

ASPECTOS DA DISPONIBILIDADE NOS CONTRATOS TRABALHISTAS

*José Celso Martins**

RESUMO

O direito do trabalho é composto por regras de direito público e privado, além de questões administrativas. A CLT é o instrumento legal que prevê proteção ao trabalhador, dentro da relação de emprego. Após a análise de conceitos como direito público e privado, disponibilidade, indisponibilidade, renúncia, transação e conciliação, concluímos que os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles em que é possível contratar ou chegar a acordo sem ferir normas de ordem pública. A disponibilidade em face do direito do trabalho deve ser estudada de acordo com o caso concreto e não podemos reconhecer o seu caráter indisponível de forma geral e irrestrita. A CLT impõe a conciliação como principal via de pacificação dos conflitos trabalhistas. Somente o direito disponível pode ficar sujeito à transação, que é resultado da conciliação legalmente prevista para a pacificação definitiva dos litígios decorrentes das relações de emprego. Assim, o presente artigo visa a apresentar estudo sobre

* Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie. Professor de Mediação e Arbitragem e Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de São Paulo. Fundador e Presidente do TASP – Tribunal Arbitral de São Paulo. Pedagogo, Contador e Advogado.

ASPECTOS DA DISPONIBILIDADE NOS CONTRATOS TRABALHISTAS
JOSÉ CELSO MARTINS

o que se pode dispor em matéria trabalhista e em que momento contratual é factível essa condição, analisando a possibilidade de resolução de conflitos trabalhistas individuais com a utilização do procedimento arbitral. Veremos, ao final, que há respaldo doutrinário, jurisprudencial e legal para a utilização do instituto da arbitragem na solução de conflitos individuais.

Palavras-chave: direito disponível; contrato de trabalho; arbitragem.

ABSTRACT

The labor legislation comprehends public and private norms as well as administrative issues. The CLT is the Brazilian legal instrument to help workers to solve labor conflicts. After dealing with concepts as public and private laws, availability, non-availability, renunciation, transaction and conciliation, we came to the conclusion that the available patrimonial rights enable employers to hire workers or to reach agreement with them according to public order norms. The possibilities given by the labor legislation depends on concrete cases and cannot be taken for granted in a general and unrestricted form. The CLT enforces conciliation as the main way of pacification in labor conflicts. Only the existing law can be subject to transaction, seeking legally definitive pacification when employment relationships are at stake. Accordingly, the present article aims at presenting what is possible to do in the case of labor questions and what is the best contractual moment for action. The author analyzes the possibility of individual labor conflict solution with the use of arbitrary procedure. We hope to show at the end that the use of arbitrary procedure has doctrinal, jurisprudential and legal endorsement for the solution of individual conflicts.

Key-words: available legislation; labor contract; arbitration.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - traz regras de direito público, administrativo e privado. Assim, nossa proposta no presente artigo é apresentar um estudo sobre o

que se pode dispor em matéria trabalhista e em que momento contratual é factível essa condição.

Os meios de pacificação de conflitos trabalhistas giram em torno desse entendimento, qual seja, a disponibilidade e indisponibilidade do direito em face do caso concreto e, portanto, nossa colaboração visa a permitir melhor atuação das instituições judiciais e extrajudiciais na solução de litígios decorrentes das relações de emprego.

DA CLT E SUAS REGRAS

Iniciamos o nosso estudo observando que o direito do trabalho, diferente do que apressadamente alguns analisam, além de regras de direito público, traz regras de direito privado. Diante desse quadro em que vislumbramos nas regras do direito do trabalho questões de ordem pública, administrativa e privada, nos obrigamos a entender a disponibilidade do direito do trabalho de acordo com o caso concreto e não podemos reconhecer o seu caráter indisponível de forma geral e irrestrita.

Toda proteção do trabalhador está dentro da relação de emprego. Conhecemos as características dessa relação nos artigos 2º e 3º da CLT, que identificam a relação de emprego pela habitualidade, pessoalidade, subordinação e dependência econômica do empregado em face do empregador. Presentes estas características, a verdade formal perde o seu valor, valendo sempre a verdade real para o reconhecimento dos benefícios previstos na CLT em favor do empregado.

Como toda relação jurídica está dotada de um regime jurídico que a regulamenta, a proteção do empregado está na CLT e essa proteção se torna plena e eficaz na contratação e na vigência desse modelo contratual. O descumprimento, por qualquer das partes, das regras e condições ali previstas pode provocar a obrigação de indenizar.

A indenização objeto da medida judicial adotada será reflexo patrimonial das obrigações decorrentes de um contrato

de trabalho anteriormente firmado e em algum momento, inadimplido. A decisão de cada caso irá atender e reconhecer o fato concreto diante da previsão legal e da peculiaridade de cada contrato.

Quando o contrato de trabalho for rescindido, por iniciativa de qualquer das partes, não estaremos mais diante de relação de emprego, visto que esta não mais existe. Subordinação, dependência econômica e pessoalidade no cumprimento de tarefas deixam de ser condições da relação jurídica havida entre as partes. Restam para discussão os direitos que anteriormente foram estabelecidos pelas partes, de acordo com o regime jurídico que norteia esse modelo de relação jurídica, no caso a CLT, e que, por alguma razão, não foram cumpridos.

