

Arbitragem e FGTS, como um direito indisponível: uma perspectiva face ao Direito do Trabalho e à Constituição Federal de 1988

Bárbara Bianca Sena

*Advogada da Caixa em Brasília
Especialista em Direito pela Fundação Escola
Superior do Ministério Público do Distrito Federal e
Territórios - FESMPDFT*

Marcos Ulhoa Dani

*Advogado da Caixa em Brasília
Especialista em Direito do Trabalho*

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo analisar o instituto da arbitragem e sua aplicação no direito do trabalho, especialmente quanto à possibilidade ou não de utilizá-lo para solucionar conflitos que envolvam o FGTS, analisando-se os requisitos exigidos pela Lei de Arbitragem em uma perspectiva Constitucional, a fim de verificar a disponibilidade ou não desses direitos constitucionalmente previstos.

Palavras-chaves: Constituição. Arbitragem. FGTS. Trabalho.

1 Introdução

Nas suas origens, o Direito se mesclava com manifestações metafísicas, reveladas pelos religiosos, não possuindo o Estado o monopólio da jurisdição. Ao próprio indivíduo era franqueado a sua defesa, onde o titular do direito subjetivo galgava esforços para adimplir os seus intuitos.

Com a evolução do melhor Direito, até pela própria repugnância que o homem passou a externar a partir de determinado momento da história no que se refere à solução privada dos litígios, o Estado reservou para si a competência para dirimir os conflitos sociais. No ordenamento jurídico pátrio, reputa-se crime "fazer justiça com as próprias mãos" (CP, art. 345). Foi franqueado ao Estado, no exercício de dizer o que é o direito (Jurisdição), o poder para dirimir os conflitos entre os indivíduos. Baseado neste poder heterônomo, o Estado e a sociedade moderna se pautam.

Certo é que, todavia, há casos em que o próprio Direito permite a utilização da própria força, da autotutela. A guisa de exemplo, pode-se citar: o direito de retenção (CC, arts. 319, 491, 495, 571, 578, 644, 681, 1.219, 1.423, 1.433, II, etc); o "desforço imediato" (CC, art. 1.210, § 1º); o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes (CC, art. 1.283); a legítima defesa e estado de necessidade (CP, arts. 24 e 25; CC, art. 188); a auto-executoriedade do ato administrativo; a prisão em flagrante (CPP, art. 301). Tem-se, ainda, a execução extrajudicial, a que se refere o Decreto-Lei 70/66¹, assim como a decorrente de débito garantido com a alienação fiduciária, etc.²

Os exemplos retratados refletem exceções previstas na própria lei heterônoma do Estado. Exatamente por esta característica - a heteronomia, é que tal poder é culturalmente aceito e praticado. A regra, como resultou da própria evolução do convívio social humano, é a de que os conflitos não de ser solucionados pelo Poder Judiciário, pelo Estado, em última instância.

Contudo, a própria lei estatal estabelece, em rol taxativo, os meios de composição extra-estatal, isto é, os meios substitutivos da jurisdição (autocomposição). São eles a conciliação (que ganhou especial impulso com a Lei 9.099/95, além do próprio CPC, art. 331, com redação dada pela Lei 8.952/94, e da CLT, em seus artigos 846 e 850), a transação (já prevista, há muito, no antigo CC/16, arts. 1.025 a 1.036 e, atualmente inserida nos arts. 840 a 850 do CC/02), as Comissões de Conciliação Prévia (Lei 9.958/00) e a arbitragem (recentemente revigorada em nosso sistema pela Lei 9.307/96).

Aliás, conforme bem abordado por Alexandre Freitas Câmara, seguindo-se a uma preocupação do processualista de se propor meios hábeis a garantir uma prestação jurisdicional das posições jurídicas de vantagens que busca, especialmente no Judiciário, tivemos a reforma do judiciário, o desaparecimento de juízes classistas, a deformalização de controvérsias (tendendo-se à informalidade nos procedimentos em juízo, a exemplo do procedimento sumaríssimo, das causas submetidas aos Juizados Especiais Cíveis, e do princípio da instrumentalidade das formas previsto nos arts. 154 e 244 do CPC). Nessa senda, ressalta "o novo enfoque do acesso à justiça", valorizando-se os "meios paraestatais de solução de conflitos", que seriam "sucedâneos da jurisdição", tais como "a arbitragem, a mediação, a conciliação", tudo com vistas a assegurar o amplo acesso à ordem jurídica justa³.

O presente artigo, em uma modesta tentativa de analisar vários aspectos de um só tema, mas sem a pretensão de esgotá-lo, cingir-se-á à análise da arbitragem, analisando-a como meio de solução da lide trabalhista, em especial quando a questão refere-se ao FGTS.

No Brasil, o instituto da arbitragem encontra-se regrada pela Lei 9.307/96, que estabelece em seu artigo 1º:

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

Assim, pretende-se analisar a possibilidade de utilização da arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias, para dirimir conflitos de natureza trabalhista, especialmente quando, em função do resultado da lide instaurada, tenha-se como consequência a possibilidade de saque do FGTS.

Entendemos que a verificação acerca dessa possibilidade depende, em primeiro plano, da análise da disponibilidade ou não do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Devemos estabelecer se estamos tratando de direito inalienável/indisponível, porque, em caso afirmativo, conforme disposição expressa de lei, a arbitragem não poderá ser utilizada.

2 Aspectos da Lei de Arbitragem e os pressupostos para a sua aplicação

Além do supracitado dispositivo, também o §1º do art. 2º do mesmo diploma determina que as normas de ordem pública não podem ser excluídas quando da instauração de juízo arbitral⁴. Vejamos:

“Art. 2º ...

§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.”

A matéria já causava preocupação ao legislador desde a sua exegese. Pretendia-se excluir o cabimento da arbitragem em matéria de direitos indisponíveis. Com fincas a evitar conflitos de competência sobre uma eventual questão prejudicial de mérito, dispôs a Lei da Arbitragem:

“Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.”

Ou seja, no caso de dúvida, a arbitragem somente poderá ter seguimento se, no âmbito do Judiciário⁵, restar decidido que a questão não versa sobre direitos indisponíveis, porque, caso contrário, restará prejudicado o procedimento arbitral, não sendo possível a prevalência da cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, ainda que em detrimento da própria liberdade de contratar decorrente da autonomia privada garantida pela ordem jurídica. Frise-se, inclusive, que em sede arbitral, esta liberdade de contratar alcança, ainda, a possibilidade de se estabelecer o direito a ser aplicado ao procedimento, podendo-se, também, afastar a aplicação do direito em favor da equidade (art. 2º, Lei 9.307/96).

Assim, em face da indisponibilidade do bem jurídico envolvido, da segurança jurídica e da manutenção da ordem pública, não se terá a faculdade de indicar a arbitragem para a solução de controvérsia, de modo que eventuais cláusulas contratuais nesse sentido serão nulas de pleno direito. Resta às partes, nesses casos, o pleno acesso ao Judiciário, garantido, principalmente, pelo texto da Carta Política.

Pois bem, por trás da questão que pretendemos enfrentar, está a polêmica acerca da possibilidade de utilização da arbitragem como meio de solução dos litígios trabalhistas *individuais*, que será o nosso ponto de partida.

No entanto, cumpre-nos, a priori, destacar algumas considerações. Primeiramente, observamos que não estamos, aqui, pretendendo analisar a constitucionalidade ou não da Lei de Arbitragem, embora alguns autores neguem, por absoluto, a constitucionalidade da via arbitral, nos moldes em que figurada pela Lei 9.307/96, fundamentando-se na garantia constitucional de pleno acesso à justiça. Partimos da premissa de que a Lei é constitucional, como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada 5206-7⁶.

Ademais, temos que os direitos dos trabalhadores, antes de direitos trabalhistas propriamente ditos, são, sobretudo, *direitos sociais*, integrantes da categoria *direitos fundamentais* de segunda geração, isto é, direitos - no ordenamento jurídico brasileiro - já constitucionalizados. Antes de regrados pelo Direito do Trabalho estão dispostos na Constituição e, segundo abalizada doutrina⁷, protegidos pela *cláusula de proibição de retrocesso*. Percebe-se que os direitos fundamentais, até por sua posição geográfica no texto constitucional, têm uma importância ímpar, oriunda de uma ordem principiológica pré-positivada. Assim, também, devemos entender o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. (Artigo 7º, III da CF/88).

Partindo dessa premissa, entendemos que os direitos fundamentais, por sua própria natureza, são - via de regra - indisponíveis⁸. É certo que, em alguns casos, tem-se relativizado essa indisponibilidade de direitos fundamentais em face da autonomia privada, que erige a liberdade de contratar. Não obstante, temos que considerar que a autonomia privada deve prevalecer onde existe igualdade entre as partes, sobretudo de natureza econô-

mica, isto é, nenhuma delas poderá afigurar-se como hipossuficiente na relação jurídica. Ademais, esta limitação *voluntária* dos direitos fundamentais deve estar isenta de vícios e sujeita à revogação a qualquer tempo, além de sempre obedecer a um padrão de razoabilidade em relação ao fim a que se pretende com a renúncia⁹. Nessa senda, desejamos lembrar questões básicas da nossa estrutura social, que, desde os seus primórdios, é caracterizada, de modo peremptório, pela sua desigualdade sócio-econômica. A existência de uma parte hipossuficiente é de alta relevância para a análise do tema proposto e de seus desdobramentos.

Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias ressaltam que, muitas vezes, na defesa de certos interesses econômicos, o "legislador ofende excessivamente ao princípio da justiça", restringindo direitos fundamentais, diante da tensão entre estes e a autonomia privada. Nesses casos, quando a ponderação do legislador privilegia questões patrimoniais em detrimento da personalidade, ele segue na contramão do sistema constitucional que ilumina todos os demais sistemas de direito¹⁰. Os autores observam que, por trás do discurso da noção de efetividade do ordenamento jurídico, "como se vê na Lei de Arbitragem", estar-se-ia a camuflar "o discurso do império do mercado, no qual o poder de aplicação do direito é privatizado e globalizado, afastando-se do Estado a própria capacidade de regular o sistema normativo"¹¹.

Temos que o legislador, ao editar a Lei de Arbitragem, atento à Constituição Democrática, recebeu esses raios de luz e expressamente ressalvou desta seara as controvérsias que tiverem como pano de fundo questões que envolvem direitos indisponíveis. Apenas excluindo a possibilidade da aplicação do instituto às matérias que versem sobre direitos indisponíveis poderíamos afastar o argumento da prevalência da hegemonia econômica.

Assim, antecipamos o entendimento de que, se em eventual conflito que se pretenda resolver em juízo arbitral, surgir a dúvida sobre a relativização de direito fundamental indisponível, cumpre, *a priori*, nos termos do art. 25 da Lei, suscitar o juízo prévio do judiciário, porque somente quando houver a possibilidade de disposição do direito poderá haver a instauração válida de procedimento arbitral.

Até porque a sentença arbitral pode levar à coisa julgada material, de modo que, solucionado o conflito através do árbitro, não cabe a impugnação do mérito da sentença arbitral. Assim sendo, o recurso ao Judiciário só caberia nos casos de nulidade da sentença arbitral. Como consequência prática, temos que eventual nulidade da sentença arbitral¹²., quando proferida sobre questões de natureza trabalhista, poderia ensejar consequências desastrosas¹³. Diz a Lei 9.307/96:

"Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário."

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei."

3 A arbitragem em matéria trabalhista

Talvez em razão da forma como se poderiam afetar os direitos individuais fundamentais dos trabalhadores, alguns autores, especificamente em matéria trabalhista, apegando-se ao texto constitucional (art. 114), vêm como possível a arbitragem tão somente nas lides de caráter coletivo. Mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, que reformou o supracitado artigo, no que tange à arbitragem, o normativo ficou incólume.

Outros, ainda, investidos numa linha mais liberal, entendem pelo cabimento da arbitragem inclusive nas lides individuais trabalhistas, fundamentando-se na flexibilização dos direitos trabalhistas no plano individual, incentivada pelos projetos de autoria do Executivo Federal, de reestruturação da legislação laboral¹⁴.

Aqueles que defendem a referida tese argumentam, dentre outras coisas, que, após a extinção do contrato de trabalho, não haveria razão para se manter a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, já que não mais subsistiria eventual temor acerca de imposições do empregador sobre o trabalhador em troca da preservação do contrato de trabalho. Mesmo esses autores são capazes de atentar sobre o conceito de direitos disponíveis, representados pela possibilidade material e jurídica de o titular deles dispor, alienar, transacionar¹⁵.

Certo é que, conforme expomos, poucos não são os entendimentos de que os direitos indicados na Constituição Federal vigente (art. 7º) são indisponíveis, sendo, por conseguinte, não passíveis de renúncia, *ex vi* do direito ao salário mínimo, ao FGTS, às férias, 13º, dentre outros¹⁶. Ora, entendemos que os direitos são disponíveis ou não. Uma vez caracterizados como indisponíveis, não deixarão de sê-los por razão alguma (cláusula de proibição de retrocesso), ainda que, eventualmente, venham a ser objeto de conciliação em sede de jurisdição estatal.

Além de ser considerado direito indisponível (sendo irrelevante aqui a discussão acerca da sua natureza, se pública ou privada), é de se ressaltar que os direitos sociais gozam de especial proteção do Estado, pois, ainda que nem sempre possuam eficácia imediata, são dotados de *grau mínimo de efetividade material*, ou seja, demandam do Estado prestações, sobretudo positivas, ainda que de natureza política, e, por conta dessa natureza - que os insere em certo grau de discricionariedade do legislador - conferem aos indivíduos, ao menos, o *direito de defesa*, quer dizer, ao menos a garantia de que "servem de parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos e revogam normas anteriores incompatíveis com os programas de ação que consagram. Servem, ainda, como modelo interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico, que com elas hão de encontrar conciliação sistemática"¹⁷.

Não causa estranheza, portanto, o seu arrolamento, em título próprio, na Constituição Federal, no âmbito do corpo "Dos Princípios Fundamentais" e "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

"Título I - Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º. A República Federativa do Brasil ... tem como fundamentos:

...

IV - os valores sociais do trabalho

Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo II - Dos Direitos Sociais

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores (...)"

Nesse contexto, entendemos que a Lei de Arbitragem, embora já tenha sido declarada constitucional pela Corte Suprema, deve ser interpretada sistematicamente, conforme a Constituição, sem redução de texto, isto é, dentro de uma análise teleológica, deve ser verificada a sua aplicabilidade ou não quando a controvérsia for de natureza trabalhista, especialmente quando envolver o FGTS. Acreditamos que a lei de arbitragem tem por fito possibilitar à sociedade o acesso a meio alternativo de solução de controvérsia, fugindo à, muitas vezes, lenta desenvoltura do Judiciário na pacificação social. Não obstante, a arbitragem deve ser utilizada quando, claramente, as partes litigantes estiverem em

situação de igualdade. Esta isonomia, nem sempre poderá ser verificada de pronto, quando a controvérsia surgir entre empregado e empregador, entre empresa e indivíduo. Entendemos que, nesses casos, será grande a possibilidade de a controvérsia atingir direitos indisponíveis. Nesta senda, a utilização da arbitragem, no que concerne aos direitos trabalhistas, pode dar azo a, ainda, mais sérias controvérsias. O próprio artigo 9º da CLT prevê, em seus termos, que os atos que têm intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar direitos trabalhistas são nulos de pleno direito.

A indisponibilidade dos direitos, como a própria nomenclatura sugere, "não admite que seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente"¹⁸. Assim, tem-se como consequência prática que "a preterição de um direito fundamental (como é o caso dos direitos sociais) não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir"¹⁹.

A respeito do tema, recentemente se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

"Recurso Extraordinário 234.186/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence

EMENTA (...). Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim com às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite²⁰."

É evidente que a própria Constituição contempla a possibilidade de disponibilidade de alguns direitos trabalhistas, tal como a fixação do salário, da jornada de trabalho, ambos flexíveis mediante acordo ou convenção coletiva. Diz-nos a Carta Magna:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

VI - irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

...

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis hora para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva."

Como decorrência, tem-se, hoje, muito debatido a questão a respeito da arbitragem ser ou não um procedimento hábil para a solução de lides individuais trabalhistas.

Viu-se que o direito material trabalhista constitui, como regra, direito indisponível, porque se afigura como consagração de uma das espécies de direitos sociais, categoria de direito fundamental. É norma de direito privado, mas de ordem pública. Daí surgem os princípios consagrados no Direito do Trabalho, a exemplo do princípio da proteção ao trabalhador, princípio da irrenunciabilidade, princípio da imperatividade das normas jurídicas, etc. Aliado a isso, reside o fato de que tais princípios só poderiam ser excepcionados por negociação coletiva, como prevê a própria Carta Magna.

É certo que a Carta da República não desprivilegiou a arbitragem como meio de solução das lides trabalhistas, mas, por questões de ordem pública, limitou o seu campo de atuação²¹. Vejamos:

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

(...)

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

§2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação 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.”

Como visto, a CF/88 só admite a arbitragem do Direito do Trabalho nas questões coletivas. O texto da lei não dá margens a outras interpretações. Mas, poder-se-ia interpretar a Constituição extensivamente, para que a arbitragem pudesse abarcar os litígios individuais trabalhistas?

Não podemos chegar a conclusão tão apressada. Isto porque a Carta da República, na distribuição da jurisdição trabalhista, referiu-se à arbitragem como meio de solução das lides coletivas. A lide individual trabalhista não foi diretamente tratada pelo legislador constitucional. Ora, se o constituinte teve o cuidado de explicitar a lide coletiva, não cabe a interpretação extensiva, para fazer possível a arbitragem nos litígios individuais. Lembra-se o conhecido brocardo jurídico: não cabe ao intérprete criar exceções onde a lei não fez.

