pena de

responsabilidade pessoal (art. 43 da Lei 8.212/91), dar cumprimento ao disposto nos parágrafos 3º a 5º do artigo 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, indicando a natureza das parcelas devidas, a contribuição previdenciária incidente e a respectiva responsabilidade pelo recolhimento, encaminhando cópia da sentença arbitral para a Procuradora da União para execução, perante a Justiça do Trabalho, das contribuições que lhe forem devidas, mitigando-se o sigilo do procedimento arbitral. Como a União não participou da relação processual arbitral, não pode ser alcançada pela irrecorribilidade da decisão, podendo discutir a natureza das parcelas no curso da execução a ser promovida perante a Justiça do Trabalho.

Deve também o árbitro trabalhista atentar na prolação de sua sentença aos princípios que regem o Direito Processual do Trabalho, cuja finalidade é servir de instrumento para aplicação do Direito do Trabalho, que é inspirado, dentre outros, pelo princípio da primazia da realidade, fazendo uma análise crítica e profunda da prova documental produzida pelo empregador à vista das demais provas que venham a ser produzidas, levando em conta o entendimento firmado pela jurisprudência trabalhista a respeito da distribuição do ônus da prova, notadamente nas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

Como também devem ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não pode a convenção de arbitragem ou as normas do órgão arbitral eleito pelas partes reduzir os meios de prova previstos na legislação ordinária.

Sendo a decisão do árbitro irrecorrível, sua responsabilidade é imensa, mormente em se tratando de questão que envolve Direitos Sociais, devendo agir sempre de forma prudente em suas decisões, com a cautela de não servir como instrumento de fraude do empregador e tampouco ceder a interesses econômicos deste, atuando na distribuição da Justiça Social.

8. Conclusão

É possível a aplicação da arbitragem como forma de solução dos conflitos trabalhistas, devendo serem adotadas medidas que previnam a utilização fraudulenta do instituto, punindo-se severamente os ilícitos praticados, principalmente no âmbito penal.

A irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas não são empecilhos à utilização da arbitragem no âmbito do direito individual do trabalho, posto

que o trabalhador não está renunciando a nenhum direito trabalhista, mas tão somente abrindo mão da jurisdição estatal para solução do conflito em troca de um procedimento mais rápido e sem recursos protelatórios, atendendo, em tese, ao interesse da classe trabalhadora pela celeridade na obtenção de uma decisão final sem ter que aguardar toda a tramitação do processo judicial trabalhista.

Não é válida a instituição de cláusula compromissória no contrato de trabalho, bem como a instituição de compromisso arbitral no curso do contrato ou após a extinção deste enquanto não quitadas as verbas rescisórias, porquanto nestas situações o trabalhador está premido pela necessidade do seu emprego ou de recebimento de seus haveres rescisórios, configurando o vício de consentimento, na modalidade de lesão. O vício consiste em “obrigar” o trabalhador a aceitar que um terceiro, ainda que órgão especializado, a quem não conhece e tampouco confia, agindo de modo particular e sem fiscalização do Estado, possa resolver as controvérsias decorrentes da relação de emprego, renunciando à Jurisdição estatal.

Não se vislumbra nulidade de convenção de arbitragem, ainda que por cláusula compromissória ou no curso do contrato, em que as partes nomeiam como árbitro o Ministério Público do Trabalho, que também tem esta atribuição legal (artigo 83, inciso XI, da Lei Complementar 75/1993).

A cláusula compromissória incluída no contrato de trabalho, que tem a natureza de contrato de adesão, poderá ser convalidada pelo trabalhador se, após a extinção do contrato de trabalho e quitadas todas as verbas resilitórias, este vier a dar início no procedimento arbitral buscando a reparação de outros direitos violados ao longo do contrato.

A previsão contida em convenção coletiva de convenção de arbitragem não tem o condão de vincular a categoria (econômica ou profissional) quanto a obrigatoriedade na adoção da arbitragem como meio de solução dos conflitos laborais individuais, podendo o empregado buscar diretamente a tutela jurisdicional estatal. Entretanto, caso seja do interesse do trabalhador, poderá este também se socorrer da forma alternativa prevista na convenção coletiva, até porque tal alternativa, a priori, é mais interessante, sob o ponto de vista da celeridade processual. Caso o empregador se recuse à arbitragem, a questão deve ser resolvida no Judiciário, onde pode ser obtido o compromisso arbitral judicial (art. 7º da Lei 9.307/96) ou aceita a recusa, hipótese em que deverá o trabalhador ingressar com a reclamação trabalhista.

A análise acerca da validade da convenção deve ser decidida pelo Judiciário, garantindo o acesso à Justiça da parte que entende ser inválida a cláusula.

Em se tratando de matéria trabalhista, cujas normas são de ordem pública, as regras a serem utilizadas para o julgamento do litígio deverão observar o ordenamento trabalhista (Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, normas especiais, convenções coletivas da categoria, princípios de Direito do Trabalho, súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho).

Em razão da natureza cogente das normas aplicáveis no Direito do Trabalho, pode se exigir que o árbitro comprove qualificação profissional, além da capacidade civil e penal e a fidúcia das partes.