O contrato de trabalho, pelas suas condições e forma de contratação, pode ser reconhecido por semelhança com um contrato de adesão e o fato do aderente (o empregado) não poder discutir as suas condições não afasta dele a proteção legal prevista na CLT e também na convenção coletiva da sua categoria profissional.

O caráter protecionista da CLT visa primeiramente a salvaguardar o trabalhador e a relação de emprego. Dentre as normas de caráter público, destacamos as que vão nortear as condições de segurança e medicina do trabalho, condições que não podem ser objeto de transação, assim como anotação em CTPS e benefícios previdenciários decorrentes.

Essa proteção decorre também do reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador em face da empresa, visto que esta investe o capital e cria as condições de produção, enquanto o empregado utiliza a força de seu trabalho que realiza com seu próprio corpo. Assim, a relação é por demais desigual, fato que justifica a proteção e o reconhecimento de hipossuficiência na relação jurídica que se estabelece dessa forma.

Também dentro da CLT, identificamos questões jurídicas de caráter administrativo como orientações a serem cumpridas

pela empresa em sua organização, além do cumprimento de determinações fiscais e ainda de sanções decorrentes do descumprimento de tais normas. Destacamos dentre as normas de ordem pública absoluta as relacionadas com a medicina e segurança do trabalho; proteção da mulher; jornada de trabalho e maternidade, que estão previstas na CLT – Art. 47/56; 120; 153; 201; 364; 401.

Na riqueza legislativa que transborda da CLT, também temos questões de natureza privada e disponível ao trabalhador, de acordo com sua necessidade e conveniência. Nesse ponto destacamos o vale-transporte e o vale-refeição, que salvo por observação em convenção coletiva, serão devidos somente se as partes (empregado e empregador) assim pactuarem.

Portanto, a CLT traz em seu bojo ordenamento de natureza pública, administrativa e privada, além das regras processuais que permitem se discutir e fazer valer os direitos contidos no mesmo código.

DAS CONDIÇÕES DO DIREITO APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Antes de discutirmos especificamente as condições da CLT, gostaríamos de estabelecer alguns conceitos que podem ajudar nossos estudos e facilitar o entendimento do que nos propomos a apresentar.

A impossibilidade de renúncia de direito é a condição jurídica que afasta o seu titular de se privar voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo ordenamento jurídico em seu benefício. A renúncia é o fato pelo qual o titular do direito declara a vontade de se desfazer dele, ou de não aceitá-lo.

A disponibilidade é a qualidade ou estado de *disponível*. Disponível, é o que se pode *dispor*. É disponível o direito sobre o qual as partes podem transigir (CC, art. 841), abrir mão. Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles em que é possível contratar ou transigir sem ferir normas de ordem pública.

ASPECTOS DA DISPONIBILIDADE NOS CONTRATOS TRABALHISTAS
JOSÉ CELSO MARTINS

Já que conhecemos o que pode ser disponível, vejamos agora as principais características dos direitos indisponíveis: 1) revelia não se induz; 2) confissão não produz efeito; 3) transação não é admitida; 4) prescrição deve ser provocada e não declarada de ofício.

Dentro da categoria de direitos indisponíveis, temos os classificados como direitos do estado da pessoa: cidadania, nacionalidade, família puros. Temos ainda os direitos da personalidade inatos; vitalícios e absolutos: vida, liberdade, integridade física, honra, alimentação etc.

Quanto à personalidade da pessoa, dentro da CLT, os direitos indisponíveis, dentre outros, são os seguintes: proteção do trabalho da mulher; salário mínimo; férias; maternidade; respeito ao menor e jornada de trabalho. No entanto, devemos ter em mira o fato de que tais direitos são reconhecidos e devem ser obrigatoriamente observados na contratação e na vigência do contrato de trabalho.

Passamos agora a analisar tais conceitos diante do contrato de trabalho rescindido. O direito deve respeitar a condição jurídica e factual do momento em que é analisado e deverá ser aplicado, sob pena de negarmos o direito material quando a sua proteção real não for mais possível.

Quando os direitos indisponíveis são violados e impossível for a sua reparação, como regra, a lei nos autoriza a perseguir o reflexo patrimonial do direito ofendido, descumprido ou inadimplido.

Na extinção do contrato de trabalho, cessa a dependência e a subordinação, porém, a rescisão do contrato de trabalho não é considerada ato ilícito¹ e, por esta razão, não há indenização ou direito a perseguir. Surge, então, a obrigação de indenizar se houve o descumprimento das obrigações decor-

¹ Nos contratos de trabalho em que existe estabilidade, a rescisão sem justa causa implicará na obrigação de indenizar pelos direitos decorrentes da estabilidade.

rentes da relação de emprego previstas na CLT e na convenção coletiva da categoria profissional do empregado. Desta forma, a indenização a ser perseguida é o valor de expressão econômica que passará a integrar o patrimônio do empregado. O reflexo patrimonial em face da lesão a direito indisponível é passível de transação.

Alguns direitos, como o direito à saúde, à integridade física e à vida, são, em determinados casos, impossíveis de restauração e, portanto, são direitos materiais indisponíveis. No entanto, mesmo esses direitos, quando violados, implicam em indenização por danos materiais e morais. Traduzem-se, então, nesse caso, aos seus titulares, em expressão econômica e por consequência se transformam juridicamente em direito patrimonial.