Se a CF/88 quisesse vislumbrar a arbitragem nas lides individuais trabalhistas, tê-lo-ia feito expressamente, assim como o fez em relação às coletivas. Caso contrário, nenhuma serventia teria a ressalva constitucional, relativamente aos conflitos coletivos. E não se pode admitir que

a lei contenha palavras inúteis, despropositadas, sobretudo a lei constitucional.²²

Como não há texto legal proibindo a arbitragem para os litígios individuais, os intérpretes vêm apregoando pela sua possibilidade, em que pese os argumentos ora apresentados. Ademais, como será melhor explorado no transcorrer desta explanação, há uma nova forma de composição de conflitos em sede trabalhista que muito se assemelha à arbitragem, as Comissões de Conciliação Prévia (CCP's). Neste ponto, questiona-se: o legislador, analisando-se o tema teleologicamente, pretendia a utilização da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, sendo que criou instituto bem próximo, porém fundado em bases mais aceitáveis para os padrões trabalhistas?

No direito comparado, o cabimento da arbitragem na solução da lide trabalhista individual não é unísono; pelo contrário, por demais divergente. Na Espanha, a Ley de Arbitraje (Lei 36, de 5 de dezembro de 1988) determina:

"Art. 2º:

1. ...

2. Ficam excluídos do âmbito de aplicação da presente lei as arbitragens trabalhistas."

Já na Colômbia, a regra é inversa, permitindo-se ampla utilização da arbitragem no Direito do Trabalho, seja individual, seja coletivo. É o que dispõe o Decreto 1.818, de 1998, que versa sobre a Arbitragem.

Na Itália, a sistemática é semelhante à brasileira, permitindo-se a arbitragem somente do Direito Coletivo do Trabalho. Com efeito, o ordenamento italiano não simpatiza com a arbitragem no direito individual, reconhecendo-a somente quando haja previsão expressa em acordo coletivo de trabalho, e, ainda assim, determinando a recorribilidade à justiça estatal, por não emprestar ao laudo arbitral o efeito da coisa julgada.²³

Pelo descabimento da arbitragem nos litígios individuais do trabalho, o TRT da 5ª Região julgou o Recurso Ordinário 61.01.99.1534-50, conforme in verbis:

"Arbitragem. Conflitos trabalhistas. É inadmissível a instituição da arbitragem para dirimir questões trabalhistas, salvo aquelas gizadas em conflitos coletivos."

Ademais, investindo-se no historicismo da vedação da arbitragem como meio de solução de direitos indisponíveis, vamos nos deparar com sutil alteração da sistemática brasileira.

É que, como visto, o art. 1º da Lei 9.307/96 veda, indiscutivelmente, a arbitragem em meios de direitos indisponíveis. Não foi à toa o empre-

go da expressão "indisponível". Veja-se que era o art. 1.072 do Código de Processo Civil que contemplava a arbitragem antes da Lei 9.307/96. Eis a sua redação, hoje revogada:

" Art. 1.072. As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação."

A Lei 9.037/96, regulando a arbitragem, revogou esse dispositivo expressamente e, passou a autorizá-la nos seguintes termos:

"Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (destacamos)"²⁴ "

A lei falava em "direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação". Hoje, diferentemente, fala em "direitos indisponíveis". A alteração marca profunda transformação no que se refere ao instituto em comento. Assim, como adverte Carmona, pela nova Lei, "a remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua"²⁵, ou seja, não basta poder transigir, o direito deve poder ser exercido pelo titular "sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência"²⁶. Não podemos olvidar, como bem observa Carreira Alvim, que "o poder de transigir das partes é, por vezes, mais amplo em sede jurisdicional estatal do que na arbitral, porquanto, naquela, mesmo o direito não patrimonial pode comportar transação, se não *an debeatur*, pelo menos *quantum debeatur*"²⁷.

Esta posição é corroborada, por via oblíqua, pelos dizeres do próprio Américo Plá Rodrigues, no seu *"Princípios de Direito do Trabalho"*. Senão, vejamos: *"A transação, (...), se refere sempre a duas prestações opostas (uma do empregador, outra do empregado) que se reduzem por mútuo acordo a uma só, por cessão mútua, donde se deduz a existência, quanto a tais prestações, respectivamente de direitos incertos ou direitos que se chocam, o que pressupõe litígio. A res dúbia - elemento essencial da transação - deve ser entendida em um sentido subjetivo, isto é, dúvida razoável sobre a situação jurídica objeto do supracitado acordo"*²⁸. (negritamos)

Isso porque há direitos indisponíveis sobre os quais a lei admite a transação, mas sempre pela via judicial, ou seja, exige-se, ao menos, a homologação do Poder Judiciário. Um exemplo típico é o próprio direito trabalhista. Com efeito, não se nega a sua indisponibilidade (de re-

gra), em que pese poder ser objeto de transação (desde que constituída a *res dubia*, como será explicitado adiante), sob a chancela judicial, fazendo, inclusive, coisa julgada material, obstando nova discussão em juízo, salvo, unicamente, sob os autorizativos da ação rescisória ou da *querela nullitatis*. Neste ponto, lembramos a ilustre autora e juíza do TRT da 3ª Região, Alice Monteiro de Barros que aduz: "(...) *queremos dizer que não somos contra a composição dos litígios extrajudicialmente, mas repudiamos a idéia segundo a qual, sob o pretexto de desafogar o judiciário, sacrifiquemos garantias mínimas asseguradas ao trabalhador em preceito constitucional*"²⁹.

Frise-se que os Juízes em geral designam uma audiência nominada de "audiência de conciliação", buscando o acordo entre as partes, e a própria CLT tacha de nulo o processo onde não fora proposta a conciliação (artigo 846).

Todavia, hoje, não mais diz a lei "direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação", donde poderia se admitir a arbitragem no direito trabalhista; mas sim em "direitos indisponíveis", nos quais se inserem os direitos laborais.

Otávio Bueno Magano, antes mesmo da edição da Lei 9.307/96, na época em que ainda vigia o art. 1.072, já defendia a edição de ato legislativo como meio de desimpedir-se a arbitragem trabalhista. De certa forma, defendia a liberal tese do cabimento da arbitragem no direito individual do trabalho, mas, por via reflexa, há que se concluir que o autor entendia não caber a arbitragem trabalhista nos moldes da legislação então em vigor³⁰.

Acentue-se que, hoje, a legislação aplicável - Lei 9.307/96 - é mais rigorosa, como dito, não havendo norma legal expressa que autoriza a arbitragem trabalhista nos litígios individuais, ao contrário, proibindo-a.

Situação semelhante dá-se com o direito a alimentos. Com efeito, é direito indisponível, assim como o é a maioria dos direitos concernentes à família. Porém, mesmo sendo indisponível, é passível de transação, assim como de conciliação, mas, sempre sob a chancela judicial. O que não pode haver, entretanto, é a sua renúncia, já que indisponível. Nunca é demais lembrar que verbas trabalhistas implicam em uma natureza alimentar.

Outro exemplo que nos cabe citar é relativamente ao Direito Penal. É indisponível por natureza, mas, mesmo assim, admite a transação, nos moldes da Lei 9.099/95.

Há muitos casos, como se percebe, em que, apesar de indisponível, o direito é "transacionável", todavia, como explanado, tal possibilidade encontra um campo restrito de aplicação.

Não obstante, o art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - aquece mais ainda o debate, ao preconizar:

"Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes in-

teressadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões da autoridade competente."

Este mesmo dispositivo é também alvo de controvérsias, no que tange à sua interpretação, tendo-se em conta a Lei de Arbitragem. Serve de argumentação tanto para aqueles que defendem a arbitragem, como para aqueles que a repudiam.

Frise-se, aqui, o já citado art. 114 da Constituição Federal que, ao permitir a arbitragem somente das lides trabalhistas de caráter coletivo, indubitavelmente demonstra proteção ao direito individual do trabalho.

Nesse sentido, transcrevemos trecho de acórdão proferido pela 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no julgamento do RO nº 01908-2000-021-05-00-2³¹:

"Nada justifica que transações havidas no curso do liame de emprego, onde se vislumbra manifesta renúncia antecipada dos direitos individuais do empregado, sejam encaminhadas a conselhos de arbitragem. Tal procedimento deve ser interpretado como uma maneira imposta pelo empregador, detentor do capital, ao empregado, a ele subordinado juridicamente, para burlar os seus direitos trabalhistas.

Importa salientar que nestas situações, em se tratando de renúncia de direitos laborais, dada a condição de fragilidade do trabalhador, a doutrina tem entendido presumir-se absoluta coação econômica, especialmente quando condicionada sua permanência no emprego em razão da realização do procedimento arbitral. Em casos tais, é manifesta a vulnerabilidade do hipossuficiente em aceitar qualquer proposta, porquanto põe o empregado no contexto de optar entre a celebração da avença ou ser despedido, concordando, inclusive, em abdicar direitos indisponíveis e irrenunciáveis, oriundos de normas cogentes ferindo, por conseguinte, os princípios insculpidos nos arts. 9º, 444 e 468 da Consolidação Trabalhista.

