

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 8 | n. 3 | setembro/dezembro 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei nº 13.467 de 2017

Alternative routes to the contentious jurisdiction of the Brazilian Labor Justice: overcoming myths and pointing out new paths in light of the Law nº 13.467 of 2017

Sergio Torres Teixeira*

Universidade Católica de Pernambuco (Brasil)

Universidade Federal de Pernambuco (Brasil)

sergiotteixeira@uol.com.br

Recebido: 01/10/2017

Received: 10/01/2017

Aprovado: 05/11/2017

Approved: 11/05/2017

Resumo

A Lei nº 13.467 de 2017 inseriu na CLT inovações relativas a duas fórmulas alternativas à jurisdição contenciosa trabalhista, a cláusula compromissória de arbitragem e o processo de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial. Existe, contudo, uma forte

Como citar este artigo/*How to cite this article*: TEIXEIRA, Sergio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da lei nº 13.467 de 2017. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 155-197, set./dez. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.21996.

* Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª região. Vice-presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. E-mail: sergiotteixeira@uol.com.br

resistência no âmbito da magistratura do trabalho, bem como na doutrina clássica, às vias alternativas à Justiça do Trabalho. Existem alguns “mitos” apresentados como dogmas insuperáveis pelos que negam a admissibilidade da mediação extrajudicial e da arbitragem como meios de solução de conflitos individuais trabalhistas. Os principais argumentos apresentados se referem às teses da indisponibilidade absoluta de todos os direitos trabalhistas, da ideia de que apenas um juiz do trabalho reúne as condições necessárias à adequada composição de um conflito individual trabalhista e, ainda, da suposta existência de uma ameaça à Justiça do Trabalho caso ocorra o uso intensivo dessas vias alternativas. Por meio de uma análise crítica da realidade dos órgãos do Judiciário Trabalhista, formulada em observações extraídas da realidade cotidiana desse ramo da Justiça, será desenvolvido um esforço para superar tais dogmas e demonstrar a admissibilidade das fórmulas alternativas, desde que satisfeitas algumas condições mínimas de aplicabilidade. Em seguida, serão examinados criticamente os dispositivos da Lei nº 13.467 de 2017 que disciplinam essas vias alternativas, com o objetivo de descrever as novas técnicas colocadas à disposição dos sujeitos da relação de emprego para dirimir seus conflitos individuais. Ao final, será enfatizada a importância da participação dos juízes, dos mediadores e dos árbitros no processo de fortalecimento da Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho; vias alternativas à jurisdição contenciosa trabalhista; cláusula compromissória de arbitragem; mediação extrajudicial; justiça brasileira.

Abstract

Brazilian Law No. 13,467 of 2017 inserted into the CLT (Brazilian Labor Code) innovations related to two alternative formulas to contentious labor jurisdiction, the arbitration compromise clause and the process of voluntary jurisdiction for the approval of an out-of-court agreement. There is, however, a strong resistance among labor judges, as well as in classical doctrine, in terms of supporting alternatives formulas to Labor Justice. There are some "myths" presented as insurmountable dogmas by those who deny the admissibility of extrajudicial mediation and arbitration as means of solving individual labor disputes. The main arguments put forward refer to the thesis of the absolute inalienability of all labor rights, the idea that only a labor judge meets the necessary conditions for the adequate composition of an individual labor conflict and also the alleged existence of a threat to justice if the intensive use of these alternative routes occurs. Through a critical analysis of the reality of the Labor Judiciary, formulated in observations extracted from the daily reality of this branch of Justice, an effort will be made to overcome such dogmas and demonstrate the admissibility of alternative formulas, provided that some minimum conditions of applicability should be applied. Next, the provisions of Law No. 13,467 of 2017 that discipline these alternative routes will be examined critically, with the purpose of describing the new techniques available to the participants of the employment relationship in order to resolve their individual conflicts. Finally,

the analysis will emphasized the importance of the participation of judges, mediators and arbitrators in the process of strengthening the Brazilian Labor Justice.

Keywords: Labor justice; alternative routes to contentious labor jurisdiction; arbitration compromise clause; extrajudicial mediation; brazilian justice.

Sumário

1. Introdução. 2. Vias alternativas à jurisdição estatal e composição extrajudicial de conflitos trabalhistas: três mitos a superar. 3. Reforma trabalhista (Lei nº 13.467 de 2017) e caminhos alternativos à Justiça do Trabalho: a importância da exigência de um alto padrão ético. 4. Cláusula compromissória de arbitragem em sede de conflitos individuais trabalhistas. 5. Mediação de conflitos individuais e homologação de acordo extrajudicial. 6. Primeiras conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

A discussão sobre vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho sempre foi um tema delicado. Especialmente considerando a postura contundente, às vezes hostil, de uma parte considerável de magistrados e mesmo de advogados, contrários a qualquer forma de solução de conflitos individuais trabalhistas que não envolvem diretamente a presença de um juiz do trabalho.

Vários são os argumentos apresentados, mas sempre com um mesmo fim: negar a admissibilidade dos caminhos alternativos de acesso à justiça, enfatizando que apenas o Judiciário do Trabalho revela condições de solucionar lides individuais entre empregados e empregadores.

O presente trabalho vai desafiar tal posição, defendendo não apenas a licitude do acesso às fórmulas alternativas, mas procurando superar alguns “mitos” apresentados como dogmas invencíveis no combate ao uso da mediação extrajudicial e da arbitragem como meios de compor conflitos individuais trabalhistas.

Não será uma defesa incondicional. Exigências mínimas serão definidas para assegurar a lisura desses caminhos alternativos.

Mas haverá, sim, a busca por uma justificativa plausível para a admissibilidade dessas vias alternativas à jurisdição contenciosa do Judiciário Trabalhista. É uma questão de alta relevância. E provavelmente a melhor forma de enfrentar os problemas de legitimidade social que a Justiça do Trabalho vem enfrentando em decorrência do número verdadeiramente colossal de ações trabalhistas propostas todos os dias.

Nessa busca, serão apontadas algumas considerações de doutrinadores e, ocasionalmente, serão utilizados posicionamentos extraídos da jurisprudência dos tribunais do trabalho para melhor ilustrar uma linha de argumentação. Na maior parte do estudo, entretanto, a fonte primária será a simples observação da realidade que cerca o Judiciário do Trabalho. Serão extraídos do cotidiano da Justiça do Trabalho fragmentos da realidade contemporânea da prática forense vivenciada pelos próprios profissionais do trabalho para procurar construir uma fundamentação adequada para essa justificativa almejada.

Na caminhada, serão examinadas as inovações trazidas pela Lei nº 13.467 de 2017 nesse campo das vias alternativas, em especial a disciplina da cláusula compromissória de arbitragem nos contratos individuais e o novo processo de jurisdição voluntária de homologação de acordos extrajudiciais. Cada técnica com suas virtudes e eventuais defeitos. Como os instrumentos ainda não foram postos em prática, a descrição será propositiva, e, ainda, concomitantemente, crítica e esperançosa.

À missão.

2. Vias alternativas à jurisdição estatal e composição extrajudicial de conflitos trabalhistas: três mitos a superar

Em obras de teoria do processo judicial (ALVIM, 2016; CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 2015), são tradicionalmente apontados três caminhos para a solução de conflitos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

Seja pelo uso ou ameaça de uso de alguma espécie de força para impor a prevalência do seu interesse sobre o interesse alheio (típica autotutela), seja pela vias pacíficas do espontâneo despojamento do seu próprio interesse em prol do seu adversário ou da voluntária negociação entre as partes resultante em um acordo pacificador da contenda (fórmulas de autocomposição), ou, ainda, seja pela intervenção provocada de um terceiro com poderes de decidir o resultado do embate (heterocomposição), os caminhos para a solução de conflitos são variados.

O processo judicial, por sua vez, constitui uma fórmula de heterocomposição propriamente estatal, enquanto ferramenta concebida, controlada e desenvolvida pelo Estado para solucionar lides. É uma fórmula compositiva iniciada mediante a provocação da parte legitimada e interessada em obter a tutela estatal, por meio do direito de ação, e

desenvolvida sob a direção de um órgão do Estado, um “Estado-Juiz”, cuja missão maior seria entregar uma prestação jurisdicional justa e útil, promovendo acesso à justiça em todas as suas dimensões. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08)

O processo arbitral, disciplinado no Brasil pela Lei nº 9.307 de 1996 (que recentemente sofreu algumas alterações por meio da Lei nº 13.129 de 2015), corresponde a uma modalidade de heterocomposição constituída mediante uma convenção de arbitragem, mediante a qual os sujeitos em disputa (desde que capazes) submetem seus interesses em conflito (desde que de natureza patrimonial e caracterizados pela livre disponibilidade) a um árbitro por eles escolhido, que passa a atuar como juiz de fato e de direito para buscar a composição da lide. Apesar de ser normalmente associada a uma fórmula privada de resolução de conflitos, no Brasil a arbitragem tanto pode ter por árbitro um agente estatal (como um procurador do trabalho, nos moldes do artigo 83, inciso XI, da Lei Complementar nº 75 de 1993), como pode ser usada pela Administração Pública para compor seus conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, §1º, da Lei nº 9.307 de 1996, e, ainda, é um meio tradicional de resolução de conflitos internacionais entre países soberanos.

Na seara das relações de trabalho, as três grandes fórmulas de composição de conflitos (autodefesa, autocomposição e heterocomposição) revelam graus diferentes de receptividade.

A autodefesa é reconhecida como uma legítima forma de resolução de contendas, tanto no âmbito de embates coletivos como na esfera dos conflitos individuais, desde que observadas as diretrizes legais que estabelecem um controle estatal *a posterior* da legitimidade do uso da chamada “justiça de mão própria”. Nesse sentido, a greve de trabalhadores, enquanto método de paralisação dos serviços para pressionar a entidade patronal a ceder às pretensões da classe obreira, é reconhecida na Constituição da República como direito legítimo dos trabalhadores no seu artigo 9º, mas submetida o seu exercício a exigências formais e materiais descritas na Lei nº 7.783 de 1989 como forma de evitar a sua abusividade. O *Lock Out*, a suspensão das atividades empresariais como manifestação de “greve patronal”, por outro lado, continua vedado no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 722 da CLT. No plano individual, por seu turno, o chamado *ius resistentiae* do empregado, mediante o qual o obreiro pode se recusar a aceitar ou cumprir determinações ilegais ou fora dos

limites contratuais entre as partes, é reconhecido como direito legítimo do empregado, especialmente em questões envolvendo alterações contratuais prejudiciais ao trabalhador, nos moldes do artigo 468 da CLT. O poder diretivo do empregador e seu corolário o *ius variandi*, por meio do qual este detém o poder de impor mudanças na estrutura da empresa e na forma de desenvolvimento da atividade empresarial como consequência natural tanto do direito de propriedade sobre a empresa como do poder de comando assumido pelo empregador em decorrência da subordinação jurídica do empregado estabelecida pelo próprio contrato de emprego, podem igualmente ser exercidos dentro de limites de razoabilidade e com respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador para unilateralmente solucionar conflitos próprios da relação entre as partes.