É certo que não há lei em nosso ordenamento jurídico que atribua, expressamente, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas de forma geral. As normas que realmente se enquadram no caráter de indisponível são dirigidas para situações específicas, como a proteção do trabalhador no momento da contratação (registro de emprego), bem como durante a vigência do contrato de trabalho (intervalos para refeições nas jornadas superiores a seis horas, estabilidade, férias, 13º salário etc.). Direitos como estes denegam a disponibilidade ao empregado, na contratação e vigência do contrato de trabalho.

Esta posição nos remete à conclusão de que a relação de emprego gera direitos cumulativos em favor do empregado em razão do tempo em que esta se estabelece. Estes direitos se agregam ao seu patrimônio, sendo certo que são passíveis de sucessão. A rescisão do contrato de trabalho, seja a que título for, encerra os benefícios da relação de emprego e resta a discussão quanto aos direitos inadimplidos na vigência do contrato de trabalho. Os direitos previstos na CLT, agora, são reflexos de uma relação que não mais existe e que poderão ser objeto de cobrança e indenização nos termos e condições processuais igualmente previstos na CLT.

Portanto, o encerramento do contrato de trabalho provoca o reconhecimento de direitos patrimoniais que serão incorporados ao direito do empregado e, como direito patrimonial, este será sempre disponível.

O reconhecimento da tutela jurisdicional em favor do empregado, após a rescisão do contrato de trabalho, admite a conciliação e sobre as questões suscitadas nesse momento, Arnaldo Sussekind nos ensina:

(...)têm sido apreciadas pela jurisprudência brasileira com menos restrição do que as ocorridas nas demais fases da relação de emprego. Neste sentido, aliás, doutrinou o insigne e saudoso Oliveira Viana, ao salientar que as nulidades referentes às renúncias por ocasião da celebração do contrato de trabalho e durante a execução dele nem sempre ocorrem quando a 'renúncia é feita por ocasião ou depois da dissolução do contrato. Neste caso, satisfeitas que sejam certas condições de liberdade e de vontade, **é lícito ao empregado renunciar, desde que se trate de direitos já adquiridos**, isto é, já incorporados ao patrimônio do empregado em consequência ou por força de lei'. E mais adiante assinalou: 'Embora feita depois de extinta definitivamente a relação contratual entre empregado e empregador, a renúncia deve, entretanto, provir da livre e espontânea vontade do empregado. Inválida será se for obtida, não apenas por meios comuns do dolo, da coação ou violência, mas mesmo quando provada fique que o patrão usou dessa modalidade sutil de coação, que é a chamada pressão econômica".² (g.n.)

A CLT reconhece esta condição de disponibilidade do direito após a rescisão do contrato de trabalho quando indica como principal meio de pacificação para esse tipo de litígio a conciliação, o que faz em seus artigos 764, 831 e 846, que textualmente trazem o seguinte:

² Arnaldo Sussekind. *Instituições de direito do trabalho*, p. 224.

REVISTA DA FACULDADE
DE DIREITO

Art. 764 da CLT: Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

E acrescenta em seus parágrafos:

§ 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.

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

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

Art. 831 da CLT: A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Art. 846 da CLT: Aberta a audiência, o juiz proporá a conciliação.

§ 1º. Se houver acordo, lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

Caso fosse o entendimento do legislador de que os direitos decorrentes de uma relação de emprego, após a sua rescisão, mantivessem a sua condição de indisponibilidade, este, com certeza, não teria admitido a conciliação com tanta ênfase para a pacificação de litígios dessa natureza.

A conciliação é resultado de transação na qual as partes livremente fazem concessões para a solução final do litígio. A transação somente pode ser utilizada para direitos disponíveis. Não se admite a transação em questões de ordem pública como segurança e medicina do trabalho, além de questões sujeitas aos códigos penal e tributário.

A transação somente é admitida e tem reconhecida a sua eficácia e validade quando se realiza entre pessoas capazes de contratar diante de direitos passíveis de disponibilidade. O

direito penal e o direito tributário, como regra geral, não admitem conciliação, tendo-se em vista a relação pública que o cidadão estabelece com outrem ou com o Estado e o interesse social no resultado dessas demandas.

A transação como resultado da conciliação está prevista no artigo 849 do Código Civil: “a transação só se anula por dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”. E em seu parágrafo único determina que “a transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes”. Portanto, a transação é condição de encerramento de conflito, mediante concessões mútuas e o seu resultado irá impor coisa julgada sobre a relação jurídica.

A transação é instituto jurídico compatível com o princípio da conciliação, que norteia a solução dos conflitos trabalhistas. A transação faz coisa julgada entre as partes, não podendo ser objeto de reapreciação pelo judiciário, a matéria já acordada entre as mesmas partes. Extingue-se, assim, a obrigação litigiosa.³

É importante também conhecermos o conceito de conciliação, visto que esta pode ocorrer dentro ou fora do poder judiciário. Assim, temos na conciliação a figura de um conciliador, que é um terceiro que ouve as alegações e as pretensões das partes, coordenando as possibilidades e pretensões de cada uma, sendo certo que sempre atua de forma persuasiva com o objetivo de eliminar o litígio.