Não se pode, portanto, atribuir às transações extrajudiciais celebradas nestas condições, a validade pretendida pela empresa-ré, devendo ser consideradas nulas, posto que enquadradas, como já

dito, na hipótese prevista no art. 9º Consolidado. Veja, a propósito, o que leciona o grande mestre Délio Maranhão, com o brilhantismo que lhe é peculiar, em seu livro Direito do Trabalho, 16ª edição, in verbis:

"É através dos recibos 'plena e geral quitação' que essa coação, frequentemente se manifesta: o empregado dá quitação sem ter recebido o que a lei garante. Mas, se o que era devido não foi pago, tal quitação não pode prevalecer."

"Diz-se-á, que no direito civil, a quitação pode ser dada em caráter irrevogável. Aí, sim, entra o Direito do Trabalho. Não é possível admitir quitação irrevogável em relação a direitos do empregado, irrenunciáveis ou de disponibilidade relativa, diante do que dispõe o art. 9º da Consolidação, porque tal importaria 'impedir a aplicação' das normas imperativas de proteção do trabalhador."

E conclui o festejado autor:

"...art. 9º da Consolidação fulmina, assim, de nulidade os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos."

4 A arbitragem na solução de controvérsias relativas ao FGTS

O tema, controvertido, foge aos limites do Direito do Trabalho, gerando reflexos no direito público. Nesta senda, analisamos os problemas relativos ao FGTS do trabalhador que teve a sua lide resolvida por árbitros, e não pelo Judiciário.

Como se sabe, o FGTS, além de seu caráter público, também possui a sua face trabalhista, uma vez que detém traços inconfundíveis, próprios dos direitos laborais. É um Fundo de caráter público, gerido pela União Federal e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal. É por seu caráter eminentemente público que a Lei 8.036/90 prevê que as deliberações normativas relativas ao FGTS são de competência de um Conselho Curador. Ademais, pelo artigo 7º, III, da Constituição Federal, estamos lidando com direito social, e, por assim dizer, indisponível, recebendo, inclusive, a garantia de cláusula de eternidade nos termos da Constituição (art. 60, § 4º, IV). Tal posicionamento (no sentido de colocar os direitos sociais como cláusula pétrea) já foi corroborado pelo Supremo Tribunal na ADIn nº 939-07/DF. Conforme frisa Alexandre de Moraes, *"Importante, também, ressaltar, que na citada ADIn nº 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais,(...) como per-*

tencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal".³²

A lei federal regulamentadora (Lei 8.036/90), ao prever as estritas hipóteses de movimentação do FGTS, reflete disposição legal de direito público.

É por ter natureza de direito público o FGTS que o STJ entende caber os julgamentos relativos àquele Fundo à 1ª Seção (Seção de Direito Público), que, por disposição expressa do Regimento Interno daquele Pretório, art. 9º, XI, tem competência para apreciar as matérias de direito público. Neste tocante, cabe citar os precedentes: CC 2.538/CE; CC 21.237/MG.

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FGTS. Direito público. - A relação jurídica entre o titular da conta vinculada do FGTS e a administração de Fundo é de direito público. - Conflito suscitado perante a eg. Corte Especial" (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Dec. 27/05/1998)

Tratando-se de direito público, é por demais evidente que não pode ser livremente disposto pelas partes. Neste tocante, há de se seguir, estritamente, a lei. É, assim, o FGTS, um direito, por excelência, indisponível, por parte do trabalhador. Na verdade, sobre os valores desse Fundo sequer cabe conciliação, seja no que tange ao valor em si, seja no que tange à sua movimentação.³³

Para a ocorrência de saque do montante do FGTS a Lei 8.036/90 estabeleceu um rol taxativo de possibilidades³⁴. Senão, vejamos:

"Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior."

A lei não dá margens para interpretações. A interpretação do administrador público, (no caso, a CAIXA) como agente operadora do FGTS, segundo o artigo 37, *caput*, da Carta da República, deve obedecer ao princípio da legalidade. Ao administrador público somente é conferido o direito vinculativo de seguir o que a lei determina. O princípio da legalidade, na Administração Pública, tem contornos distintos daqueles aferidos nas relações privadas. Assim, no campo privado, o referido princípio está regulamentado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", ou seja, o que não é proibido está permitido. Já no âmbito da Administração Pública, o princípio da legalidade

possui outro perfil. Previsto no art. 37, caput, conforme mencionamos, vincula o administrador a fazer somente o que a lei expressamente permitir.

Destarte, ao administrador não é conferido fazer o que a lei não prevê. Proceder de modo contrário significa agir contra o que prescreve os estreitos limites do princípio da legalidade, cabendo, inclusive, responsabilização administrativa, civil e, até mesmo, penal. A interpretação da lei, neste caso, só pode ser uma - a gramatical. Somente ao particular é conferida a faculdade de fazer o que a lei não proíbe³⁵.

Nesse contexto, a CAIXA, operadora do fundo e ente da Administração Pública, não possui essa faculdade, tendo que ficar adstrita ao que lhe comanda a lei. Portanto, no caso do inciso I do art. 20 da Lei 9036/90, deve ocorrer a despedida sem justa causa para que o trabalhador possa sacar seu FGTS.

Havendo dispensa do empregado sem justa causa, deve isto constar no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho. Assim, independentemente de dirimirem-se os litígios trabalhistas em juízo, preenchido está o requisito para movimentação do FGTS.

É o que prescreve a lei, sendo dever, bem como direito da CAIXA, exigir tal comprovação documental. Na ausência da prova documental, não caberá ao órgão arbitral supri-la, pois o legislador, especialmente o constitucional, não lhe conferiu tal competência.

Neste momento, se for o caso, cabe àquele trabalhador que tem numerário fundiário procurar aqueles órgãos judiciários ou sindicais trabalhistas autorizados por lei a emitir tal pronunciamento.

Não tem o árbitro competência para declarar a "dispensa sem justa causa", já que a Constituição Federal não lhe outorgou jurisdição para solução das lides individuais trabalhistas, mas somente das coletivas. Até porque, como ressaltamos, na arbitragem, é possível afastar-se a aplicação do direito, privilegiando-se a equidade, e o árbitro não poderia deixar de aplicar e proteger os direitos sociais trabalhistas, já que - como espécie de direitos fundamentais - são normas cogentes, isto é, de observância obrigatória.

Ora, se o árbitro não tem poderes para dirimir a lide trabalhista individual, não tem, por conseguinte, poderes para decidir sobre a questão prévia prejudicial, no caso, declaração da "dispensa sem justa causa". Manifestação de órgãos arbitrais nesse sentido é nula, ou melhor, inexistente³⁶.

Assim sendo, a prova da demissão sem justa causa, necessária para o saque do FGTS, deve ser feita mediante Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT), que deve ser homologado quando aplicável as hipóteses do art. 477, § 1º, da CLT, ou Termo de Audiência da Justiça do Trabalho³⁷.

5 A origem do procedimento no processo do Trabalho

Para melhor entendimento e consolidação do tema é necessário que analisemos a questão da Arbitragem no processo do Trabalho sob o prisma da origem do procedimento, que seria o próprio Instituto da Transação.

A Transação é um ato jurídico bilateral ou plurilateral, em virtude do qual, mediante concessões recíprocas, as partes interessadas extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.

Arnaldo Sussekinds leciona, em seu *Instituições de Direito do Trabalho*³⁸, que, para que haja Transação, é preciso que:

"(...)a) duas pessoas, pelo menos, estejam vinculadas entre si, por força da relação jurídica da qual decorrem direitos e obrigações; b) haja incerteza no pertinente a determinado ou determinados direitos ou obrigações; c) a dúvida se refira a direitos patrimoniais, isto é, direitos incorporados ao patrimônio de uma das partes do contrato; d) a controvérsia seja extinta mediante concessões recíprocas."

Ou seja, tudo gira em torno de prestações opostas das duas partes. Como ensina AMÉRICO PLÁ RODRIGUES³⁹, *elemento fundamental* da negociação em torno destas prestações refere-se ao fato de seu objeto, muito além de ser *res litigiosa*, seja *res dubia*. Neste tocante, cabe frisar que qualquer direito tido como *certo* e, por assim dizer, *indisponível*, não pode ser qualificado como *res dubia*. É que, se um dos contratantes está certo da obrigação que lhe cabe solver (mediante, como foi demonstrado, disposições legais e constitucionais), age obviamente, de má-fé, ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões então ajustadas. A transação extrajudicial, por via da arbitragem, nos dissídios individuais do trabalho, submete o empregado, já hipossuficiente face à sua dependência econômica frente ao empregador e à própria situação fática do país, a uma condição ainda mais gravosa.