Essa aparente receptividade a essas fórmulas pelo modelo normativo trabalhista pátrio, entretanto, é na realidade submetida a uma série de condições. Nesse sentido, nessas manifestações de autotutela no campo laboral duas ponderações devem ser levadas em consideração. Primeiro, a sempre presente possibilidade das respectivas atividades serem posteriormente submetidas ao crivo do Estado-Juiz mediante ações discutindo a legalidade/abusividade da greve ou reclamações trabalhistas tendo por objeto da licitude/ilicitude do ato unilateral do empregado ou do empregador praticado no exercício dos seus direitos próprios de resistir ao ilegal (*ius resistentiae*) ou exercer seu poder diretivo e conseqüentemente de adequar a atividades laborais às reais necessidades da empresa (*ius variandi*). E, em segundo lugar, é preciso ter plena consciência de que no âmbito de qualquer uma dessas fórmulas de autodefesa, o artigo 9º da CLT impõe a nulidade de pleno direito dos respectivos atos se o resultado do seu exercício implica em desvirtuamento, impedimento ou fraude à aplicação dos dispositivos constantes da legislação trabalhista consolidada.

Na seara das relações individuais de trabalho há uma nítida resistência à admissibilidade, enquanto fórmulas extrajudiciais de solução de conflitos, das duas subespécies tradicionais de autocomposição de conflitos, a unilateral (pela espontânea renúncia ao direito ou pela submissão à pretensão alheia) e a bilateral (transação entre as partes após concessões recíprocas), na esfera civil em geral a postura é de ampla receptividade e estímulo. Nesse sentido, o recurso a esses meios externos ao Judiciário tradicionalmente enfrenta restrições por parte dos operadores do Direito do Trabalho quando envolve conflitos individuais e for promovida longe da

proteção estatal, ou seja, quando a solução de contendas singulares entre empregado e empregador é realizada de forma extrajudicial e não endoprocessual (dentro de um processo judicial em curso).

Apenas recentemente tem havido uma (ainda tímida) tentativa de incentivar o uso de tais vias extraestatais de solução consensual de conflitos laborais.

Enquanto no âmbito de conflitos coletivos há explícito incentivo do legislador às vias extrajudiciais de solução de lides, na seara dos conflitos individuais trabalhistas não apenas o legislador, mas também a doutrina e a jurisprudência, tradicionalmente revelam-se insubmissos ao caminho das vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho.

Um rápido exame da Carta Política de 1988 confirma tal quadro sob o ponto de vista legislativo. O artigo 7º da Constituição da República, ao elencar os direitos básicos dos trabalhadores (na acepção mais restrita do termo, como sinônimo de “empregados”), assegura o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, frutos da negociação coletiva extrajudicial, e, por outro lado, consagra o direito de ação para postular créditos resultantes da relação de trabalho no inciso XXIX do mesmo dispositivo (mesmo restringindo o seu exercício a um prazo prescricional), sem ao menos mencionar outras vias compositivas que poderiam servir para solucionar os conflitos no plano das relações individuais.

O artigo 114 da Carta Magna brasileira, por sua vez, ao expor no *caput* e seus incisos uma vasta coleção de elementos sobre os quais incide a atuação jurisdicional da Justiça do Trabalho, especialmente no campo dos litígios individuais, estipula nos dois primeiros parágrafos (o segundo teve o texto esculpido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004), que, no âmbito dos conflitos coletivos, se as partes não obtiverem êxito na negociação coletiva, poderão recorrer à arbitragem para solucionar o conflito, e, apenas quando frustradas tais vias alternativas à jurisdição estatal é que devem procurar a tutela da Justiça do Trabalho:

Art. 114.

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

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as

disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A postura do legislador é evidente. No plano dos conflitos coletivos, todo o apoio às fórmulas extrajudiciais de solução como a negociação coletiva e a arbitragem, remanescendo a via judicial apenas como última opção. No campo dos litígios laborais individuais, o caminho da ação judicial é apresentado como via adequada para validamente compor a lide, sem qualquer estímulo ao uso de ferramentas extrajudiciais como a mediação ou a convenção arbitral.

É certo que, na seara da legislação infraconstitucional, ocorreu uma tentativa de incentivo à via judicial da autocomposição assistida por meio da Lei nº 9.958 de 2.000, que inseriu no âmbito da CLT a disciplina jurídica das Comissões de Conciliação Prévia (artigos 625-A a 625-H). Tais órgãos extraestatais, criados por sindicatos ou empresas e compostos por representantes dos empregados e representantes dos empregadores, foram encarregados de servir como instituição paritária com o objetivo de promover a mediação extrajudicial de conflitos individuais trabalhistas e conseqüentemente “filtrar” demandas de modo a reduzir o fluxo de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho.

O artigo 625-A da CLT traduz tal estrutura e finalidade institucional:

Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Parágrafo único. As Comissões referidas no *caput* deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.

E a estipulação de que o termo de conciliação celebrado pelos litigantes perante a comissão de conciliação prévia constitui um título executivo extrajudicial com eficácia liberatória geral quanto à quitação formalizada, com exceção apenas na hipótese de ressalva expressa quanto a títulos devidamente discriminados (artigo 625-D, parágrafo único), inicialmente tornou atrativo esse meio de solução consensual assistida perante ambas as classes da relação capital-trabalho.

Uma forte resistência a tal fórmula extraestatal por parte de vários segmentos de profissionais da área, intensificada diante da constatação da

prática de certos abusos praticados por algumas comissões de conciliação prévia de atuação tendenciosa (foram noticiadas condutas arbitrárias como medidas de intimidação para impor a aceitação de propostas de acordo), acabou por minar o grande potencial de utilidade dessas instituições. E o seu declínio acabou sendo sacramentado quando o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.139 e 2.160, ao apreciar a constitucionalidade do artigo 625-D da CLT (cuja literalidade do texto estabelecia como obrigatória a submissão do conflito a uma comissão de conciliação prévia, caso existisse uma no âmbito da empresa e no local de trabalho, como requisito para a posterior admissibilidade de uma ação trabalhista em caso de malogro da tentativa de conciliação), declarou que a interpretação conforme a Constituição do respectivo dispositivo, para assegurar a sua sintonia e harmonia com a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88), deve ser no sentido de ser uma simples faculdade (e não obrigação) a submissão do conflito a tal órgão de composição paritária.

Qual a causa dessa resistência? Quais os motivos que fundamentam essa postura frontalmente contrárias a fórmulas extrajudiciais de solução de conflitos individuais do trabalho?

São três os “mitos” que costumeiramente são apresentados como obstáculos a uma maior aceitação de fórmulas extraestatais de solução de litígios laborais, alicerçados por muitos dos seus defensores como barreiras intransponíveis e destacados como justificativas pela recusa em admitir a validade do recurso às vias alternativas à jurisdição exercida pelo Judiciário Trabalhista:

1. Todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis.
2. Somente um juiz do trabalho tem a isenção, a imparcialidade e independência para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma solução justa.
3. Uso intenso de vias alternativas implicará no eventual esvaziamento da Justiça do Trabalho.

Um por um, serão esses dogmas agora examinados de modo técnico e de forma crítica para buscar avaliar se retratam ou não a realidade na qual são desenvolvidas as relações de trabalho e solucionados os conflitos oriundos desse meio.

Primeiro, “todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis”.

Indisponibilidade, enquanto característica de um direito, abrange tanto “a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto à irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito)” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 146).

Para ser indisponível, um direito deve ser imune a qualquer pretensão de alteração de sua titularidade. Mesmo a vontade do seu titular não pode ensejar a respectiva transferência subjetiva, levando à completa vedação à sua alienação a qualquer título. De igual forma, para ser caracterizado pela indisponibilidade, o direito não pode ser despojado pelo seu titular, que não poderá abdicar do mesmo. Exemplos de direitos indisponíveis são os direitos da personalidade, previstos expressamente como intransmissíveis e irrenunciáveis no artigo 11 do Código Civil brasileiro.

No início do estudo do Direito do Trabalho, nenhum acadêmico permanece indiferente ao ser introduzido à natureza tutelar das normas trabalhistas e uma parte considerável permanece encantada pelos princípios da proteção e da irrenunciabilidade, tão bem delineados por Américo Plá Rodriguez (RODRIGUEZ, 1996).

A análise minuciosa da realidade tanto do ordenamento jurídico pátrio como da prática do dia a dia dos profissionais da área trabalhista, entretanto, revela que nem todos os direitos laborais são integralmente indisponíveis.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado sustenta que “pode-se, tecnicamente, distinguir entre direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por uma indisponibilidade relativa” (DELGADO, 2017, p. 232).

Um direito trabalhista será absolutamente indisponível quando for objeto de uma proteção de ordem pública, por “por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em dado momento histórico”; será caracterizado por uma indisponibilidade relativa, por outro lado, quando o direito laboral representar “um interesse individual ou bilateral simples”, sem traduzir o mencionado “patamar civilizatório mínimo” (DELGADO, 2017, p. 232).

São absolutamente indisponíveis, naturalmente, os direitos do trabalhador que também se enquadram como direitos da personalidade, como os relativos à integridade física, à integridade psíquica e à integridade

moral. Não será admissível, assim, a alienação ou a abdicação do direito do trabalhador a um ambiente de trabalho seguro e saudável, nos termos estabelecidos pela legislação laboral específica e em sintonia com as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho que disciplinam a matéria. São igualmente alcançados pela indisponibilidade absoluta direitos como o relativo à anotação do contrato de emprego na carteira profissional, não apenas por se tratar de algo que atrai diretamente o interesse público em virtude das conseqüências previdenciárias e tributárias, mas também por estar diretamente vinculado à sua dignidade enquanto pessoa humana.