Desta forma, reconhecemos que a CLT impõe a conciliação como principal via de pacificação dos conflitos trabalhistas. A partir dos conceitos que agora conhecemos, devemos admitir que somente o direito disponível pode ficar sujeito à transação, que é resultado da conciliação legalmente prevista para a pacificação definitiva dos litígios decorrentes das relações de emprego.

³ Relator Juiz Lauro da Gama e Souza. 11ª. Reg do TRT (RO 464/91), em 07/07/1992.

Assim, embora a CLT mantenha, em muitos artigos, letras de condição pública, reconhece a existência de questões de ordem privada na vigência da relação contratual, principalmente no tratamento dos reflexos dos direitos decorrentes de um contrato de trabalho rescindido, especialmente quando trata da pacificação dos conflitos decorrentes das relações de emprego que ela mesma regulamenta.

O Art. 841 do Código Civil esclarece que é disponível somente o direito sobre o qual as partes podem transigir. Sobre a disponibilidade de créditos decorrentes de relação de emprego discutidos em reclamação trabalhista se obteve a seguinte decisão: “Mesmo tratando-se de créditos de natureza alimentar é possível a transação, ainda que somente no que concerne ao ‘quantum’ devido”.⁴

O Tribunal Superior do Trabalho, conhecedor da dificuldade de entendimento quanto às condições de solução dos conflitos individuais do trabalho, em decisão recente, esclareceu que “Após a dissolução do pacto, no entanto, não há de se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que o empregado não mais está dependente do empregador”.⁵

Neste mesmo diapasão, acrescenta Alexandre Nery de Oliveira, juiz do trabalho em Brasília que os direitos normalmente discutidos em reclamação trabalhista ficam sujeitos à conciliação, consequência de transação realizada entre as partes:

Ora, inequivocamente os direitos que se questionam costumeiramente perante a Justiça do Trabalho envolvem direitos patrimoniais disponíveis e pressupõem a capacidade das partes para ajustarem as condições da relação jurídico-

⁴ Juiz Sérgio Roberto Rodrigues. TRT 2ª Região. 1ª Vara do Trabalho de Mauá. Processo nº 1186/2003. 27/08/2003.

⁵ Juíza relatora Maria Doralice Novaes. TST- RR -1650/1999-003-15-00 Publicação DJ 30/09/2005 - Acórdão 4ª Turma.

material instaurada, ainda que o Estado os mesmos proteja pela presunção de desequilíbrio na relação decorrente do contrato de trabalho entre o patrão e o trabalhador pelo maior poderio do capital, quando não envolvidas partes diversas em razão de controvérsia decorrente da relação do trabalho, nos termos de lei própria, como admite o artigo 114 da Constituição Federal”.⁶

Como já analisamos, o principal modelo de pacificação das questões individuais de trabalho realizadas perante a justiça do trabalho ocorre por meio de conciliação, que nada mais é do que o resultado de transação de direitos realizada entre as partes, sendo certo que para o Estado juiz interessa muito mais a pacificação do que propriamente as condições que proporcionam o acordo obtido em sede de conciliação.⁷

A renúncia de direitos após a rescisão do contrato de trabalho é prática comum na ação trabalhista, visto que a conciliação tem por objetivo a transação que leva como regra a renúncia e concessão de direitos para a pacificação definitiva do litígio levado a apreciação do poder judiciário.

Vencido o debate quanto às condições de disponibilidade dos direitos trabalhistas, passamos a analisar as possibilidades de pacificação dos conflitos decorrentes das relações de

⁶ Alexandre Nery Oliveira. “Arbitragem e justiça do trabalho: análise da lei 9.307/96”. Universo Jurídico, 5 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=482>. Acesso em 23/03/07.

⁷ A juíza dra. Silvane Aparecida Bernardes, em decisão proferida perante a 49ª Vara do Trabalho, ao tratar das condições em que ocorrem os acordos levados à conciliação, expressamente fez constar o seguinte: “*A se admitir que pelo simples fato de necessitar do dinheiro o obreiro tivesse sofrido coação econômica teríamos honestamente que reconhecer que centenas de acordos firmados nesta Justiça Especializada não teriam regularidade, pois sabido que muitos destes acordos são celebrados em valores infinitamente inferiores ao valor da pretensão*”. Juíza Silvane Aparecida Bernardes. 49ª Vara do Trabalho. Proc. 01634200304902006 - D.O. 15/10/2003.

emprego por meios alternativos não estatais, dentre os quais destacamos o procedimento arbitral.

DOS MEIOS ALTERNATIVOS NÃO ESTATAIS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

Novamente destacaremos alguns conceitos que podem ser úteis para complementar as propostas que levamos à discussão com o presente estudo. A arbitragem, atualmente regulamentada pela Lei 9.307/96, poderá proporcionar resultados sociais interessantes, pois permite a ampliação do acesso à justiça sem faltar com nenhuma condição dos procedimentos previstos na CLT, salvo quanto às condições recursais.

A arbitragem é um

instituto misto, porque, como leciona Guido Soares, é, a um só tempo, jurisdição e contrato, sendo um procedimento estipulado pelas partes, com rito por elas determinado, ou, na falta, suprido pela lei processual da sede do tribunal arbitral, fundando-se no acordo de vontade das partes que procuram obter a solução de um litígio ou de uma controvérsia.⁸

Convém salientar que a arbitragem em nosso ordenamento jurídico pátrio não é obrigação ou imposição, mas faculdade do titular do direito quanto ao uso deste modelo de procedimento.