Sem possibilidade de contar com a supervisão de um magistrado do Trabalho, como ocorre na conciliação Judicial, ou mesmo sem o apoio sindical configurado nas recém-criadas Comissões de Conciliação Prévia, o obreiro ficaria à mercê de transações sem a devida supervisão de uma autoridade preocupada e informada a respeito do que seria disponível e o que seria indisponível no Direito do Trabalho (sendo que a regra deve ser a indisponibilidade, tendo em vista a sua natureza de direito social fundamental). Alavancado, muitas vezes, por condições econômicas aflitivas, o trabalhador transaciona e faz concessões a respeito de direi-

tos que não são caracterizados pela *res dubia*, uma vez que o Direito do Trabalho agasalha, através de manto constitucional, direitos elevados ao patamar de ordem pública. Em tal situação, não é exagero tachar uma hipotética sentença arbitral como nula, ou mais além, inexistente no mundo jurídico.

A Justiça do Trabalho é um ramo *sui generis* do Direito, abraçando princípios próprios, além dos constitucionalmente consagrados. Marcada pela informalidade, oralidade e celeridade processual, a justiça Laboral tem avançado e procurado maneiras de se tornar a justiça modelo em nosso país: uma destas formas é a adoção da conciliação como "carro-chefe" de sua atuação, reforçada recentemente pelas Comissões de Conciliação Prévia Trabalhistas (CCPT), que são órgãos paritariamente formados e que vêm ganhando força jurisprudencial e doutrinária no sentido de serem passagem obrigatória, onde tiverem sido estabelecidos, antes do campo judicial, configurando-se como verdadeiro pressuposto processual. Neste ponto é interessante salientar, novamente, que as CCP's (Comissões de Conciliação Prévia) representam o procedimento mais próximo da arbitragem que existe no processo do Trabalho. Sabidamente, a Justiça Laboral se pauta pela celeridade na resolução de suas lides e na simplicidade nos seus procedimentos. Como se não bastasse, foram criadas as supracitadas Comissões que representam mais uma via para a solução de conflitos trabalhistas buscando-se, no mais das vezes, a celeridade. Certo é que, não obstante a simplicidade do meio, o legislador, em face da importância e especialidade dos direitos e das partes envolvidas, fez questão de instituir uma composição paritária desses órgãos, aonde os empregados estão representados por seus pares. É claro que fraudes são passíveis de ocorrência sempre, mas, há de se convir que, nestes termos, este tipo de evento tem muito menos possibilidade de existir quando comparado ao procedimento adotado na via arbitral, em que um terceiro, e somente um terceiro (denominado "árbitro"), concentra em suas mãos poderes sobre direitos tão relevantes.

Apesar das já citadas vozes que, pela reforma trabalhista, planejam flexibilizar os "indisponíveis direitos trabalhistas", é necessário frisar a mais recente jurisprudência sobre o assunto. Decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional Trabalhista de São Paulo - TRT/SP vedou a aplicação da arbitragem na justiça trabalhista, no processo de nº 00958200201602005 (20030321942), vejamos a decisão (NANCI, 2004):

"EMENTA: JUÍZO ARBITRAL. LEI Nº 9.307/96. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO DO TRABALHO. A Lei nº 9.307/96 está direcionada às relações civis e comerciais e portanto, não tem aplicação subsidiária no âmbito desta Justiça Especializada pelo portal do artigo 8º consolidado, eis que lhe falta a conditio essencial da compatibilidade com os prin-

cípios fundamentais do Direito do Trabalho. Nem a presença de um sindicato de trabalhadores por trás dessa aparente "negociação" afasta a manifesta fraude (art. 9º, CLT), até porque a entidade que se prestou a esse papel sequer detém o munus representativo dos bancários, tendo a reclamante sido reconhecida como tal, à luz da prova produzida".

A maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) têm entendido que a Lei de Arbitragem não se aplica à Justiça Laboral porque as verbas trabalhistas não seriam consideradas direito patrimonial disponível (pressuposto para a aplicação da lei) e, portanto, não poderiam ser negociadas. Além disso, há o entendimento de que o trabalhador, por ser a parte mais fraca da relação de emprego, poderia ser forçado a assinar um contrato de trabalho com a cláusula arbitral.

Já no âmbito do C. TST, as discussões já começam a tomar corpo, com a chegada de alguns processos na Corte Máxima Trabalhista, além de algumas ACP (Ações Cíveis Públicas) ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, com fincas a impedir tal prática, com base, exatamente, nos argumentos retro-apresentados.

O caso recentemente analisado pelo TST (RR - 1650/1999-003-15-00) é de um ex-vigilante, demitido sem justa causa em 1995, que entrou na Justiça para cobrar a diferença de verbas trabalhistas como horas extras e adicional noturno. A ex-empregadora afirma que a ação deveria ser extinta porque há cláusula contratual instituindo a arbitragem para a solução de qualquer litígio decorrente da relação de trabalho. De acordo com a empresa, o litígio deve ser solucionado na câmara conveniada de arbitragem, prevista no dissídio coletivo da categoria.

A primeira instância, ao julgar o processo, considerou que a demanda deve ser solucionada no Judiciário. A sentença foi confirmada pelo TRT de Campinas, que declarou ineficaz a assinatura de contrato de trabalho que contenha essa cláusula. Para o Regional, a arbitragem - como alternativa para a solução de conflitos e litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis - deve ser incentivada e estimulada, mas não pode ser aplicada aos conflitos individuais trabalhistas porque obstrui o direito de ação do empregado e afasta todo e qualquer controle por parte dos sindicatos profissionais.

O ministro Ives Gandra Martins Filho, da quarta turma do TST, afirmava ser necessário verificar se existia realmente, no caso concreto, uma norma coletiva que previa o uso do método em contratos individuais. Para ele, caso exista a previsão em norma coletiva, não haveria problema em utilizar a arbitragem. Caso contrário, porém, ele afirma que o método não poderia ser aplicado. Segundo o ministro, os direitos trabalhistas são indisponíveis individualmente, mas flexíveis coletivamente, ou seja, se existir a concordância da categoria.

Não obstante, a Turma entendeu que, naquele caso concreto, não se tratava de procedimento arbitral, mas, meramente, de uma hipótese de mediação. Porém, cumpre observar que o Tribunal demonstrou certa tendência em aceitar a utilização da arbitragem após a dissolução do contrato de trabalho. Vejamos um trecho da decisão, publicada no DJ de 30/09/2005:

"Cumpre 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 escoreito 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 vênua de duntas opiniões em sentido contrário. É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que prevêem expressamente sua disponibilidade, como v.g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7º da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos. 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. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que empregado não mais está dependente do empregador. Cito, a propósito, as palavras do notável doutrinador Arnaldo Lopes Sussekund, que considera que "tais renúncias no momento ou depois da cessação do contrato de trabalho tem sido apreciadas pela jurisprudência brasileira com menos

restrição do que as ocorridas nas demais fases da relação de emprego" posto que, continua o douto mestre, "satisfeitas que sejam certas condições de liberdade de vontade, é lícito ao empregado renunciar, desde que se tratem de direitos já adquiridos, isto é, já incorporados ao patrimônio em consequência ou por força de lei". Ocorre, contudo, que mesmo consideradas tais premissas e não obstante o acórdão regional tenha firmando tese diversa daquela por mim propugnada - acerca da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da inaplicabilidade, na esfera trabalhista, do instituto da arbitragem - o julgador, de modo algum, praticou qualquer violência à lei da Arbitragem. Isso porque, data vênia de Sua Excelência o douto Julgador de origem, considero que o negócio jurídico formalizado e que deu origem ao Termo de Conciliação de fls. 135/136, não obstante tratado como fruto de um processo arbitral, dele não se trata. O que acaba de ser afirmado decorre da compreensão de que o juízo arbitral, tal como definido no artigo 3º da Lei nº 9.307/96, pressupõe a existência prévia de uma lide, quando é certo que no caso dos autos não havia, no momento da prática do ato, qualquer conflito de interesses a legitimar o uso da arbitragem. A meu sentir, o procedimento adotado foi outro".

Não podemos deixar de mencionar, também, a posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão em exame, não obstante entendermos que eventual controvérsia a respeito da competência da jurisdição arbitral quando a matéria de fundo envolve conflito de natureza trabalhista - mesmo que se refira ao FGTS, gerido pela Caixa Econômica Federal - deva ficar a cargo da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal. Devemos reconhecer, em que pese à nossa discordância, que aquele Superior Tribunal tem admitido a possibilidade de utilização da arbitragem para a válida comprovação da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa e, portanto, conferindo a sentença arbitral natureza de documento hábil para o levantamento do FGTS, até mesmo pela seu caráter jurisdicional. Vejamos:

"ADMINISTRATIVO. FGTS. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS. ARBITRAGEM. DIREITO TRABALHISTA.

1. Configurada a demissão sem justa causa, não há como negar-se o saque sob o fundamento de que

o ajuste arbitral celebrado é nulo por versar sobre direito indisponível. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretado de forma a prejudicá-lo, como pretende a recorrente.