Agora, por outro lado, e os direitos patrimoniais do trabalhador oriundos do seu contrato de emprego?

De início, é importante estabelecer algumas distinções.

O direito à percepção do salário é um direito indisponível de qualquer empregado, pois não há relação de emprego sem o direito do trabalhador a uma contraprestação salarial, mas o direito a perceber determinado quantitativo de um crédito salarial pode ser objeto de transmissão do trabalhador. Dentro de tal contexto, por exemplo, há disponibilidade quando o mesmo celebra um contrato de empréstimo com uma instituição financeira e o pagamento das respectivas parcelas ocorre por meio de valores descontados do seu salário mensal pelo seu empregador e repassados à entidade por meio do conhecido “consignado”. Não há disponibilidade quanto ao direito de perceber um salário. Mas há disponibilidade sobre o destino dos respectivos valores, ao menos dentro de limites estabelecidos na Lei, e, logicamente, desde que não haja vício no ato de ato vontade envolvendo a alienação do crédito respectivo.

É igualmente importante diferenciar em cada caso concreto aqueles direitos patrimoniais que, inequivocamente, são de titularidade do trabalhador de um lado, e, de outro, aqueles direitos reivindicados por este último mas contestados pelo empregador. Ou seja, é imprescindível distinguir quando existe a res dubia (coisa duvidosa). Nessa hipótese, existe incerteza subjetiva quanto à existência ou não do direito patrimonial. Quando há tal dúvida dentro de um quadro conflituoso ainda não solucionado, envolvendo sujeitos capazes e agindo de boa-fé, há disponibilidade sobre os direitos patrimoniais objeto do conflito, pois a incerteza subjetiva enseja a mitigação de eventuais restrições oponíveis apenas diante da certeza da existência de um direito.

Até aqui, dentro dos limites de tais considerações, já resta evidenciada a falta de sustentação do mito de que todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis. Mas existem mais alguns elementos a considerar, aptos a demonstrar como na prática a invocada indisponibilidade é efetivamente mitigada em ainda maiores dimensões.

Um direito indisponível é um direito irrenunciável, sobre o qual o titular não pode abdicar. Os direitos trabalhistas, entretanto, estão sujeitos ao instituto da prescrição nos moldes do artigo 7º, inciso XXIX, da CR/88. Inclusive a prescrição total de dois anos após o término do contrato. E, assim, a sua inércia, ao não manusear a ação judicial dentro do respectivo lapso temporal, na perda do direito de movimentar a máquina judiciária para buscar a tutela estatal do seu direito.

O simples fato de não apenas os créditos trabalhistas, mas todos os demais direitos laborais (com a exceção prevista no §1º do artigo 11 da CLT, relativo ao registro de anotações na Carteira de Trabalho) estarem sujeitos à prescrição extintiva, já evidencia em si uma relatividade à tese da indisponibilidade.

Mas existe outras questões a considerar.

Se, ao menos no período anterior à vigência da Lei nº 13.467 de 2017, a condenação da parte vencida em honorários de sucumbência é uma exceção nos moldes disciplinados pela Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho, então como justificar a plena admissibilidade de honorários contratuais celebrados por empregados/reclamantes com seus advogados. Se tal prática corresponde, na realidade, a um contrato (mesmo que “de risco”, condicionado ao resultado favorável para sua efetivação) no qual o empregado transmite uma parte ou uma porcentagem do seu (pretendido futuro) crédito ao seu causídico?

Os advogados que representam empregados na Justiça do Trabalho, como regra geral, não atuam pro bono, altruisticamente como voluntários. São profissionais que precisam (e merecem) receber uma contraprestação pelos serviços prestados. Como é comum ao empregado que deseja ingressar com uma ação trabalhista não estar em uma situação financeira confortável ao ponto de adiantar valores a título de honorários contratuais, a prática mais comum é a celebração de um contrato no qual o empregado transfere ao seu advogado a titularidade de parte dos seus pretensos e pleiteados direitos patrimoniais trabalhistas.

Dentro de tal quadro de transmissibilidade e alienabilidade (mesmo daquilo que ainda é certo), há espaço para falar em indisponibilidade absoluta de direitos patrimoniais trabalhistas?

Se tal convite a uma reflexão não é suficiente para derrubar o dogma em questão, então é necessário enfrentar a seguinte realidade: diariamente, milhares e milhares de empregados celebram conciliações judiciais nas quais, com grande frequência, há renúncia explícita a direitos trabalhistas patrimoniais.

Para chegar a um valor que a empresa tenha condições de assumir ou para assegurar que haverá o pagamento de pelo menos uma parcela do valor devido por uma empresa em dificuldades financeiras, são incontáveis os motivos que o juiz do trabalho, com as melhores das intenções e como resultado do seu esforço hercúleo para cumprir a missão constitucional de pacificar com justiça, apresenta para justificar uma homologação de termo de conciliação judicial que, quando tem as suas cláusulas lidas à luz de todos os elementos do processo, refletem uma inequívoca constatação: o empregado teve que abdicar de algo para obter a anuência do empregador e celebrar o acordo judicial.

Uma conciliação judicial celebrada na fase de execução do julgado, por exemplo, quase sempre implica em alguma forma de renúncia do empregado, pois via de regra com tal acordo o respectivo credor abdica de receber 100% daquilo que constava como imutável dentro do respectivo título executivo judicial.

Mesmo o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento acerca da disponibilidade (ao menos em parte) dos créditos do trabalhador. Nesse sentido, as letras da Súmula nº 54 da respectiva alta corte laboral brasileira, ao admitir como lícito o acordo entre um empregador e o seu empregado portador da antiga estabilidade decenal do artigo 492 da CLT, definindo a cessação consensual do contrato de emprego mediante o pagamento de um montante correspondente a pelo menos 60% do valor da indenização por tempo de serviço em dobro:

Rescindindo por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável optante tem direito ao mínimo de 60% (sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite.

Seja na hipótese de conciliações judiciais celebradas na fase cognitiva originária de 1º grau ou derivada de 2º grau, seja no caso de acordos formalizados na etapa executiva da relação processual, é inegável a mitigação da tese da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade de créditos laborais.

Da mesma forma como é correto sustentar que alguns direitos trabalhistas são realmente indisponíveis em absoluto, como aqueles inerentes aos direitos da personalidade do empregado (como o direito à integridade física e à integridade psíquica, por exemplo), é igualmente escorreito afirmar que existem direitos patrimoniais trabalhistas que são (ao menos relativamente) disponíveis, seja em virtude da incerteza subjetiva quanto à sua efetiva integração ao patrimônio laboral do empregado (*res dubia*), seja em face do reconhecimento de que o empregado poderá sim abdicar do mesmo ou transferir a sua titularidade quando lhe for conveniente, conforme reconhecido na prática forense trabalhista e na jurisprudência sumulada dos tribunais do trabalho.

A tese segundo a qual “*todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis*”, assim, simplesmente não encontra amparo como barreira intransponível apta a impedir a admissibilidade de fórmulas extrajudiciais de conflitos trabalhistas.

Agora, o segundo “mito”, para o qual “*somente um juiz do trabalho tem a isenção, a imparcialidade e a independência para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma solução justa*”.

Apenas os integrantes da magistratura do trabalho e mais ninguém? Simplesmente nenhum outro profissional? Todos os demais são vulneráveis, despreparados e/ou desonestos?

A afirmação acerca da exclusividade dessa aptidão, além de corporativa ao extremo, é completamente inadequada à realidade contemporânea.

O legislador de 2015, ao editar o Código de Processo Civil atualmente em vigor (Lei nº 13.105), além de estabelecer o dever do Estado de promover soluções consensuais de conflitos no §2º do artigo 3º do respectivo diploma processual, sedimentou no §3º do mesmo dispositivo que os próprios magistrados (além de advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público) devem incentivar fórmulas alternativas à jurisdição contenciosa, dentro e fora de processos judiciais:

Art. 3º

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Afirmar ser do magistrado o monopólio total da capacidade e da legitimidade para solucionar adequadamente conflitos trabalhistas significa desconhecer tal atribuição estabelecida pelo álbum processual e simplesmente ignorar os milhares de profissionais da mediação e da arbitragem, as centenas de instituições que promovem tais fórmulas de composição de lides e as dezenas de associações que congregam ambos.

A qualidade técnica e a dedicação dos juízes do trabalho não estão sendo questionadas. Ao contrário. Tais predicados, mas outros atributos como uma imensurável dedicação à causa da Justiça e o profissionalismo de nível ímpar são características indiscutíveis dos integrantes da magistratura do trabalho e do Poder Judiciário como um todo. Sem qualquer dúvida.

O que se encontra em discussão é a noção de que tais características são exclusivas do juiz do trabalho. Ou, em outras palavras, se fora da carreira da magistratura inexistem profissionais sérios e probos, capazes e tecnicamente competentes para atuar na solução de lides trabalhistas.

A ideia de que fora do circuito das cortes laborais inexistem profissionais éticos, isentos e preparados para atuar diante de conflitos individuais laborais como árbitros ou mediadores em negociações extraprocessuais é desprovida de elementos de sustentação.

O próprio legislador pátrio, inclusive, expressamente inclui ao lado dos juízes do trabalho mais um profissional como encarregado de compor conflitos trabalhistas: o procurador do trabalho, atuando como árbitro em “dissídios de competência da Justiça do Trabalho”, nos termos do artigo 83, inciso XI, da Lei Complementar nº 75 de 1993. A noção da exclusividade da magistratura na solução de conflitos individuais já encontra uma parede impermeável aqui, pois o dispositivo não distingue entre dissídios individuais e coletivos, admitindo a atuação do procurador como árbitro em qualquer das duas hipóteses.