Alguns operadores do direito, desconhecedores desses princípios expostos anteriormente, sustentam que a utilização de meios alternativos não estatais ofende a legislação trabalhista, pois o princípio que norteia estes meios alternativos, dentre os quais destacamos a mediação, a conciliação e especialmente a arbitragem, é oposto a irrenunciabilidade, elemento essencial no direito do trabalho, visto que no artigo 1º da

⁸ Georgenor de Sousa Franco Filho. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. p. 31.

Lei 9.307/96 está estabelecido que a arbitragem somente poderá ser utilizada “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A aplicação da lei de arbitragem em matéria trabalhista é possível e legal por não ferir qualquer direito do trabalhador. A arbitragem é mero procedimento e nenhum direito material tem alterado a sua condição. Portanto, no procedimento arbitral, nenhum direito é acrescentado ou sonogado e as regras da CLT ou convenção coletiva serão aplicadas normalmente.

Algumas leis que compõem a CLT têm expressa previsão da arbitragem como via de solução de conflitos. Podemos, como exemplo, citar a lei de greve (Lei 7.783/89), que cuida de questões portuárias (Lei 8.630/93) e também a lei que regulamenta a participação nos lucros e resultados das empresas – PLR (Lei 10.101/00). Portanto, a própria CLT não rechaça esse modelo de pacificação de conflitos, muito ao contrário, prestigia-o.

A emenda constitucional nº 45 – EC 45 – estabeleceu que o dissídio coletivo de caráter econômico somente será levado ao TRT se houver a concordância expressa das entidades sindicais envolvidas. Tal condição nos remete a que a solução para os dissídios dessa natureza seja conforme prevê o artigo 114 da Constituição Federal, em seu parágrafo 2º quando literalmente expressa que

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

Quanto à validade e eficácia da solução das relações de emprego por meios alternativos não estatais, ensina o prof. Paulo André de França Cordovil:

Em relação à questão da previsão legal e constitucional, o que se pode dizer é que o art. 114 visou tão-somente estabelecer a competência material da Justiça do Trabalho, sem, todavia, excluir outras formas de solução de conflitos.⁹

Em sentença proferida recentemente, a meretíssima juíza da 72ª Vara do Trabalho de São Paulo argumentou que:

É a arbitragem forma autônoma de composição de conflitos e, segundo Georgenor de Sousa Franco Filho, in **“A Nova Lei de Arbitragem e as Relações de Trabalho”**, contemplada no artigo 6º da Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, com os instrumentos correspondentes depositados a 10 de julho de 92 e, se resta evidente a falta de diploma legal sobre arbitragem em matéria trabalhista, cabível aplicar-se a lei vigente, de modo subsidiário, a teor da própria norma consolidada, atinente a vigência da Lei 9.307/96, que, ao artigo 28, prevê a possibilidade, a qualquer momento, da conciliação entre as partes, consonância à figura do acordo praticado no dia-a-dia da Justiça do Trabalho, ex vi do teor do artigo 764 da CLT, sendo que, na conciliação, consoante preleciona Coqueija Costa, retratada a justa composição das partes, alcançada pela intervenção do Juiz, sendo certo, ainda, que deverá ser tomada por termo, homologado por este e ‘terá valor de sentença’ (art. 449 do CPC), constituindo título executivo judicial. Pela CLT, também os acordos se executam como as sentenças (art. 876) e ‘nos casos de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível’ (art. 831), citando Amauri M. Nascimento, in ‘elementos de DPT’, p. 1669, orientação consubstanciada, ainda, no teor do Enunciado 259 do C.TST., bem como de iterativa jurisprudência.

⁹ Paulo André de França Cordovil. “A Nova Lei de Arbitragem sob a Óptica do Processo Individual do Trabalho”. p. 650/654.

ASPECTOS DA DISPONIBILIDADE NOS CONTRATOS TRABALHISTAS
JOSÉ CELSO MARTINS

Como já mencionado, o acordo foi também contemplado na via arbitral, ao artigo 28, devendo ser lavrado e declarado pelo árbitro, ou pelo tribunal arbitral, através de laudo arbitral, passando a ter os mesmos efeitos, independentemente de homologação, ante o previsto ao artigo 18 da lei de arbitragem e valendo como título executivo judicial, nos moldes do artigo 31, tratando-se de providência louvável.

*Ora, consoante fundamentação acima expendida **ao acordo na via arbitral imputam-se idênticos àqueles emprestados ao acordo judicial e, portanto, inegáveis os efeitos de coisa julgada à avença assim perfeita, impondo-se a acolhida da preliminar relativa a coisa julgada, extinto o feito sem julgamento do mérito, a teor da previsão do inciso V do artigo 267 do diploma instrumental civil**".*¹⁰ (g.n.)