2. Descabe examinar se houve ou não a despedida sem justa causa, fato gerador do direito ao saque nos termos do art. 20, I, da Lei 8.036/90, pois, conforme a Súmula 7/STJ, é vedado o reexame de matéria fática na instância especial.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 707065/BA; Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJ 09.05.2005)“

É importante frisar, também, que, ao se adotar procedimento arbitral no que toca ao FGTS, revolve-se o interesse público, haja vista a função social que o fundo detém, que vai muito além de mero direito individual fundiário. Relegar ao alvedrio de um árbitro direitos inerentes à saúde financeira do fundo significa colocar a sociedade inteira em risco, eis que beneficiária do numerário fundiário (infra-estrutura, financiamento de moradias, projetos esportivos e sociais, etc)⁴⁰. De toda sorte, cabe, neste momento, uma rápida digressão sobre de quem seria a responsabilidade sobre eventual prejuízo oriundo do procedimento em estudo (arbitragem e FGTS), com base no que já existe como jurisprudência consolidada do TST em tema análogo.

Tomamos como exemplo paradigma o caso dos chamados "expurgos inflacionários" do FGTS, decorrentes dos planos econômicos. Neste caso, estabeleceu-se, na OJ 341 daquele Tribunal, que a responsabilidade pelo pagamento de eventuais diferenças decorrentes das multas resilitórias de 40% seria sempre do empregador e nunca da CAIXA, mera gestora do fundo. Portanto, ao vislumbrarmos hipotéticas ações por parte de ex-empregados que levantaram seus numerários do FGTS por meio de procedimento arbitral, não concebemos responsabilidade da gestora do fundo por eventuais diferenças. Explica-se. Percebe-se que muitos gerentes de agências da CAIXA vêm sendo obrigados a liberar o saldo existente do FGTS de vários trabalhadores por meio de mandado judicial em que se reconheceu a validade do procedimento arbitral para tal fim. Nestes casos, não raro, o numerário é levantado sem que se observe os 3 anos fora do sistema do FGTS, como, também, ocorre no levantamento do numerário sem o pagamento da multa de 40% devida na espécie. Somos de opinião que eventuais ações dos ex-empregados para reaver tais valores (em vista de uma possível fraude no procedimento arbitral) só podem ter no pólo passivo os ex-empregadores. Pensar de modo diverso é aceitar a alegação da própria torpeza dos partícipes

da arbitragem, fato inaceitável em nosso ordenamento. Em suma, a CAIXA, mera operadora do FGTS, não poderia ser responsabilizada por um evento externo aos seus desígnios e aos desígnios do Fundo, a exemplo do que ocorreu com as diferenças dos "expurgos" (OJ 341 do TST).

6 Conclusão

Em que pese as decisões do STJ e a tendência que se desponta no TST, entendemos que a arbitragem não deve ser aplicada às lides de natureza trabalhista, sobretudo, quando envolver controvérsia acerca do FGTS, pelo simples fato de esses direitos - constitucionalmente previstos - afigurarem-se como indisponíveis. Nem se diga que as verbas trabalhistas, porque eventualmente se transformam em verbas indenizatórias, fazem com que os direitos que lhe deram origem tornem-se disponíveis. Na verdade, continuam tendo a característica da indisponibilidade - apenas que, na via Judicial (e apenas nesta via), podem ser transacionados. O rol dos direitos sociais permanecem intocáveis; como espécie de direitos fundamentais não deixam de ser normas de ordem pública. Repisa-se: a possibilidade de transação é sempre mais ampla em sede de jurisdição estatal, onde, eventualmente, mesmo um direito não patrimonial pode comportar transação e um direito indisponível pode deixar de ser absoluto em detrimento de outro direito indisponível, que deve prevalecer no caso concreto, diante da aplicação do princípio da proporcionalidade. Porém, essa relativização deve ocorrer tão-somente em sede Judicial, porque - mais uma vez repetimos - o procedimento arbitral não comporta controvérsias que versem sobre direitos indisponíveis, previstos como direitos sociais no texto da Carta Política.

Se é verdade que a Lei 9.307/96 preza e incentiva o princípio da autonomia da vontade, também é verdade que se preocupou com a manutenção da ordem pública e dos bons costumes (art. 2º e seus parágrafos). Assim, faz todo sentido a sistemática adotada pela Lei, qual seja, a de permitir às partes convencionem as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, inclusive possibilitando que ela seja de direito ou de equidade e, como consequência, exclui a possibilidade de sua incidência sobre conflitos que envolvam direitos indisponíveis, ainda que patrimoniais. Ora, é claro: porque se os direitos são indisponíveis, a eles se aplicam normas cogentes, de ordem pública, que não podem ser afastadas, por vezes, nem mesmo pelo legislador infraconstitucional (quando direitos constitucionalizados), menos ainda podem ser afastadas para privilegiar, por exemplo, a equidade.

Não queremos, com isso, diminuir a importância da busca por caminhos conciliatórios nos conflitos privados, conforme ressaltou o então Vice-Presidente da República MARCO MACIEL⁴¹ à época da edição da Lei 9.307/96, na tentativa de dispensar o recurso ao Poder Judiciário.

Devemos ter em mente que a arbitragem se revela muito útil na área cível e nas questões comerciais que abrangem recursos econômicos relevantes, porque, como bem sugere Marco Maciel, podem, de fato, encontrar, por meio desse instituto, "uma solução natural, consensuada e de enorme praticidade"⁴², que, na via judicial, poderia levar anos para ser encontrada; mas, quando estamos nos referindo a conflitos em que contendem partes com diferentes níveis econômicos, como, por exemplo, empregado e empregador, fornecedor e consumidor, grandes grupos econômicos e indivíduo, o que antes era prático e ágil na pacificação social torna-se conveniente e facilmente condutível pela parte economicamente mais forte, ensejando a adoção de condutas abusivas em detrimento dos mais desvalidos.

Mesmo quando se trata de empregado que não mais labora na empresa com a qual contende, não vislumbramos a possibilidade de utilização da arbitragem, até mesmo por questões de ordem prática, como, por exemplo, o custo do procedimento, que pode ser demasiadamente alto para o trabalhador - cumpre-nos indagar sobre a legitimidade de um procedimento arbitral inteiramente custeado pelo empregador - bem como em razão da sua desnecessidade, uma vez que existem as Comissões de Conciliação Prévia - onde a paridade de armas é, ao menos, aparente diante da presença de representação dos empregados e de representações patronais (que também são formadas por empregados da empresa) - e, para os locais onde ainda não tenha sido implantada, remete-se ao acesso direto ao Judiciário, quando terão a audiência de conciliação para tentar solucionar, de pronto, o conflito.

Ademais, ainda que se admita a possibilidade de utilização do instituto quando previsto em convenção coletiva, por exemplo, no caso específico do FGTS - quando reconhecida a demissão sem justa causa por sentença arbitral e a simples apresentação da sentença ao caixa se faça suficiente para autorizar o saque - devemos indagar como o caixa bancário seria capaz de averiguar prontamente a existência de convenção coletiva autorizadora do procedimento arbitral, ou mesmo da própria validade daquele documento. Ele poderia exigir a apresentação da convenção ou acordo coletivo? Se entendermos, como fazemos, que a decisão do árbitro, por si mesma, tem força executiva de título judicial, a resposta seria negativa. Ao mesmo tempo e, por essa razão, admitir-se a arbitragem em controvérsias dessa natureza seria facilitar a ocorrência de fraudes ao Fundo (lembrando sempre o caráter social do fundo, que tem o interesse público como norteador de seus fins, muito além do direito fundiário individual). Por outro lado, exigir-se a homologação, chancela ou verificação prévia pelo Judiciário quando se admite a arbitragem para essas causas seria tornar letra morta a própria sistemática da Lei de Arbitragem, em especial, o art. 18.

Assim sendo, entendemos que a arbitragem não poderia alcançar litígios que versem sobre direitos dos trabalhadores, especialmente o

FGTS, pela sua própria natureza de direito social, espécie de direito fundamental e, até, pela impossibilidade prática desse procedimento.