Mas mesmo saindo da esfera do serviço público e ingressando no campo dos profissionais privados, não há como ignorar a existência de

incontáveis profissionais corretos, preparados e prontos para atuar na composição de conflitos individuais como mediadores e árbitros. Muitos dos quais, inclusive, treinados por escolas judiciais e escolas da magistratura associativas. Muitos, inclusive, com reconhecimento formal (como instituições formadores de conciliadores e de mediadores) outorgado por Tribunais integrantes do Poder Judiciário, conforme previsto na Resolução nº 06 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

É evidente, entretanto, que nem todos os sujeitos que atuam nas fórmulas alternativas à jurisdição contenciosa apresentam as qualidades necessárias a uma atuação ética e bem-intencionada. É certo que existem “profissionais” desleais e que atuam de má-fé em arbitragens fraudulentas e em mediações extrajudiciais. Mas essa é uma lamentável realidade tanto dentro como fora de um processo judicial. Tanto que o legislador de 2015, ao editar a Lei nº 13.105 (Código de Processo Civil atualmente em vigor), teve a preocupação de consagrar no seu artigo 5º uma diretriz normativa cujo teor, se for objeto de uma reflexão crítica, naturalmente levará o cidadão brasileiro a um estado de desconforto, ao se conscientizar de que houve a necessidade de positivar, na letra, da lei uma lição básica e imprescindível na formação ética de todo ser humano: art. 5º “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

No Código de Processo Civil de 2015, não se partiu do pressuposto de que há boa-fé naturalmente na atuação de quem quer que seja dentro do processo. Foi necessário estabelecer na legislação a exigência de assim agir o sujeito.

Em que pese o natural quadro de desconforto gerado por tal constatação, não há como negar que tanto no âmbito do Judiciário como na seara das fórmulas alternativas à jurisdição estatal, como a mediação extrajudicial e a arbitragem, existem em abundância profissionais sérios, competentes, honestos e leais. E tais operadores agem, sim, de boa-fé e comprometidos com a missão de solucionar os conflitos com justiça, estando ou não dentro do quadro funcional do Poder Judiciário.

Suficiente para constatar tal realidade é visitar e conhecer algumas das instituições de renome que atuam na área ou mesmo as câmaras desenvolvidas por meio de convênios oficiais. Existem entidades de indiscutível nível técnico e constituídas por mediadores e árbitros de inquestionável caráter. Tanto que órgãos como tribunais das mais variadas

categorias e mesmo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, conscientes da qualidade desses pacificadores além da magistratura, apoiam iniciativas envolvendo esses meios alternativos de solução de conflitos.

Mas e aqueles “profissionais” que não revelam essas características próprias de um alto padrão ético? E quando é constatada a falta de boa-fé de sujeitos que participam das vias alternativas?

Da mesma forma como um juiz se submete a mecanismos de controle sobre sua atuação judicante (seja por meio do controle externo exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, seja de forma *interna corporis* pelo sistema recursal, pela Ouvidoria do seu tribunal ou por intervenções preventivas ou remediativas do órgão da Corregedoria ao qual se encontra vinculado), é igualmente prudente que o terceiro que atua em fórmulas extrajudiciais de solução de conflitos, como o mediador ou o árbitro, também seja submetido a alguma forma de fiscalização e controle como forma de evitar abusos e arbitrariedades.

Como promover tal supervisão e policiamento de profissionais que atuam fora da estrutura do Poder Judiciário? A formação de câmaras de mediação e arbitragem por meio da celebração de convênios oficiais com Tribunais Regionais do Trabalho, por exemplo, será uma excelente iniciativa. Com a constituição e desenvolvimento de câmaras sendo submetida à prévia e constante avaliação de um tribunal, as pessoas e as entidades privadas que atuam nas vias alternativas estariam submetidas a alguma forma de controle de qualidade do serviço prestado à população. A criação de cadastros oficiais para esses profissionais e suas entidades, a instituição de técnicas de avaliação de desempenho do mediador/árbitro e da satisfação dos litigantes com a sua atuação (com a conseqüente possibilidade de eventual “exclusão” das câmaras e dos cadastros oficiais de profissionais considerados como inadequados, por exemplo), de igual forma, representam interessantes mecanismos de fiscalização do desempenho ético dos envolvidos. São variadas as fórmulas de materialização dessa fiscalização e supervisão, que podem ser praticadas pelos órgãos oficiais que executam os convênios ou mantêm os cadastros e/ou por entidades independentes instituídas para realizar esse tipo de monitoramento.

Se mesmo um magistrado, integrante do Poder Judiciário, encontra-se submetido a múltiplas formas de vigilância e controle de seu desempenho, não parece desarrazoado admitir alguma forma de fiscalização e avaliação da atuação daqueles profissionais que optam colocar seus

serviços à disposição dos cidadãos interessados nas vias alternativas à jurisdição estatal.

Ademais, na hipótese de uma das partes (empregado ou empregador) entender que ocorreu fraude e/ou má-fé na fórmula extrajudicial adotada para solucionar determinado conflito, poderá recorrer à via judicial para questionar desde a opção (para demonstrar eventual vício de vontade na escolha) até alguma ilicitude no procedimento e/ou na solução final. Mesmo no caso da arbitragem, quando a intervenção estatal decorrente da propositura de uma ação judicial se restringe a um campo muito estreito de cognição, haverá sempre a possibilidade da parte prejudicada desafiar a validade da convenção arbitral ou, sendo essa considerada válida, ou tentar afastar um árbitro suspeito ou impedido ou, ao menos, conseguir a invalidação de ato do árbitro contrário ao devido processo legal, nos termos dos artigos 20, §2º, e 33 da Lei nº 9.307 de 1996.

De qualquer forma, a escolha pelos serviços desses profissionais fora do Judiciário deve ser reconhecida como uma opção válida e legítima de solucionar conflitos individuais trabalho. Daí o próprio estímulo estatal, consagrado no artigo 3º, §3º, do diploma processual civil de 2015 (anteriormente destacado), estabelecendo que os próprios juízes (bem como os advogados, os membros do ministério público e os defensores públicos) devem incentivar as fórmulas consensuais de composição, tanto durante a disputa judicial como antes da judicialização da questão, consagrando a idéia de uma verdadeira Justiça “multiportas”.

Profissionais antiéticos, desleais e de má-fé existem em todos as áreas, em todos os ofícios. Os mesmos devem ser combatidos com vigor. Existem, entretanto, (muitos) mediadores e árbitros éticos, competentes, honestos e capazes de atuar de forma imparcial, isenta e independente na solução extrajudicial de conflitos. E quando surgirem eventuais problemas, existem instrumentos aptos a corrigir os desvios pontuais.

Resta sem sustentação, assim, a segunda “lenda” (*somente um juiz do trabalho tem a isenção, a imparcialidade, a independência e a autoridade moral para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma composição justa*).

Ao exame crítico do terceiro “mito”: *o uso intenso de vias alternativas implicará no eventual esvaziamento da Justiça do Trabalho*.

Esvaziar, não. “Desinchar”.

O crescente uso da mediação e da arbitragem certamente não vai esvaziar a função jurisdicional da Justiça do Trabalho. Poderá, isso sim, ajudar esse ramo do Judiciário a “desinchar”, diminuindo o número impressionante, verdadeiramente absurdo, de ações trabalhistas ajuizadas anualmente nos órgãos jurisdicionais.

No ano de 2016, segundo os dados disponibilizados pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho – CEPTST¹, foram ajuizadas perante os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho um total de 2.746.214 ações trabalhistas ... e julgadas 2.687.198 durante o mesmo período. Se consideradas as 1.572 Varas do Trabalho instaladas no Brasil e os 3.144 juízes do trabalho (entre titulares e substitutos), tais números geram uma média de 854,7 julgamentos por magistrado em 2016, ou 4,19 julgamentos por dia útil (se considerados 204 dias úteis no ano, número obtido após a subtração dos dias de repouso, de feriados, de férias, recesso, etc.).

Uma média de 4,19 julgamentos por dia útil para cada magistrado. Isso somente no encerramento da fase cognitiva dos processos, ou seja, sem incluir julgamentos incidentais como exceções processuais, nem tampouco julgamento de embargos de declaração e muito menos decisões na fase executiva das demandas.

Os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, por seu turno, receberam entre janeiro e dezembro de 2016 um total de 957.518 processos e julgaram 830.844, segundo dados da CEPTST.

Pela mesma fonte, o Tribunal Superior do Trabalho recebeu um total de 243.447 processos e julgou 270.130, gerando uma média de 10.004,81 processos relatados por cada um dos seus 27 ministros durante o respectivo período ou, para ser ainda mais preciso, uma média de 49,04 processos relatados por cada ministro por dia útil (novamente considerando 204 dias úteis no ano de 2016).

Um quantitativo realmente estarrecedor e que cresce a cada dia, pois os números (ainda incompletos) do ano de 2017 indicam um aumento sólido na litigiosidade trabalhista.

A Justiça do Trabalho, por maior que sejam os esforços dos seus integrantes, enfrenta sérias dificuldades para superar esses obstáculos quantitativos e cumprir a sua missão jurisdicional de entregar uma resolução

¹ Site: <http://www.tst.jus.br/estatistica-tst>

judicial adequada, entregando aos jurisdicionados que a procuram a devida prestação para solucionar os conflitos oriundos das relações de trabalho.

São demandas em números excessivos para julgadores (e servidores) em números insuficientes e tal realidade estrutural representa um desafio à garantia constitucional do direito do cidadão a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Política de 1988).

Ameaça real à Justiça do Trabalho, na realidade, é a perda de sua legitimidade diante da sociedade em face à demora excessiva não apenas para solucionar o conflito na fase cognitiva (tanto na etapa primitiva de 1º grau como na etapa derivada da fase recursal), como especialmente entregar a tutela jurisdicional na fase executiva.

Pautas de audiências longas e distantes. Sentenças em atraso. Recursos lentos ou mesmo estagnados. Execuções sem fim.

E os efeitos sobre os jurisdicionados? Insatisfação. Frustração angústia Sentimento de abandono.

E essa realidade não é peculiar à Justiça do Trabalho. E tampouco ao Brasil.