O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo também tem decidido a favor da utilização da arbitragem para a resolução dos conflitos envolvendo empregados e empregadores, destacando que *a arbitragem, como forma alternativa de solução heterônoma do conflito de trabalho, não é exigida como condição de acesso ao Poder Judiciário (art. 1º da Lei 9.307/96 e art. 5º, XXXV, da CF), mas quando eleita pelas partes que, através de ato jurídico perfeito, se conciliam, gera efeito de coisa julgada, que não é afastado pela genérica alegação de fraude trabalhista, desacompanhada de provas e tardiamente manifestada, sobretudo quando não envolvidos direitos indisponíveis*.¹¹

Dessa forma, tecnicamente, não podemos afastar a possibilidade de utilização da arbitragem e da Lei 9.307/96 para as relações de emprego, uma vez que as partes possuem liber-

¹⁰ Juíza dra. Alcina M. F. Beres. Processo 2547/00. 72ª Vara do Trabalho de São Paulo. 30/10/2000.

¹¹ Rel. Catia Lungov - 8ª Turma. RO. Julgamento 02.02.2004. Acórdão 20040026617 - publ. 17/02/2004.

dade para contratar, e também devem ser livres para resolver as controvérsias do que anteriormente pactuaram.

André Cremonesi ensina “ser possível solucionar conflitos individuais trabalhistas por meio do instituto da arbitragem, especialmente quando finda a relação jurídica existente entre as partes, o que permite asseverar que os direitos tornam-se patrimoniais disponíveis. Entender ao contrário seria concluir equivocadamente pela impossibilidade de acordo perante a Justiça do Trabalho”.¹²

Nesse passo, podemos entender que a indisponibilidade no campo do direito do trabalho é relativa e não absoluta, especialmente após a rescisão do contrato de trabalho, vejamos:

1º) A arbitragem, como regra, não pode ser utilizada enquanto existir o contrato de trabalho, **porém em caso de rompimento do contrato de trabalho, o direito do trabalhador que era indisponível deixa de ser, pois as condições de subordinação e dependência não mais estão presentes.**

2º) O procedimento arbitral deve ser utilizado somente para fins de cumprir a vontade das partes que livremente contratam e que se valem do procedimento arbitral para promoverem a homologação de acordo ou se submeterem à decisão de um árbitro. Todas as condições acerca do procedimento são, normalmente, aceitas pelas partes para a pacificação definitiva do conflito até então existente.

O privado – empregado é capaz para transacionar seus direitos quando não mais estiver presente a subordinação decorrente da relação de emprego. Vale ressaltar que a utilização da arbitragem está adstrita a direitos passíveis de serem transacionados, ou seja, direitos de índole patrimonial.

¹² André Cremonesi. “A cláusula compromissória de arbitragem no contrato individual de trabalho”. p. 653.

ASPECTOS DA DISPONIBILIDADE NOS CONTRATOS TRABALHISTAS
JOSÉ CELSO MARTINS

O professor e juiz do trabalho Antônio Gomes de Vasconcelos, que iniciou os trabalhos do Núcleo Intersindical em Patrocínio-MG, também admite o uso do procedimento arbitral na solução dos conflitos trabalhistas e neste sentido ensina:

Não se diga que a nova lei de arbitragem não se aplica aos dissídios individuais do trabalho. O direito comum (material e processual) é aplicável subsidiariamente ao Direito do Trabalho (art. 8º e art. 769/CLT), no que com este for compatível. Perfeitamente possível a eleição do juízo arbitral para dirimir os dissídios individuais do trabalho, se não por ato isolado do querelante (empregado), sê-lo-á se o procedimento arbitral constitui objeto de norma coletiva a ele aplicável. Isto por força do disposto na Constituição Federal (art. 7, XXVI, CF/88).¹³

Georgenor de Souza Franco Filho, ao comentar a lei de arbitragem (art. 21, § 4º) e sua utilização em questões trabalhistas, afirma textualmente:

O §4º é perfeitamente compatível com a arbitragem em matéria trabalhista. É da essência do processo do trabalho a tentativa de conciliação. Segundo a regra do § 1º, do art. 764, da CLT, esta deve ser tentada a todo o instante e pode se dar a qualquer momento, mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório (art. 764, § 3º, da CLT), o que se dá com a formalização da segunda proposta de conciliação (art. 850, da CLT).¹⁴(g.n.)

É importante observarmos também no presente estudo que a Constituição Federal faz referência explícita sobre a possibilidade de adoção do juízo arbitral no âmbito dos

¹³ Antonio Gomes de Vasconcelos. *Sindicatos na administração da justiça*, passim.

¹⁴ Georgenor de Souza Franco Filho. *A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho*. p. 50.

dissídios coletivos (art. 114, § 1º). Referida previsão legal não induz, de forma alguma, à conclusão de que há vedação implícita de sua adoção no âmbito dos dissídios individuais trabalhistas. Tal interpretação foge ao entendimento mediano dos princípios constitucionais de um Estado.

No âmbito das relações particulares é possível se fazer tudo que a lei não proíbe, pois vigora o princípio da **autonomia da vontade**, em conjunto com o inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece o princípio da legalidade e dessa forma, tudo aquilo que não for proibido, é legal e conseqüentemente poderá ser praticado.