Notas

- 1 Observamos que, no Supremo Tribunal Federal, há precedentes da 1ª Turma confirmando a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66, a exemplo do Recurso Extraordinário 223.075, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, cuja publicação do acórdão ocorreu no Diário de Justiça de 06.11.1998: "EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido". Nesse sentido, também, os recursos extraordinários 240.361 (relator Min. Ilmar Galvão, DJ 29.10.99), 287.453 (relator Min. Moreira Alves, DJ 26.10.01) e 148.872 (relator Min. Moreira Alves, DJ 12.05.00). Não obstante, quanto ao referido Decreto-Lei, existem autores que questionam a sua constitucionalidade, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (**Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág. 385). Os autores citam decisão do TRF/3ª Região (Ac. 5ª T., Ag. 158.349, rel. Des. André Nabarrete, 16.12.03) segundo a qual o Código de Processo Civil, em seu art. 1º, teria revogado o referido decreto-lei. Também, considera que "o exercício da jurisdição executiva por particulares, além de não haver permissivo constitucional, é incompatível com o artigo 5º, inciso LIV, do texto maior" e, como resulta na perda da propriedade, imprescindível seguir-se o devido processo legal, pressupondo juiz natural e monopólio da jurisdição estatal, requisitos estes ofendidos pelo Decreto-Lei nº 70/66. Desse modo, "a previsão contratual da execução extrajudicial não prevalece sobre a garantia do devido processo legal e o monopólio da jurisdição estatal".
- 2 Nesse sentido, MENEZES, Iure Pedroza, 2002, artigo publicado *in* Revista Âmbito Jurídico, em fevereiro de 2002.
- 3 CÂMARA, Alexandre Freitas, 2004, **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 9ª edição, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, págs. 37/39.
- 4 SENA, Bárbara Bianca, 2005. A Lei de Arbitragem vela "pelo princípio da autonomia da vontade, não ignorando, porém, as normas cogentes de ordem pública às quais este princípio não pode se sobrepor. Em razão desse princípio, os contratantes têm liberdade para estabelecer a forma em que se dará a resolução do conflito, tanto no que diz respeito ao procedimento adotado pelo árbitro como no que se refere ao direito material aplicável à questão. Essa liberdade é garantida, expressamente, no art. 2º e seus parágrafos, estabelecendo que a arbitragem poderá ser celebrada conforme o direito ou a equidade" (SENA, Bárbara Bianca. **A natureza jurídica da arbitragem no Brasil**. Monografia apresentada em sede de pesquisa acadêmica no curso de pós-graduação em Direito - "Ordem Jurídica e Mi-

nistério Público" - pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2005, pág. 78).

- 5 A necessidade de se recorrer ao Judiciário pode, muitas vezes, inviabilizar o instituto da arbitragem, especialmente quando o que se pretende com a adoção desse procedimento é obter solução de forma mais célere. Não obstante, como se trata de controvérsia incidental acerca da disponibilidade ou não do direito, não há como deixá-la ao alvitre das partes, porque mesmo a liberdade de contratar não deve se sobrepor a questões de ordem pública, especialmente quando - ao fundo e ao cabo ou ainda que indiretamente - a controvérsia atinja direito fundamental, seja de índole individual ou social, porque estes direitos fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito, isto é, estão nas bases de uma Constituição Democrática.
- 6 Acórdão publicado no Diário de Justiça de 30/04/2004.
- 7 A título ilustrativo, mencionamos MORAES, Alexandre, 2002, de e MENDES, Gilmar Ferreira, 2004, e SILVA, José Afonso da, 1999:

"Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. (...) A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção,

*sempre que houver omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize o seu exercício". (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, pág. 203). Gilmar Ferreira Mendes destaca: "Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (soziale Grundrechte), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão". Adiante, ensina: "Os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais" (**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 7/8).*

José Afonso da Silva, tendo por base a Constituição, classifica os direitos fundamentais em cinco grupos, quais sejam: "(1) direitos individuais (art.

5º); (2) *direitos coletivos* (art. 5º); (3) ***direitos sociais*** (arts. 6º e 193 e ss); (4) *direitos à nacionalidade* (art.12); (5) *direitos políticos* (arts. 14 a 17)" (grifamos). (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pág. 187).

- 8 Embora os direitos fundamentais sejam voltados, via de regra, para que o Estado atue na proteção da dignidade da pessoa humana, a doutrina, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes (op. cit.), e a jurisprudência (a exemplo dos julgamentos proferidos no RE-201819, cujo teor está disponível no Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e acórdão está pendente de publicação, e no HC 12.547/DF, publicado no DJ de 12.02.2001, pelo Superior Tribunal de Justiça) começam a apontar pela incidência dessas normas também nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), além de naquelas relações entre Estado e indivíduo (eficácia vertical dos direitos fundamentais). Desponta uma tendência no sentido de se aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, porque quase todos os direitos privados seriam referenciáveis a um direito fundamental, como no caso da liberdade de contratar, que integraria os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade e da propriedade; desse modo, "o estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pág. 121). Porém, de qualquer forma, esses acordos não poderiam contrariar a ordem pública. Subsiste, ainda sim, o dever de proteção aos indivíduos pelo Estado. Também, como as normas de direitos fundamentais são normas diretamente regulamentadoras das relações jurídicas, "a lei é que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e, não, o contrário" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, op. cit., pág. 121). Assim, o legislador infraconstitucional, seguindo essa orientação, estabeleceu que a arbitragem somente poderá ser utilizada quando a controvérsia versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, tornando mais dificultosa a violação aos direitos fundamentais, que por sua indisponibilidade, não podem ser objeto de juízo arbitral.
- 9 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, op. cit., pág. 125.
- 10 Op. cit., pág. 388.
- 11 Op. cit., pág. 388.
- 12 Neste sentido, MENEZES, op. cit.
- 13 Nesses casos, se reconhecida pela doutrina e jurisprudência a utilização da arbitragem para causas de natureza trabalhista, entendemos ser da competência da Justiça do Trabalho o processo e julgamento de ações anulatórias de sentença arbitral, nos termos do art. 114 da Constituição: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); II- as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos,

entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

- 14 Ainda sim, mesmo alguns defensores da arbitragem no direito do trabalho, sugerem a presença dos sindicatos, como é o caso de Márcio Yoshida (**Arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas**. In: Aspectos Atuais da Arbitragem - coletânea dos árbitros do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo, coordenadora: PUCCI, Adriana Noemi, Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 231): "À semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte tem a arbitragem trabalhista sido ins-

tituída, preponderantemente, por acordos e convenções coletivas de trabalho, sob a fiscalização dos sindicatos profissionais.

O acompanhamento e a fiscalização do procedimento arbitral pelos sindicatos são aconselhados, pois, de um lado, afasta-se o temor de que o trabalhador hipossuficiente seja subjugado pelo poder econômico do lado empresarial, e, de outro, resolve-se o problema do pagamento das despesas da arbitragem".

- 15 Citamos, também, a título de ilustração Márcio Yoshida (*Op. cit.*, pág. 239).

- 16 Demonstrando a existência dessa controvérsia, citamos Márcio Yoshida (*Op. cit.*, pág. 231):

"Como é cediço, o procedimento arbitral não se destina, por força do art. 1º da Lei nº 9.307/96, a resolver questões que envolvam direitos insuscetíveis de renúncia ou transação, dentre os quais se inserem os direitos personalíssimos, os políticos, os direitos de natureza pública em geral, e, para alguns, também os direitos trabalhistas.

Inobstante referida controvérsia, é exatamente na esfera trabalhista que o instituto da arbitragem tem alcançado maior êxito e uma amplitude nunca antes vislumbrada, não se tendo notícia que em outras áreas do direito tenha havido alguma alteração significativa no marasmo que, antes da Lei nº 9.307/96, imperava no segmento da arbitragem.

É notória a falta de tradição da arbitragem no nosso país", o que, segundo o autor, se deve à nossa "cultura intervencionista", acostumando-nos "a sempre esperar do Estado alguma providência para resolver nossos problemas". E continua:

"A mão do Estado, todavia, tem se mostrado incapaz de solucionar, satisfatoriamente, os milhões de conflitos trabalhistas que batem às por-

tas da Justiça do Trabalho, frutos de uma legislação trabalhista paternalista e instigadora do litígio". O autor cita ainda o enorme número de processos (na casa dos milhões) que, em 1998, foram ajuizados na Justiça do Trabalho e, por conseguinte, as milionárias divisas que eles consumiram da União, afirmando ser desalentador esse quadro e, portanto, teria contribuído para a boa acolhida da arbitragem no âmbito trabalhista.

Sabemos que a quantidade de processos que entravam o Judiciário é numerosa não apenas na Justiça do Trabalho. Concordamos que não devemos esperar que o Estado seja a solução para todos os problemas da sociedade, até porque o próprio Estado tem chamado a contribuição de entidades não governamentais, como as ONGs, OSCIPs etc, mas nem por isso deixa de ser devedor de proteção aos direitos irrenunciáveis, como o são os direitos fundamentais abrangentes dos direitos sociais e, dentre eles, os direitos dos trabalhadores. Paternalista ou não, a legislação trabalhista está a regulamentar direitos constitucionalizados e, que, portanto, não podem sofrer retrocesso. Em que pese a controvérsia doutrinária, podemos, inclusive, alocar os direitos sociais entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da Carta da República).