Richard M. Calkins e Fred Lane, dois norte-americanos considerados como os mais renomados especialistas do mundo em mediação de conflitos, enfatizam os efeitos nocivos da alta litigiosidade nos Estados Unidos:

Today's judicial leaders are concerned because of the increasing case load placed upon our courts which make it even more difficult for the system to maintain the high ideals our forefathers envisioned. Courts in some regions of the country are being stretched to the breaking point because of case overload, long delays and rising costs. They are concerned that the system more and more leaves the parties dissatisfied, often feeling abused or unrequited, and many more times worse off than when they began the litigation process. (LANE; CALKINS, 2010)²

Na Justiça do Trabalho no Brasil, a principal causa dessas mazelas que corroem a imagem de “Justiça Eficiente” que sempre a marcou é o número

² Tradução livre: Os líderes do judiciário de hoje estão preocupados por causa do crescimento do número de causas ajuizadas perante os nossos órgãos jurisdicionais, que torna ainda mais difícil manter os altos ideais vislumbrados pelos nossos antepassados. Cortes em algumas partes do país estão sendo “esticadas” até o ponto de arrebentar por causa do excesso de casos, longas demoras e custos crescentes. Eles estão preocupados em virtude do fato de que o sistema deixa as partes mais e mais insatisfeitas, muitas vezes sentindo-se vítimas de abusos ou de desconsideração, e até em situações muitas vezes pior de quando iniciaram o processo judicial.

excessivo de conflitos trabalhistas submetidos diariamente a seus órgãos. Um quantitativo muito, muito além da sua estrutura e do notável esforço dos seus membros, magistrados e servidores.

A litigiosidade é tão alta e de tal intensidade que simplesmente não há como acompanhar esses números acima relatados.

O estímulo aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos individuais, dentro desse cenário, não representa uma ameaça ao Judiciário em geral e à Justiça do Trabalho em particular. Pelo contrário. As vias extrajudiciais devem ser compreendidas como “parceiras” do Judiciário.

Com o estímulo às vias alternativas como a mediação extrajudicial e a arbitragem, haverá uma natural redução do quantitativo de ações propostas e um aumento no tempo disponível para o magistrado se dedicar a cada causa.

A fórmula é simples: menos causas = mais tempo para se dedicar às causas existentes = maior a efetividade da prestação jurisdicional.

Mesmo considerando que, na hipótese da introdução de uma atividade jurisdicional voluntária antes inexistente (como é o caso de homologação de acordos extrajudiciais) poderá surgir um pontual aumento imediato no número de processos ajuizados, a menor complexidade (via de regra) dessa modalidade de causa (que impõe uma atividade cognitiva mais restrita) compensará o acréscimo inicial e eventualmente ensejará uma redução geral no número de ações cognitivas.

Nessa perspectiva, os caminhos alternativos à jurisdição estatal devem ser considerados como fórmulas capazes de auxiliar o Judiciário, diminuindo o volume de demandas ajuizadas e conseqüentemente aumentando a sua capacidade de prestar a tutela judicial aos jurisdicionados que, necessária e inevitavelmente, sempre recorrem à Justiça do Trabalho.

Para o combate a mazelas que transcendem a esfera trabalhista e atingem toda a sociedade, como o trabalho análogo a de escravo, a exploração do trabalho infantil, a violação a regras de segurança e saúde no ambiente de trabalho, será sempre imprescindível a atuação da Justiça do Trabalho.

Para os dissídios coletivos quando sem êxito a negociação ou a arbitragem, para ações coletivas propostas pelo Ministério Público do Trabalho ou entidades sindicais defendendo interesses transindividuais, a presença da Justiça do Trabalho sempre exigida.

Para os dissídios individuais envolvendo direitos trabalhistas realmente indisponíveis como os inerentes aos direitos da personalidade do trabalhador como o direito à integridade física e à integridade psíquica, será imperiosa a atuação da Justiça do Trabalho.

Para as ações individuais com objetos relevantes como uma demanda na qual se discute a existência de uma justa causa para a dispensa do empregado estável. E mais ainda num inquérito judicial envolvendo um dirigente sindical acusado de ter praticado uma falta grave. Em cauções de tal natureza, a Justiça do Trabalho será sempre imprescindível.

E naquelas incontáveis reclamationárias nas quais uma ou ambas as partes simplesmente não desejaram recorrer às vias alternativas, será a Justiça do Trabalho que estará presente para dirimir o conflito e assegurar a composição da lide.

Sempre haverá causas para as quais a Justiça do Trabalho será indispensável, e outras tantas nas quais a sua presença será usualmente imposta por ao menos um dos litigantes.

O uso das vias alternativas não vai esvaziar o Judiciário Trabalhista, mas apenas “desinchar” essa Justiça do Trabalho tão sobrecarregada de demandas.

Dentro deste contexto, é importante ressaltar que a diminuição do número de ações trabalhistas não implicará numa redução da sua importância enquanto ramo do Judiciário.

A importância da Justiça do Trabalho não deve ser medida pela grandeza do número de causas julgadas.

A grandeza da Justiça do Trabalho deve ser medida pela importância das causas julgadas.

É assim que deve ser encarada a sua realidade diante das vias alternativas à jurisdição contenciosa estatal.

Superado, assim, o terceiro e último “mito” enfrentado: uso intenso de vias alternativas implicará no eventual esvaziamento da Justiça do Trabalho.

Agora, um exame das propostas do legislador de 2017, assentadas na Lei nº 13.467, a chamada Lei da Reforma Trabalhista.

3. Reforma trabalhista (Lei n.º 13.467 de 2017) e caminhos alternativos à Justiça do Trabalho: a importância da exigência de um alto padrão ético

A Lei nº 13.467 de 2017 foi concebida com o intuito de promover uma Reforma Trabalhista de grandes dimensões, alterando alguns institutos clássicos do Direito Trabalho e introduzindo uma série de inovações institucionais tanto no âmbito do direito material como na seara do direito processual do trabalho.

Duas dessas novidades inseridas no modelo processual trabalhista interessam diretamente ao objeto do presente estudo.

Primeiro, a inclusão na CLT do Artigo 507-A, tratando da admissibilidade de cláusula compromissória de arbitragem.

Segundo, o acréscimo ao Título X da CLT (DO PROCESSO JUDICIAL DO TRABALHO) de um novo capítulo, o III-A, intitulado DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL, com os artigos 855-B a 855-E.

O legislador de 2017, destarte, expressamente inseriu por meio da denominada “Reforma Trabalhista” dispositivos tratando de duas fórmulas alternativas à jurisdição contenciosa exercida pela Justiça do Trabalho.

Foi uma opção do legislador que, apesar de, desde a tramitação do projeto, enfrentar ruídos de oposição por parte daqueles contrários ao uso dos caminhos alternativos à jurisdição estatal para a composição de conflitos individuais do trabalho, decidiu enfrentar a resistência e insistir nas medidas inovadoras.

E, conforme exposto no item anterior, os dados empíricos examinados favorecem a tese da utilidade prática dessas vias alternativas.

Os argumentos que constituem os fundamentos dos três “mitos” contrários ao uso dos caminhos alternativos à jurisdição contenciosa trabalhista foram devidamente examinados e superados mediante constatações extraídas da realidade prática das relações laborais.

Nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis, não servindo a tese da indisponibilidade para genericamente afastar a admissibilidade à arbitragem ou à mediação extrajudicial. Os direitos realmente indisponíveis, como os relativos aos direitos à integridade física e psíquica do empregado, efetivamente não podem ser submetidos a essas vias. Mas quanto aos direitos laborais de natureza patrimonial, especialmente (mas não apenas) quando existente a *res dubia* no conflito com o empregador, é perfeitamente admissível qualquer uma das duas vias alternativas sugeridas pelo legislador de 2017.

O juiz do trabalho não é o único sujeito com isenção, imparcialidade e independência para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma composição justa. Existem profissionais fora dos quadros da magistratura com tais predicados. E quando as vias alternativas estiverem sendo manipuladas por quem não guarda tal perfil, existem instrumentos para corrigir as eventuais distorções. E nisso o próprio legislador de 2017 contribuiu decisivamente ao menos no âmbito da mediação extrajudicial, ao condicionar a homologação de acordo judicial a uma análise prévia do juiz do trabalho como forme de controle da atuação do mediador.

O uso intenso das vias alternativas não vai implicar no esvaziamento da Justiça do Trabalho. Ao contrário, deverá contribuir para o seu fortalecimento. Quando visto como instrumentos de “parceria”, destinados a reduzir o número de ações contenciosas para diminuir a sobrecarga gerada pelo número excessiva de ações decorrentes da alta litigiosidade, a mediação extrajudicial e a arbitragem de conflitos individuais trabalhistas nos termos propostos pelo legislador de 2017 se apresentam como fórmulas de solução que vão compartilhar com a atividade jurisdicional contenciosa do Judiciário Trabalhista a responsabilidade pela solução de litígios laborais e ao naturalmente diminuir o quantitativo de demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho, aperfeiçoar a atuação desta última.

A chave para o funcionamento adequado dessas vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho, na realidade, reside em algo que legislador algum pode impor por mais que formalize a exigência na letra da lei: a exigência de um alto padrão ético para todos os envolvidos, desde as partes em conflito (empregado e empregador) e seus respectivos representantes (como os advogados), até o terceiro que intervém na relação conflituosa com o objetivo de a solucionar, seja com poder de decisão (como o árbitro), seja com mera atuação de coordenação (como o mediador).

Como acentua João Maurício Adeodato, a ética constitui uma das principais dimensões ontológicas do ser humano, e não se resume a ser apenas a ideia do correto, mas implica o domínio cognitivo dessa realidade e a concretização daquilo considerado como eticamente adequado: “ética constitui, além da doutrina do bom e do correto, da ‘melhor conduta’, a teoria do conhecimento e realização desse desiderato” (ADEODATO, 2002, p. 185).

Se a Constituição da República estabeleceu logo no seu artigo 1º, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a cidadania, a

dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, é por meio de um caminho enfrentado com ética e boa-fé que o brasileiro conseguirá alcançar esses valores essenciais à sociedade pátria. Sem uma atuação pautada em valores morais intrínsecos a uma vida escorregada, não há como materializar esses objetivos, seja dentro ou fora de um processo judicial. Nessa linha de raciocínio, a discussão de Jurgen Habermas sobre “o bom e o justo” (HABERMAS, 2002, p. 305).

Sem um alto padrão ético dos operadores do Direito, não haverá como promover acesso à justiça, em qualquer uma de suas dimensões. Em havendo uma atuação de boa-fé por parte dos envolvidos na fórmula alternativa de solução de conflitos, seja a arbitragem ou a mediação extrajudicial, não haverá motivo de preocupação com fraudes, com abusos, com ilicitudes (COELHO, 2008).

Dentro de um contexto social de primazia da eticidade entre os participantes da busca por uma solução diante de uma relação litigiosa, tanto a mediação extrajudicial como a arbitragem serão sempre bem vindas.