O ideal é que o árbitro tenha vínculo com o Estado, que permita não só a fiscalização sobre sua conduta profissional, como também a sua responsabilização civil e penal, sujeitando-o ainda a sanções administrativas, como o impedimento, temporário ou definitivo, para atuação nessa função, fiscalização essa exercida pelo Ministério Público do Trabalho, que tem a prerrogativa de defesa dos interesses difusos da classe trabalhadora, que poderá instituir convênio com tal finalidade junto aos Tribunais Regionais do Trabalho para credenciamento de árbitros, mediante comprovação de certos requisitos (graduação em Direito com especialização em Direito do Trabalho e três anos de atividade jurídica trabalhista), ou, *de lege ferenda*, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos.

É válida a conciliação obtida em procedimento arbitral, porém deve ser verificada a existência da “res dubia” ou coisa litigiosa, não sendo lícito ao árbitro “homologar” rescisões contratuais, atribuição conferida exclusivamente ao Ministério do Trabalho e sindicato profissional (artigo 477, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho).

A utilização da arbitragem para “homologação” de verbas rescisórias, com simulação de um litígio, no qual se insere a cláusula de quitação geral quanto todas as parcelas do contrato de trabalho, é nula de pleno direito (artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho), constituindo conduta tipificada como delito penal de fraude a direitos trabalhistas (art. 203 do Código Penal), que alcança a todos que participaram do delito: empregador, árbitro e demais pessoas que participaram do procedimento fraudulento. Reconhecida em juízo a fraude, é obrigado o Juiz do Trabalho levar o fato ao conhecimento do Ministério Público Federal para instauração do inquérito policial, nos termos do artigo 40 do Código de Processo Penal, bem como ao Ministério Público do

Trabalho (artigo 7º da Lei 7.347/85), sob pena de responder o Juiz pelo delito de prevaricação (Código Penal, art. 319).

A cláusula de quitação geral inserida em acordo quanto as parcelas do extinto contrato de trabalho, seja em processo judicial, procedimento arbitral ou comissão de conciliação prévia, apesar de conferir segurança jurídica ao empregador e prevenção de litígios, deve ser vista com reservas e cautelas pelo juiz, árbitro ou conciliador, por constituir uma das ferramentas de fraude do empregador que sonega direitos a seus empregados no curso do contrato, sendo prudente a verificação do verdadeiro alcance do acordo, e, quando constatado que se refira a determinada parcela, seja limitada a quitação do valor acertado ou da(s) parcela(s) negociada.

As regras que regerão o procedimento arbitral devem ser estabelecidas e conhecidas pelas partes antes do início do procedimento, atentando aos demais princípios processuais, notadamente os fixados pela Constituição Federal, não podendo as partes convencionarem regras contrárias àquelas que tutelam interesse público, como é o caso da contribuição previdenciária incidente sobre as parcelas de natureza salarial deferidas ao trabalhador, devendo o árbitro indicar na sentença a natureza das parcelas devidas, a contribuição previdenciária incidente e a respectiva responsabilidade pelo recolhimento, encaminhando cópia da sentença arbitral para a Procuradoria da União para execução, perante a Justiça do Trabalho, das contribuições que lhe forem devidas. Como a União não participou da relação processual arbitral, não pode ser alcançada pela irrecorribilidade da decisão, podendo discutir a natureza das parcelas no curso da execução a ser promovida perante a Justiça do Trabalho.

Deverá também o árbitro trabalhista atentar na sentença os princípios que regem o Direito Processual do Trabalho, cuja finalidade é servir de instrumento para aplicação do Direito do Trabalho, que é inspirado, dentre outros, pelo princípio da primazia da realidade, levando em conta o entendimento firmado pela jurisprudência trabalhista a respeito de distribuição do ônus probatório, notadamente nas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

Dando-se um tratamento sério à arbitragem, que para ser aplicada no âmbito das relações individuais trabalhistas deve ser adequada aos princípios rígidos decorrentes das normas cogentes que regem o Direito do Trabalho, permitindo a fiscalização estatal e não sendo utilizado como ferramenta de fraude para os maus empregadores, afigura-se o instituto como excelente meio alternativo à jurisdição estatal, que pode colaborar

decisivamente para promover a Justiça Social nas relações de trabalho, com solução célere dos conflitos, que não ficam sujeitos a recursos, que na maioria das vezes se reveste de intuito manifestamente protelatório.

A única pergunta a ser respondida é: será que os empregadores, que tanto defendem a arbitragem como meio de solução dos conflitos de trabalho, aceitarão utilizar o instituto se este for efetivamente usado para promover a justiça social, reparando as lesões dos direitos trabalhistas ao longo do contrato de forma célere e sem possibilidade de recurso?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Arbitragem no direito individual do trabalho. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. São Paulo, n. 201, ano 17, p. 07-11, mar. /2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. ARBITRAGEM EM CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO: A EXPERIÊNCIA MUNDIAL. Síntese Trabalhista nº 157 – JUL/2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 25.^a edição. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 9.^a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

PRATES, Odonir Barboza. MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM - SOLUÇÕES DE PRIMEIRO MUNDO, AGORA NO BRASIL. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 07 - SET-OUT/2000.