Para corroborar a visão que ora é apresentada nos socorremos da decisão proferida pelo TRT 2ª Região/SP, no qual concluiu que *não existe lei proibindo terceirização na atividade-fim da empresa. O que não é proibido é permitido. Assim, nada impede a terceirização na atividade-fim.*¹⁵

Também sobre outras matérias a visão jurisprudencial é a mesma. Em sede de procedimento de execução, a visão não é outra. Mesmo na execução é possível haver o desconto do imposto de renda ou da contribuição previdenciária, se não constou determinação autorizando o desconto. Não há proibição do desconto na sentença ou no acórdão, que importaria ferir a coisa julgada. Aquilo que não é proibido é permitido. Procedendo-se ao desconto, não estará havendo ofensa à coisa julgada.¹⁶

E. novamente, com relação à discussão sobre a jornada de trabalho móvel, prevalece o entendimento de que o que não é proibido é permitido:

Inexistindo demonstração de vício de consentimento, no sentido de que o empregado foi coagido a assinar o contrato de trabalho, que prevê a jornada móvel, não se pode falar em nulidade.

¹⁵ Rel. Sérgio Pinto Martins. Recurso Ordinário - 3ª Turma - Acórdão nº 20040352905. Publicado 13/07/2004.

¹⁶ Rel. Sérgio Pinto Martins. Agravo de Petição - 2ª Turma - Acórdão nº 20050046254. Publicado 22/02/2005.

ASPECTOS DA DISPONIBILIDADE NOS CONTRATOS TRABALHISTAS
JOSÉ CELSO MARTINS

O horário móvel não contraria o inciso XIII do artigo 7º da Lei Maior. A lei não veda a jornada móvel e variável. As convenções coletivas, de modo geral, não proibem a jornada móvel e variável. Logo, aquilo que não é proibido, é permitido. Fraude não se presume, deve ser provada”.¹⁷

O importante, e o que se deve ter como fundamento é que o legislador na elaboração da Lei 9.307/96 não proibiu a arbitragem como forma de solucionar conflitos individuais do trabalho¹⁸. A Constituição Federal de 1988 não veda a arbitragem nos dissídios individuais: em consequência aplica-se a máxima, ***o que não é proibido é permitido***.

O juiz e professor Sérgio Pinto Martins afirmou que:

A Lei 9.307 não proibiu a arbitragem como forma de solucionar litígios individuais do trabalho. A Constituição não veda a arbitragem nos dissídios individuais. O que não é proibido é permitido. (...)Direitos patrimoniais disponíveis são diferentes de direitos irrenunciáveis. Direitos disponíveis são normas direcionadas às partes e não exatamente normas de ordem pública absoluta. Os direitos dos trabalhadores não são patrimoniais

¹⁷ Rel. Sérgio Pinto Martins. Recurso Ordinário – 3ª Turma - Acórdão nº 20040000529. Publicado 20/01/2004

¹⁸ “Diz a lei textualmente que as partes podem valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, a respeito dos quais as partes possam validamente e legalmente dispor. Essa é uma característica de praticamente todas as legislações sobre arbitragem (alemã, italiana, francesa, espanhola, argentina, etc.), que, sem discrepâncias, limitam a arbitragem à categoria das questões sobre as quais a lei permita a transação. Excluem alguns ordenamentos jurídicos do âmbito da arbitragem – assim procede o italiano, art. 806 – **as controvérsias individuais de trabalho, o que não acontece entre nós, onde a Lei nº 9.307/96 não faz qualquer restrição nesse sentido.**” CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à Lei de Arbitragem* (Lei nº 9.307, de 23/9/1996). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2002, p. 31/32. (g.n.)

indisponíveis. O trabalhador não está renunciando, alienando ou transacionando direitos quando submete o conflito à arbitragem, mas apenas escolhe um terceiro para solucionar o litígio. O árbitro irá dizer o direito do trabalhador (...). Se não há mais contrato de trabalho entre empregado e empregador, não se pode falar que o trabalhador está sofrendo pressão do empregador para renunciar a verbas trabalhistas, principalmente diante do fato de que a controvérsia está sendo submetida ao árbitro”.¹⁹ (g.n.)

A verdade quanto à possibilidade de utilização da arbitragem sem ferir o artigo 114 da Constituição Federal está também nos ensinamentos de Pimenta Bueno quando leciona que:

a liberdade não é pois exceção, é sim regra geral, o princípio absoluto, o direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma”. E conclui, “Em dúvida prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbitrio, que vigora, porque é ‘*facultas ejus, quod facere licet, nisi quid jure prohibet*’.”²⁰

A ação trabalhista traz, em seu bojo, matéria patrimonial que é disponível ao seu titular, visto que o seu resultado será indenizatório com o direito de incorporação de valores ao patrimônio de seu autor. Dessa forma, o procedimento arbitral, quando livre e espontaneamente contratado, é válido e deverá ter sua decisão mantida a rigor do cumprimento da lei que instituiu o modelo processual, sob pena de faltarmos

¹⁹ Sérgio Pinto Martins. *Jornal do Advogado*, n° 86, Julho/2006, p. 78.