É a partir dessa premissa que deve ser pautada a defesa da admissibilidade das vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho. E foi com base nessa visão que o legislador de 2017 consagrou dois novos institutos destinados a proporcionar o acesso a tais fórmulas.

A seguir, o exame crítico de cada uma dessas duas inovações propostas pelo legislador de 2017.

4. Cláusula compromissória de arbitragem em sede de conflitos individuais trabalhistas

O artigo 507-A da CLT, inserido pela Lei 13.467 de 2017, apresenta o seguinte texto:

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

O legislador de 2017, assim, preferiu incluir na Lei da Reforma Trabalhista (e, conseqüentemente, inserir no texto da CLT) um dispositivo tratando apenas uma das duas espécies de convenção arbitral previstas no artigo 3º da Lei nº 9.307 de 1996 (Lei da Arbitragem), a da cláusula compromissória, cujo conceito legal é encontrado no artigo 4º da mesma Lei: “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Corresponde, assim, a um acordo consubstanciado em uma cláusula de um contrato principal, na qual as partes expressamente optam pela via da arbitragem caso venha a surgir algum conflito envolvendo o respectivo contrato maior. A escolha da arbitragem como fórmula de composição surge antes do conflito, sendo materializada em uma cláusula especial integrante do respectivo instrumento contratual ou, em sendo à parte, que faça expressa menção ao contrato principal.

A outra espécie de convenção arbitral, o compromisso arbitral, é conceituada no artigo 9º da mencionada Lei da Arbitragem como sendo a “convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Corresponde, por sua vez, a uma modalidade de contrato celebrado após o surgimento da lide, ou seja, primeiro o conflito se materializa e somente depois ocorre a anuência das partes em submeter o mesmo a tal fórmula alternativa.

E tal omissão revela que o legislador de 2017 foi até tímido no particular.

Ao tratar apenas da cláusula compromissória de arbitragem e silenciar acerca da admissibilidade do compromisso arbitral, o legislador deixou de definir uma questão cuja polêmica data de meados da década dos 90 do século passado, quando surgiu a Lei 9.307. Conforme já enfatizado nos itens antecedentes deste estudo, uma forte resistência sempre existiu em relação à admissibilidade da arbitragem como via alternativa à jurisdição trabalhista para composição de conflitos individuais de trabalho.

A jurisprudência dos tribunais do trabalho, seja no âmbito dos tribunais regionais, seja na seara do Tribunal Superior do Trabalho, sempre foi controvertida quanto à admissibilidade do compromisso arbitral como caminho para solucionar lides trabalhistas na esfera individual.

No órgão maior da Justiça do Trabalho, existem decisões admitindo o recurso a tal meio, como revela a presente ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. LEI Nº 9.307/96. CONSTITUCIONALIDADE. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 - a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais - e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea -a- do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Processo: RODC - 32002/2006-909-09-00.3. Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 24/10/2008).

E, de igual forma, podem ser encontradas decisões em sentido contrário, como revela o presente julgado:

ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA.

Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação,

a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Não há falar, portanto, em existência de coisa julgada (Processo Nº TST AIRR-633-96.2013.5.02.0382. Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. 2ª Turma do TST. Data de Publicação: 28.03.2017).

Lamentavelmente, o legislador de 2017 perdeu uma oportunidade para pacificar a matéria e inserir expressamente no texto da CLT a admissibilidade do compromisso arbitral como via de composição de conflitos individuais trabalhistas.

Certamente irá prosseguir, assim, a polêmica, por mais que, *data venia*, os argumentos contrários à sua admissibilidade sejam superáveis nos termos descritos nos itens anteriores ... com especial destaque para a premissa de um alto padrão ético como condição de validade da via escolhida e da existência de métodos de fiscalização e avaliação da atuação dos árbitros atuantes, à semelhança dos mecanismos de supervisão aos quais são submetidos os juízes.

Retornando ao exame do texto do artigo 507-A, outra postura do legislador de 2017 também reduziu o âmbito de admissibilidade da arbitragem como fórmula alternativa de composição de conflitos individuais, ao condicionar a validade da cláusula compromissória a um patamar salarial relativamente alto para padrões brasileiros.

O legislador estabeleceu três requisitos básicos para a validade da cláusula compromissória de arbitragem: a) o empregado precisa perceber remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (como o valor do teto em 2017 é de R\$5.531,31, o empregado terá que perceber remuneração superior a R\$11.062,62); b) a celebração da cláusula seja de iniciativa do empregado ou tenha havido sua expressa autorização; e c) sejam observadas as exigências da Lei 9.307 de 1996 para a validade da cláusula, mas precisamente o estabelecido nos §§1º e 2º do Artigo 4º da respectiva Lei, ou seja, que a cláusula seja formalizada por escrito, em documento anexo ou em negrito no próprio contrato principal (o contrato de trabalho, típico contrato de adesão), e com assinatura específica ou visto especialmente para a cláusula, conforme impõem as letras dos respectivos dispositivos:

Art. 4º

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

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

Satisfeitas essas exigências, a cláusula compromissória terá validade para indicar a fórmula escolhida pelos contratantes (empregado e empregador) para solucionar eventual conflito que venha a surgir entre ambos.

Ao condicionar a validade da opção ao patamar salarial do empregado, o legislador de 2017 optou por caminho diferente daquele escolhido pelo legislador de 2015, quando tentou por meio da Lei nº 13.129/2015, inserir na Lei 9.307 de 1996 (Lei da Arbitragem) o seguinte dispositivo como o §4º do seu artigo 4º:

Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o

empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

O respectivo parágrafo, que condicionava a validade da cláusula compromissória ao posto ocupado pelo trabalhador dentro da empresa, foi objeto de veto presidencial sob o argumento de apresentava um texto impreciso e discriminatório, e, assim, jamais entrou em vigor.

O patamar salarial exigido pelo legislador para autorizar a celebração da cláusula compromissória, deve ser destacado, atinge um padrão superior a imensa maioria dos empregados da iniciativa privada e, assim, o âmbito de sua aplicabilidade será bastante reduzido na prática.

Tal postura do legislador de 2017, por seu turno, certamente foi influenciada pela noção de que, ao menos em tese, apenas um empregado com um padrão salarial mais alto teria condições de negociar com o seu empregador tal opção pela via arbitral no momento da sua contratação ou durante o decorrer do contrato (mas sempre antes do surgimento do conflito, por se tratar da modalidade cláusula compromissória). Como em tais momentos contratuais a maior força econômica do empregador estabelece uma relação de desequilíbrio natural nas relações, apenas com um padrão salarial diferenciada é que seria possível admitir a liberdade adequada à formulação de tal escolha da via alternativa.

Tal noção, mesmo que bem intencionada, não retira a possibilidade do empregado ingressar com uma ação judicial questionando a validade da cláusula compromissória. Podendo alegar, por exemplo, algum vício de vontade.

Duas observações relevantes.

Primeiro, se desejar invalidar a opção pela cláusula compromissória, o empregado deverá ingressar em juízo antes do início do procedimento arbitral, pois a sua anuência com o início da arbitragem provavelmente será interpretada como ato de convalidação de eventual vício anterior.

Segundo, o ônus de provar a existência de causa de invalidação da cláusula compromissória será em princípio do empregado/reclamante, por constituir fato constitutivo do seu direito, salvo se o magistrado aplicar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista na nova redação dada ao artigo 818 da CLT pela Lei nº13.467 de 2017.

O resultado da iniciativa do legislador de 2017 quanto à admissibilidade da arbitragem como fórmula alternativa à jurisdição da

Justiça do Trabalho, por fim, revela uma cautela compreensível, quanto à estipulação de uma série de requisitos de validade para a celebração da cláusula compromissória (especialmente a relativa ao patamar salarial mais elevado), mas igualmente expõe uma timidez excessiva, por não ter o legislador expressamente permitido a via do compromisso arbitral para situações conflituosas não previamente estipuladas em contratos de emprego.

Talvez em outra oportunidade o legislador assumirá tal postura mais “ousada” e, eliminando de vez a controvérsia, deixará definitivamente aberto esse caminho alternativo para ser adequadamente utilizado pelos árbitros (e sujeitos da relação de emprego) que, desde que atuando com um alto padrão ético, se apresentam como aptos a colaborar como a Justiça do Trabalho na composição de conflitos individuais trabalhistas.

Uma outra omissão do legislador se refere à questão da admissibilidade ou não do exercício da arbitragem por equidade no âmbito de conflitos individuais trabalhistas, nos moldes do artigo 2º da Lei nº 9.307 de 1996. Não há nenhuma menção na Lei nº 13.467 de 2017 e, assim, em face tal inércia, certamente deverá prosseguir essa controvérsia (secundária em relação à polêmica maior acerca do cabimento da via do compromisso arbitral). Agora, quanto ao tema em destaque, para aqueles que defendem a admissibilidade ampla da convenção arbitral, tanto na forma da cláusula compromissória como por meio do compromisso arbitral, é evidente que fica mais coerente o reconhecimento do direito das partes optarem por atribuir ao árbitro amplo poder de decidir com base em princípios gerais e regras consuetudinárias.

Essas polêmicas, ao menos por ora, continuarão a existir. Caberá à jurisprudência dos tribunais do trabalho aos poucos definir esses limites, ante o silêncio do legislador de 2017.

Concluídas essas observações, resta a análise da via da mediação extrajudicial.

5. Mediação de conflitos individuais e homologação de acordo extrajudicial

A outra inovação instituída pela Lei 13.467 de 2017 no âmbito das vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho envolve o exercício pelos juízes de trabalho de uma jurisdição voluntária por meio da

homologação de acordos extrajudiciais envolvendo conflitos individuais trabalhistas.

Na realidade, tal técnica não pressupõe, necessariamente, uma mediação extrajudicial de conflitos. O legislador de 2017 se refere apenas a “acordo extrajudicial”, sem impor a obrigatoriedade de uma prévia mediação. E, conforme anteriormente destacado, uma transação pode ser obtida pelas partes com ou sem a assistência de um terceiro.