- 17 BRANCO, 2002, Paulo Gustavo Gonet e outros, *op. cit.*, pág. 149.
- 18 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, 2002, *op. cit.*, pág. 123.
- 19 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, 2002, *op. cit.*, pág. 123.
- 20 Acórdão publicado em 31/08/2001.
- 21 Neste sentido, MENEZES, 2002, *op. cit.*
- 22 Neste sentido, JÚNIOR Antônio Humberto de Souza em artigo publicado na Revista Genesys.
- 23 MENEZES, 2002, *op. cit.*
- 24 MENEZES, 2002, *op. cit.*
- 25 CARMONA, Carlos Alberto. 1998. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 48.
- 26 CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 48.
- 27 ALVIM, J.E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 77.
- 28 RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Editora Ltr. 3ª Edição. São Paulo. 2000, pg. 176.
- 29 BARROS, Alice Monteiro de. **In Compendio de Direito Processual do Trabalho** - Obra em Memória de Celso Agrícola Barbi. Editora Ltr. 3ª Edição. 2002, pg. 942.
- 30 *Apud* MENEZES, Iure Pedroza, *op. cit.*
- 31 Acórdão publicado no DJ de 26/01/2004. Ressaltamos que, enquanto encaminhávamos este artigo para publicação, noticiou-se, em 17 de janeiro de 2006 no sítio do TST (www.tst.gov.br), julgamento da Primeira Turma daquele Tribunal, proferido no RR 541362/1999.6 - Min. Relator Lélío Bentes Corrêa (acórdão pendente de publicação), garantindo-se o acesso à Justiça do Trabalho ainda quando firmada a convenção de arbitragem. Tratava-se de recurso de revista de portuário para ver garantido "o exame de reclamação trabalhista formulada contra o Sindicato dos Operários e Trabalhadores Portuários em Geral do Estado de São Paulo (SINTRAPORT) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP. A primeira instância havia negado o exame da demanda feito

pelo trabalhador diante da previsão inscrita no art. 29 da Lei nº 8.630 de 1993. O dispositivo estabelece que 'deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra, Comissão Paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas', instituídas pela chamada Lei de Modernização dos Portos." Inicialmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, teria firmado o entendimento "de que a controvérsia entre as partes teria de obrigatoriamente passar pela arbitragem da Comissão Paritária. Somente se frustrada a tentativa de composição, as partes poderiam submeter a discussão ao Judiciário, a exemplo do que acontece nas Comissões de Conciliação Prévia". Para o Tribunal Superior do Trabalho, "a submissão da controvérsia ao juízo arbitral representa uma faculdade das partes". A notícia esclarece que, confirmando o voto do relator, o ministro Emmanoel Pereira afirmou: "o texto da Lei nº 8.630/93 não impõe qualquer sanção em caso de não observância de seu dispositivo (art. 23), como ocorre, ao contrário, com as Comissões de Conciliação Prévia".

- 32 Trecho do voto, constante do ementário nº 1730-10: "Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura direitos sociais", no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º, do art. 5º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..." Houve o agasalho, portanto, de direitos e garantias explícitos e de direitos e garantias

implícitos. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª Edição. Atlas: São Paulo, 2002, pg. 545. No mesmo sentido, na doutrina DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pg. 308.

- 33 MENEZES, *op. cit.*
- 34 Ressaltamos que essa questão é bastante controvertida. A esse respeito sugerimos a leitura do artigo de Fabiano Jantalia Barbosa intitulado "**O Direito ao FGTS e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Legitimidade da Restrição Legal das Hipóteses de Saque**", in *Revista de Direito da AVOCEF - Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal*. Ano I, nº 1, Ago/2005, págs. 115/149.
- 35 Nesse sentido, temos a doutrina de Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 87/88):

"A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar e desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fa-

zer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'."

- 36** Por fidelidade ao leitor, reconhecemos que existem manifestações doutrinárias em sentido contrário, como Márcio Yoshida (op. cit., pág. 239): "nem se alegue, por outro lado, que a legitimação do acordo seria a chance-la e a tutela jurisdicional, pois, como já dissemos linhas atrás, o que define o direito disponível não é a autoridade que homologa a transação, mas, antes de qualquer coisa, a possibilidade jurídica e material do titular desse direito dele dispor. O direito à vida, repetimos, fosse perante quem de direito, não seria transacionável. O direito ao FGTS do trabalhador, na outra ponta, é objeto de incontestáveis transações em audiências trabalhistas, porque, é evidente, trata-se de direito patrimonial disponível". Mesmo Márcio Yoshida reconhece que, no âmbito do contrato de trabalho em vigor, tem-se como regra geral a indisponibilidade dos direitos do trabalhador, mas sustenta que, porquanto "a obrigação resultante do ilícito patronal seja de fazer, ainda assim poderá o trabalhador exercer seu direito de transacioná-la, pois pode ela ser convertida em indenização". Concordamos com o fato de a verba poder ser transacionada e transformada em indenização, mas apenas na via judicial, porque os direitos indisponíveis não deixam de sê-lo somente porque passíveis de indenização pecuniária quando violados.
- 37** Observamos, entretanto, a existência de julgado em sentido contrário, proferido pelo Tribunal Regional da 1ª Região quando do julgamento da

Apelação em Mandado de Segurança nº 2004.33.00.015281-0/BA (verificar data de publicação no DJ), considerando que a homologação deve se dar apenas para o fim de validar o recibo de pagamento das verbas rescisórias ou o pedido de demissão, não se aplicando ao caso de dispensa sem justa causa. Segundo a decisão, a leitura da lei não deixaria dúvidas quanto à validade do ato de homologação, que teria por finalidade validar o recibo de pagamento, enquanto o ato de dispensa sem justa causa, isto é, o fato gerador do direito de movimentar o FGTS não seria objeto da homologação, tendo plena existência independente desta. Isso porque, entendeu o TRF 1ª Região, naquele julgamento, que o art. 20, I da Lei nº 8.036/90 traz a possibilidade de o trabalhador movimentar sua conta em caso de dispensa sem justa causa, sem impor qualquer outro requisito para a liberação do FGTS. Assim, a sentença arbitral não teria homologado a despedida sem justa causa, mas tão somente as parcelas pagas ao trabalhador, porque a comprovação da dispensa sem justa causa se daria mediante a apresentação do termo de rescisão do contrato de trabalho homologado pelo sindicato ou pelo Ministério Público do Trabalho. Fundamenta seu entendimento, também, na Súmula 330 do TST, que dispõe "a quitação passada pelo empregado, com assistência da entidade sindical de sua categoria, tem eficácia liberatória tão-somente em relação às parcelas declaradas no TRCT, excluindo todas as demais parcelas salariais nele não consignadas". Não estamos, aqui, questionando a possibilidade de assistência sindical ao empregado e a homologação da quitação das verbas salariais, mas apenas que esta homologação e esta quitação não poderia ocorrer em sede de jurisdição arbitral; da mesma for-

ma, quando não houver o termo de rescisão contratual esclarecendo a dispensa sem justa causa, tal comprovação não pode ocorrer naquela sede. Não obstante, restou determinado à Caixa, na parte dispositiva do julgado, que passasse a aceitar as sentenças arbitrais proferidas pelo Conselho Arbitral da Bahia, "com vista à solução de litígios trabalhistas como documentos aptos a permitir a movimentação das contas fundiárias dos titulares que, com esta finalidade, os apresentarem ao setor competente da CAIXA".

Referências

- ALVIM, J.E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.77.
- BARROS, Alice Monteiro de. *In* **Compêndio de Direito Processual do Trabalho** - Obra em Memória de Celso Agrícola Barbi. Editora Ltr. 3ª Edição. 2002.
- BARBOSA, Fabiano Jantalia. **O Direito ao FGTS e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Legitimidade da Restrição Legal das Hipóteses de Saque**, *in* Revista de Direito da AVOCEF - Associação Nacional dos Advogados da Caixa Economica Federal. Ano I, nº 1, Ago/ 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 9ª edição, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- 38 SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20ª Edição atual., V. 1. Editora Ltr., São Paulo, 2002, pg. 216.
- 39 *Op. cit.*, pg. 176.
- 40 Nesse sentido, Fabiano Jantalia Barbosa. *Op. cit.*
- 41 Arbitragem e avanço institucional, artigo publicado na edição nº 3 da Revista do SFI.
- 42 Arbitragem e avanço institucional, artigo publicado na edição nº 3 da Revista do SFI.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MACIEL, Marco. **Arbitragem e avanço institucional**, artigo publicado na edição nº 3 da Revista do SFI.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004
- MENEZES, Iure Pedroza. **Revista Âmbito Jurídico**. Artigo publicado em fevereiro de 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Editora Ltr. 3ª Edição. São Paulo. 2000.

SENA, Bárbara Bianca. **A natureza jurídica da arbitragem no Brasil**. Monografia apresentada em sede de pesquisa acadêmica no curso de pós-graduação em Direito - "Ordem Jurídica e Ministério Público" - pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. *In*: artigo publicado na Revista Genesys.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20ª Edição atual., V. 1. Editora Ltr., São Paulo, 2002.

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas**. *In*: Aspectos Atuais da Arbitragem - coletânea dos árbitros do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo, coordenadora: PUCCL, Adriana Noemi, Rio de Janeiro: Forense, 2001.