²⁰ José Antonio Pimenta Bueno. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, p. 382-383.

com o cumprimento da lei e provocarmos a falta de garantia jurídica necessária para se promover a pacificação social.²¹

Juridicamente, a inaplicabilidade da arbitragem em razão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da hipossuficiência do trabalhador é, nas condições que discutimos no presente estudo, insustentável. Nesse passo mais uma vez, chamamos à baila os ensinamentos da ministra do TST, Maria Doralice Novaes:

Cumprе salientar, por primeiro, que o juízo arbitral – órgão contratual de jurisdição restrita consagrado em nossa legislação que tem por finalidade submeter as controvérsias a uma pronta solução, sem as solenidades e dispêndios do processo ordinário, guardada apenas a ordem lógica indispensável de fórmulas que conduzem a um julgamento escorreito de direito e de equidade – a meu ver, **tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho**, data vênia de doudas opiniões em sentido contrário.

Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho, considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente vontade.²²

Para corroborar com a nossa tese citamos, ainda, o entendimento do prof. Carlos Alberto Carmona:

quanto aos conflitos individuais, embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na Consolidação das Leis

²¹ José Celso Martins. “A transação na reclamação trabalhista”, p. 58-59.

²² Relatora Maria Doralice Novaes - TST RR 1650/1999-003-15-00 Publicação DJ 30/09/2005 - Acórdão 4ª Turma.

do Trabalho assumiriam a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora: se assim não fosse, não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e à conseqüente transação), de tal sorte que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição do juízo arbitral.²³

O 1º Fórum Nacional: “A viabilidade da arbitragem nos conflitos trabalhistas”, realizado em outubro de 2006 pelo TASP- Tribunal Arbitral de São Paulo e OAB/SP – Subseção São Bernardo do Campo, foi um marco histórico na evolução da possibilidade da utilização dos meios alternativos não estatais na solução dos conflitos individuais do trabalho.

Juízes, dirigentes sindicais, professores de direito, representantes de órgãos internacionais e advogados reuniram-se neste fórum para discutir as novas possibilidades e as dificuldades do velho modelo. Os principais pontos debatidos foram a necessidade de maior participação dos sindicatos, a discussão de conceitos como o que é disponível ou não ao trabalhador, além das dificuldades da justiça do trabalho.

Naquela oportunidade, o dr. Antonio Gomes Vasconcelos trouxe para o fórum a conclusão de que

inexiste inconstitucionalidade a ser considerada no tocante à questão aqui discutida. A ordem jurídica atual já comporta expedientes legais que devidamente conjugados dão total amparo à instituição do juízo arbitral no campo dos dissídios individuais do trabalho. Desde que se eliminem os preconceitos!

Ele defendeu ainda que será necessária a participação de todos os agentes envolvidos nessas questões, desde os sindi-

²³ Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. p. 59.

catos até o poder judiciário, a exemplo do que ocorreu na criação dos Núcleos Intersindicais em Patrocínio/MG.

O ex-ministro Almir Pazzianotto, ao se manifestar sobre os meios alternativos não estatais, concluiu que “esses mecanismos estão evoluindo de maneira muito lenta. Mas acredito que uma hora as pessoas vão se dar conta de que esse é o melhor caminho contra a morosidade”.

O dr. Cássio Mesquita chamou a atenção para o fato de que

a mudança da mentalidade legalista não é fácil. Estando o Direito do Trabalho intensamente ligado à realidade, a mudança pode durar uma geração inteira, mas como nos ensina o provérbio chinês, mesmo as mais longas caminhadas se iniciam pelo primeiro passo. A Lei n. 9.307/96, sem dúvida, constituiu o primeiro e importante passo.

O importante, na discussão que trazemos com o presente estudo, é provocarmos, no meio acadêmico e social, uma visão que leve ao crescimento responsável nas relações de trabalho. Os operadores do direito devem ter em mira que as decisões adotadas pelas partes devem respeitar o princípio “pacta sunt servanda” para que possamos manter relações seguras, tanto sob o aspecto legal quanto pelo ético.

Portanto, resta a todos nós, operadores do direito e cidadãos comprometidos e conscientes, fazer nossa parte, buscando nova forma de equilibrar relações sociais, ampliando o acesso à justiça e à democracia, afastando o Estado de questões de interesse privado, evitando a polarização das discussões, para permitir, com o diálogo e o compromisso, melhores conquistas para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/9. 2 ed. ver., atual. e ampl.* São Paulo: Atlas, 2004.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2002.
- CREMONESI, André. "A cláusula compromissória de arbitragem no contrato individual de trabalho", *Revista Genesis*, v. 119, p. 653, novembro de 2002.
- CORDOVIL, Paulo André de França. *A Nova Lei de Arbitragem sob a ótica do processo Individual do trabalho*. Revista, *LTr*, vol. 61, n.5, maio de 1997.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho*. São Paulo: *LTr*, 1997.
- _____. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: *LTr*, 1990.
- MARTINS, José Celso. "A transação na reclamação trabalhista". *Revista Justilex*. Ano V, nº 51. Março 2006.
- _____. *Arbitragem, Mediação e Conflitos coletivos do trabalho*. São Paulo: Ed. do Autor, 2005.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Jornal do Advogado*, Nº 86, Julho/2006.
- OLIVEIRA, Alexandre Nery Rodrigues de. "Arbitragem e justiça do trabalho: análise da lei 9.307/96". *Universo Jurídico*, 5 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=482>.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça/ Serviço de Documentação, 1958.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*, Vol. I, 18. ed., *LTr* Editora, 1999.
- VASCONCELOS, Antonio Gomes de. *Sindicatos na administração da justiça*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.