Nas letras do artigo 165, §3º, do CPC de 2015, a mediação envolve necessariamente um terceiro que intervém na relação conflituosa para auxiliar os “... interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. É possível, contudo, que o acordo extrajudicial seja produzido por meio uma autocomposição não assistida, ou seja, por um pacto celebrado sem qualquer intermediário entre os litigantes. Nesse sentido, a forma de manifestação de jurisdição voluntária prevista na Lei da Reforma Trabalhista pode ser utilizada para simplesmente chancelar um acordo obtido pelas partes diretamente, fora da esfera judicial e sem qualquer intermediação de um terceiro.

Na prática, contudo, a própria disciplina normativa adotada pelo legislador de 2017 estimula o caminho à mediação extrajudicial, mesmo considerando o teor do parágrafo único do artigo 42 da Lei nº 13.140 de 2015 (Lei da Mediação): “a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”.

Em outras palavras, mesmo havendo a previsão na Lei de Mediação de que a disciplina da mediação em questões trabalhistas será objeto de uma lei específica, não há como impedir a prática dessa fórmula consensual de solução de conflitos diante da previsão na Lei nº 13.467 de 2017 de um processo de jurisdição voluntária por meio do qual os interessados em transacionar podem buscar a formação de uma coisa julgada pela homologação de um acordo, celebrado extrajudicialmente mas homologado por um juiz do trabalho ao final do procedimento.

Como será examinado adiante, a exigência estabelecida para a validade do uso dessa fórmula de jurisdição administrativa (ou seja, não contenciosa), segundo a qual cada parte deve ser representada pelo seu próprio causídico, sendo vedada a figura de um advogado comum às partes, induz à procura da intermediação de um terceiro para conduzir a negociação

entre as partes. É natural, assim, que haja uma tendência e buscar o consenso por meio da participação de um terceiro como elo entre os envolvidos no conflito que se busca solucionar pacificamente ... e assim surge a mediação extrajudicial.

Tal fórmula consensual de compor conflitos, assim, pode envolver como intermediário do acordo um profissional da mediação de confiança tanto do empregado como do empregador, ou mesmo uma instituição especializada em na respectiva atividade, inclusive núcleos intersindicais e mesmo as já mencionadas comissões de conciliação prévia.

Para alguns doutrinadores, o processo de homologação de acordos extrajudiciais representa uma das propostas mais ambiciosas do legislador de 2017. (SILVA, 2017, p. 165).

A primeira providência do legislador de 2017, para evitar qualquer problema envolvendo questões de competência, foi inserir a alínea “f” no elenco do artigo 652 da CLT: “compete às Varas do Trabalho decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

Com tal medida, o legislador deixou em clarividência que o juiz do trabalho agora tinha ampliado a sua esfera de atuação para incluir mais essa manifestação de jurisdição voluntária da Justiça do Trabalho, ao lado de três outras hipóteses, ambas de rara incidência: a) a homologação de opções retroativas pelo sistema do FGTS de empregados que antes da CR/88 eram “não-optantes” (artigo 14, §4º, da Lei 8.036 de 1990); b) a homologação de pedidos de demissão de empregados estáveis na ausência de sindicato (artigo 500 da CLT); e c) a homologação, por juiz do trabalho, de instrumento autorizando o levantamento pelo empregador de depósitos do FGTS recolhidos em uma conta vinculada de um empregado transferido para o exterior, para fins de dedução de eventual pagamento previsto na legislação do país no exterior no qual ocorreu a prestação de serviços, em caso dessa mesma legislação alienígena considerar o período laboral durante a transferência como objeto de um contrato autônomo ao final do qual terá que ocorrer a “liquidação” de direitos decorrentes da respectiva cessação (artigo 9º da Lei nº 7.064 de 1982).

A competência para homologar, nos termos do dispositivo transcrito, abrange tudo incluindo dentro da competência material da Justiça do Trabalho, englobando todo o elenco de incisos do artigo 114 da CR/1988.

O novo Capítulo III-A do Título X da CLT, destinado a disciplinar o “PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL” apresenta uma estrutura bastante simplificada.

O *caput* do artigo 855-B estabelece apenas as exigências para a instauração do processo, exigindo que a peça vestibular seja uma petição conjunta apresentada e que as partes estejam representadas por advogados, vedando o *ius postulandi*: “o processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado”.

Os dois parágrafos do artigo 855-B, por seu turno, estabelecem que cada parte deve constituir seu próprio advogado, sendo proibida a atuação de um mesmo causídico para representar ambas as partes, e que, se o empregado assim optar, poderá ser assistido pelo advogado da entidade sindical da sua categoria: “§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum; § 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria”.

Na disciplina dos respectivos dispositivos, novamente se torna visível uma certa cautela do legislador, que impôs a presença de advogados distintos para as partes e vedou a representação de ambos por um advogado comum, como forma de assegurar maior independência na defesa dos interesses de cada um dos sujeitos ... sendo recomendável apenas averiguar em cada caso se existe ou não alguma forma de sociedade ou parceria eventual entre os causídicos, para evitar fraudes.

O artigo 855-C, por sua vez, apenas deixou claro que o processo de homologação de acordo extrajudicial em nada afeta os prazos do §6º e a multa do §8º do artigo 477 da CLT: “o disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação”.

O processo de homologação de acordo extrajudicial não serve apenas para composições envolvendo empregados cujos contratos foram encerrados. Mas se o caso for este, a disciplina do artigo 855-C certamente estimulará o empregador a proceder, simultaneamente, com a homologação do termo de resilição contratual ou, ao menos, proceder ao depósito do valor dos títulos decorrentes da terminação contratual como forma de evitar a incidência da sanção pecuniária prevista no §8º do artigo 477 (SILVA, 2017, p. 167).

E, deve ser destacado ainda, a “necessidade” dessa nova fórmula alternativa à jurisdição contenciosa nem sempre decorre da vontade espontânea dos sujeitos que celebraram o acordo no âmbito extrajudicial, fato que acentua ainda mais o seu caráter jurisdicional. Em algumas hipóteses, o recurso à jurisdição voluntária pode derivar de uma imposição legal decorrente de situação alheia à vontade dos interessados, conforme já demonstrado na menção à hipótese do artigo 9º da Lei nº 7.064 de 1982.

Pode ocorrer a necessidade de se obter a homologação de um acordo extrajudicial celebrado pelo empregador com os sucessores legais de um empregado falecido, por exemplo, simplesmente para se obter a autorização judicial do levantamento de valores anteriormente depositados em nome do *de cujus*, uma vez que a simples transação extrajudicial não implicará automaticamente em tal liberação. (SOUZA JÚNIOR; *et al*, 2017, p. 441).

É artigo 855-D, no entanto, que apresenta a essência do rito especial do processo de homologação de acordo extrajudicial “no prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença”.

O procedimento, de simplicidade aparente mas que pode se desenvolver com alguma complexidade dependendo das peculiaridades do caso, estabelece o seguinte protocolo a ser cumprido dentro do prazo (exíguo) de apenas 15 dias:

distribuída a petição, que deverá conter no seu corpo ou em anexo o instrumento do acordo cuja homologação é pretendida, o magistrado exerce um juízo de admissibilidade sobre a ação e, sendo admitida, em seguida procede a um exame acerca do teor do pacto extrajudicial; analisado o instrumento, o magistrado passa a ter três opções: a) pode proferir sentença indeferindo o pedido de homologação, caso que entenda que haja motivo para a rejeição, devendo fundamentar de modo claro e preciso a sua decisão; b) pode proferir sentença homologando o acordo, caso entenda que todos os requisitos de validade do negócio jurídico foram atendidos; e c) pode designar audiência de justificação e eventual instrução, caso entenda necessária diligências de tal natureza para melhor esclarecer a matéria objeto do acordo, e, em seguida, proferir uma sentença nos moldes de uma das letras anteriores.

Rito processual em princípio simples. Mas que pode se tornar complexo, dependendo do caso.

Quinze dias para cumprir todas as etapas? Mesmo considerando como quinze dias úteis, conforme a nova sistemática introduzida pela Lei nº 13.467 de 2017, ainda assim é um lapso temporal bastante reduzido. Na prática será muito difícil atender à postura otimista do legislador quando à celeridade do protocolo judicial.

Será possível homologar apenas parte do acordo?

Em princípio sim. Mas dentro de determinados parâmetros de razoabilidade. O magistrado pode, assim, não homologar uma parte do acordo que envolva alguma ilicitude (uma cláusula dispensando o empregador de anotar a CTPS do empregado, por exemplo) ou que dar quitação de um contrato de dez anos de vigência mediante o pagamento de uma quantia evidentemente desproporcional. Mas não será razoável, por outro lado, o juiz homologar apenas as cláusulas do acordo que favorecem uma das partes e negar a homologação das cláusulas que favorecem a outra, quando é óbvio que as partes fizeram concessões recíprocas para chegar a um denominador comum.

De qualquer modo, o magistrado deverá fundamentar a sentença, inclusive observando as exigências do §1º o artigo 489 do CPC de 2015. E, caso haja indeferimento total ou parcial do pedido de homologação, caberá recurso ordinário de tal decisão, a ser interposto por qualquer uma das partes interessadas.

Em ocorrendo a homologação do acordo conforme postulado na petição que deu início ao processo de jurisdição voluntária, somente caberá recurso em uma única hipótese: apelo do INSS, à semelhança do previsto no artigo 831, parágrafo único da CLT, para o termo de conciliação judicial, uma vez que a autarquia previdenciária poderá constatar, após ser devidamente intimada da sentença homologatória da quitação de créditos de natureza indenizatória, a existência de irregularidades envolvendo recolhimentos previdenciários.

O último artigo do Capítulo III-A, por fim, se limita a tratar dos efeitos do processo de homologação de acordo extrajudicial sobre a prescrição, estabelecendo eu haverá a suspensão do prazo prescricional quanto aos direitos discriminados no negócio jurídico, retornando o seu fluxo normal no dia útil subsequente ao do trânsito em julgado da sentença que negou a pretensão homologatória.

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

O parágrafo único igualmente destaca, merece ser destacado, que após o exaurimento do prazo recursal haverá o trânsito em julgado da sentença. O efeito da *res iudicata* certamente será almejado por ambos os interessados na homologação, uma vez que estabelece a imutabilidade da decisão homologatória, que então somente poderá ser desconstituída mediante ação rescisória, da mesma forma como um termo de conciliação judicial.

O processo de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial poderá ser um forte incentivo à adoção da mediação extraestatal de conflitos trabalhistas. Como o respectivo processo permite a obtenção dos efeitos da coisa julgada mediante a homologação por sentença do acordo, haverá um natural estímulo àqueles que não desejam passar pelo tormento de um processo contencioso mais longo.

Funcionará? Haverá harmonia entre juízes e mediadores? Serão parceiros ou adversários?

Dependerá de dois fatores subjetivos de grande relevância. Um alto padrão ético dos mediadores, que assim podem se tornar importantes aliados dos juízes do trabalho. E a receptividade destes últimos à respectiva via alternativa à jurisdição estatal.

Afirma o professor Richard Calkins:

As the need for change has become more apparent, mediation has emerged as a form of dispute resolution which assists the courts and the judicial system in addressing these concerns. Mediation is a processo which not only resolves differences in a gentler way, but enables the parties to replace turmoil with peace and anguish with healing. It is a process which gives the entire judicial system a more human character. It seeks to downplay the adversarial nature of

the judicial system replacing it with a process which encourages the parties to work together to a common end. (LANE; CALKINS, 2010)³

Se os mediadores tiverem consciência de como podem contribuir decisivamente para o aperfeiçoamento da Justiça do Trabalho. E se os magistrados trabalhistas compreenderem o seu papel definidor na reconquista da legitimidade de sua atuação perante toda a sociedade, hoje abalada pela incapacidade de enfrentar um volume colossal de demandas. Aí sim o Judiciário do Trabalho vai estar fortalecido para enfrentar qualquer ameaça. Com a resiliência capaz de superar qualquer adversidade.

6. Primeiras Conclusões

É inegável a existência de uma forte resistência às vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho, como a arbitragem e a mediação extrajudicial, como fórmulas de composição de conflitos individuais entre empregados e empregadores.

Desde argumentos clássicos como a indisponibilidade absoluta dos direitos do trabalhador, até posturas corporativistas como as que defendem que apenas um juiz do trabalho se revela apto a interceder nos litígios individuais e alcançar composições justas, passando por previsões catastróficas de esvaziamento da Justiça do Trabalho caso as fórmulas alternativas sejam utilizadas de forma mais, variadas são as razões apontadas pelos misoneistas resistentes às novas fórmulas compositivas de lides laborais.

Esses “mitos” precisam ser superados.

Nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis, sendo os direitos laborais de natureza patrimonial diariamente alvo de negociação diante dos olhos dos próprios juízes do trabalho em conciliações judiciais, de modo que, com exceção daqueles verdadeiramente inalienáveis e irrenunciáveis como os inerentes ao direito à integridade física e psíquica,

³ Tradução Livre: Como a necessidade de mudança tem se tornada mais aparente, a mediação tem surgido como uma forma de resolução de disputas que assiste às cortes e ao sistema judicial em enfrentar essas preocupações. A mediação é um processo que não apenas resolve diferenças de uma forma mais suave, mas também habilita as partes para trocar o antagonismo com a paz e substituir a angústia pela cura. É um processo que proporcionar ao sistema judicial como um todo um perfil mais humanista. A mediação procura diminuir a natureza adversarial do sistema judiciário, o substituindo com uma fórmula que encoraja as partes a trabalharem juntas para alcançar um fim comum.

é forçoso reconhecer a mitigação da indisponibilidade, especialmente quando presente a incerteza subjetiva própria das lides (*res dubia*).

O magistrado do trabalho não detém o monopólio da capacidade, independência e legitimidade para compor conflitos individuais trabalhistas, existindo um considerável número de profissionais aptos a desempenhar com dignidade, isenção, autonomia e honestidade as funções de mediadores e árbitros em tal seara. O que não exclui a possibilidade de, à semelhança daquilo que ocorre com os juízes, ser implementado algumas técnicas de supervisão e fiscalização desses pacificadores com o intuito de evitar fraudes e eventualmente excluir dessa prática pessoas inaptas às exigências técnicas e éticas das respectivas funções.

A formação de câmaras de arbitragem e de mediação extrajudicial por meio de convênios oficiais celebrados por Tribunais do Trabalho, incluindo a previsão de atividades fiscalização pelos mesmos órgãos do Judiciário que supervisionam a atuação de magistrados, bem como a avaliação periódica do desempenho dos mediadores e árbitros, são apenas alguns exemplos de formas interessantes e adequadas para assegurar a eticidade dos participantes e a liciedade das próprias fórmulas alternativas.

O recurso à mediação e à arbitragem não irá esvaziar a Justiça do Trabalho, mas sim “desinchar” os seus órgãos, absolutamente sobrecarregados diante do número descomunal de ações trabalhistas ajuizadas todos os dias, podendo assim fortalecer e aperfeiçoar esse ramo do Judiciário, permitindo melhores condições para o desempenho de sua relevante missão social, absolutamente imprescindível à consecução dos valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Para o funcionamento adequado das fórmulas alternativas à jurisdição contenciosa estatal, o mais importante é a exigência de um alto padrão ético por parte de todos os sujeitos participantes dessas técnicas. Com mediadores e árbitros éticos e competentes, agindo sempre de boa-fé, não há razão para ter receio dessas vias alternativas que devem ser consideradas como verdadeiras “parceiras” da Justiça do Trabalho.

As inovações legislativas trazidas pela Lei nº 13.467 de 2017, por sua vez, podem contribuir para o fortalecimento do Judiciário Trabalhista nesse sentido.

A inserção do artigo 507-A na CLT vai permitir a um número bastante reduzido de trabalhadores a possibilidade de incluir uma cláusula

compromissória de arbitragem no seu contrato de trabalho, tendo o legislador agido de forma bastante cautelosa, até tímida, na introdução de tal instituto, condicionando a validade da cláusula a uma série de exigências, dentre as quais a de perceber o trabalhador um salário consideravelmente alto, superior ao correspondente a duas vezes o teto dos benefícios da previdência social.

Houve omissão do legislador, por outro lado, ao não estipular expressamente a admissibilidade da outra espécie de convenção de arbitragem, o compromisso arbitral, próprio para aqueles que desejam optar pela arbitragem após o surgimento de um conflito. Tal silêncio implicou, assim, na perda de uma excelente oportunidade para definir a questão, ainda polêmica nos tribunais, que poderia ter sido objeto de uma disciplina própria, com eventual inclusão de mecanismos de monitoramento da atuação dos árbitros, à semelhança das medidas de controle sobre a atuação dos magistrados. Mas tal inércia poderá ser superada em outra oportunidade.

E, por fim, a introdução do processo de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial certamente dará um impulso à mediação de conflitos individuais trabalhistas. E com uma vantagem sobre a disciplina envolvendo a via arbitral: ao condicionar a formação da coisa julgada material à homologação pelo juiz do trabalho, instituiu um mecanismo de controle sobre a atuação dos mediadores, tão importante quando os instrumentos de fiscalização sobre a atuação do próprio magistrado.

Com um procedimento em princípio bastante simples, o processo de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial é iniciado com a exigência de instauração por uma petição conjunta, mas a representação judicial de cada parte terá que ser por advogado próprio. Em seguida, são desenvolvidas uma fase de admissibilidade da pretensão e outra de análise do acordo com a possibilidade de ser designada sessão de audiência para fins de esclarecimentos de eventuais dúvidas do magistrado, finalizando com uma etapa decisória na qual o juiz sentenciará definindo se homologará ou não o acordo, com o dever de fundamentar adequadamente essa decisão.

A sentença, por fim, poderá ser desafiada por meio de recurso ordinário por qualquer das partes se não ocorrer a homologação ou se esta for parcial, e, excepcionalmente, poderá ser hostilizada pelo INSS em caso afeto às contribuições previdenciárias. Uma vez transitada em julgada, a

sentença formará a coisa julgada almejada pelas partes como forma de garantia de segurança jurídica quanto aos termos do acordo homologado.

Novas técnicas, novos procedimentos. E talvez uma realidade diferente para a Justiça do Trabalho na sua árdua missão de solucionar um número verdadeiramente impressionante de conflitos trabalhistas.

Como serão desenvolvidas as fórmulas de solução de conflitos individuais trabalhistas com essas inovações trazidas pela Lei 13.467 de 2017?

Difícil afirmar com precisão. Mas uma certeza existe: o sucesso dessas fórmulas alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho está diretamente vinculada ao grau de consciência que os três protagonistas terão de seus respectivos papéis nesse quadro institucional contemporâneo.

Os mediadores e os árbitros precisarão compreender a importância de sua atuação com um alto padrão ético, imune a injunções inadequadas de quaisquer das partes da relação capital-trabalho, almejando proporcionar soluções justas e satisfatórias para os envolvidos.

O juiz do trabalho terá que ser perspicaz e astuto, compreendendo o momento delicado pelo qual passa a Justiça do Trabalho em virtude da ameaça à sua legitimidade institucional diante da sociedade por estar impossibilitada de atender com a qualidade desejada ao número descomunal de demandas trabalhistas ajuizadas diariamente nas suas unidades jurisdicionais. E, de igual forma, o magistrado trabalhista terá que entender que, se conseguir ver além dos limites impostos pelas barreiras corporativas e souber acolher os mediadores e árbitros e guiar a participação dos mesmos, poderá transformar esses profissionais em parceiros relevantes para o cumprimento da missão constitucional de administrar a justiça e promover a paz no meio das turbulências próprias das relações de trabalho.

Compreender a mediação extrajudicial e a arbitragem como mecanismos que podem auxiliar o Judiciário Trabalhista na sua missão de solucionar conflitos trabalhistas. Reconhecer que a grandeza da Justiça do Trabalho não se mede pelo número de processos que julga mas sim pela importância das causas solucionadas. Permanecer, assim, confiante na relevância do seu papel e entender que o incentivo às vias alternativas, sempre dentro da linha de um alto padrão ético e da boa-fé. A conscientização de tais atributos representará um ganho e não uma perda para todos que compõem a Justiça do Trabalho.

São esses os caminhos a seguir.

A hora é de consciência, reflexão e maturidade nas decisões.
A oportunidade está posta.
O futuro dirá como foi aproveitada.

7. Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro e Bryant GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COELHO, Gilvandro de Vasconcelos. **Ética e Direito**. Recife: FASA, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A Nova Lei de Arbitragem e as Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

LANE, Fred; CALKINS, Richard M. **Mediation Practice Guide**. 2. ed. Chicago: Illinois State Bar Association, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os Direitos Trabalhistas e a Arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1996.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **A Reforma Trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.