



**•NOVA•
UCSAL**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR – UCSAL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIANA MARIA DA COSTA PINTO DIAS NASCIMENTO

**DISCIPLINA JURÍDICA DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS
TRABALHISTAS EM FACE DA AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO
ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA**

**SALVADOR
2021**

JULIANA MARIA DA COSTA PINTO DIAS NASCIMENTO

**DISCIPLINA JURÍDICA DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS
TRABALHISTAS EM FACE DA AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO
ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Alteridade e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

SALVADOR
2021

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

N244 Nascimento, Juliana Maria da Costa Pinto Dias

Disciplina jurídica da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas em face da autonomia negocial do empregado enquanto direito fundamental ao acesso à justiça / Juliana Maria da Costa Pinto Dias Nascimento. – Salvador, 2021.
165 f.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Linha de Pesquisa: Alteridade e Direitos Fundamentais.

1. Autonomia Negocial do Empregado 2. Arbitragem 3. Acesso à Justiça
4. Tribunal Superior do Trabalho I. Oliveira Filho, João Glicério de – Orientador
II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
III. Título.

CDU 349.2

TERMO DE APROVAÇÃO

Juliana Maria da Costa Pinto Dias Nascimento

**“DISCIPLINA JURÍDICA DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS
TRABALHISTAS EM FACE DA AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO ENQUANTO
DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA”.**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em
Direito da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 29 de março de 2021.

Banca Examinadora:



Assinado de forma digital por
João Glicério de Oliveira Filho
Dados: 2021.04.12 15:52:07
-03'00'

Prof.(a)s. Dr.(a)s. João Glicério de Oliveira Filho - UCSAL (orientador)



Prof.(a) Dr.(a) Thais Novaes Cavalcanti - UCSAL



Prof.(a) Dr.(a) Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho - UFBA

À minha Avó que me oportunizou a educação e ao meu marido que sempre me apoia e incentiva em todas as empreitadas.

AGRADECIMENTOS

Hoje finalizei mais uma etapa da minha caminhada acadêmica. Neste momento, só tenho a agradecer àqueles que me acompanharam e me deram força durante todo o processo.

Agradeço a minha avó que sempre me incentivou na jornada pelo conhecimento e que, no auge dos seus 94 anos de idade, continua sendo para mim fonte de inspiração. Encontro nela a figura de uma mulher forte, que nunca se deixou esmorecer em razão das adversidades da vida, e me ensinou com a sua positividade a sempre acreditar na minha capacidade. Nela encontrei, nos momentos mais difíceis, palavras positivas e, nos momentos mais felizes, uma reação inabalada de quem já sabia que no final daria tudo certo. Obrigada Vóva, devo tudo a você!

Agradeço a toda a minha família, que sempre me impulsiona nas mais diversas jornadas profissionais. Obrigada Dinda Ju, Dimpá, Tio Gugu, Tio Fred, Tia Elita, Lais, Orlando, meus afilhados Orlando Jr., Cesinha e Sofia.

Agradeço em especial a meu marido, Rodrigo Nascimento, meu companheiro de todas as horas. Sem ele, este trabalho não seria possível. No meio de uma pandemia, foi nele que encontrei ajuda para concretização deste sonho, desde a assunção das tarefas domésticas até os conselhos sobre a pesquisa, enfim, todos os momentos foram fundamentais para a conclusão desta etapa. Muito obrigada, meu príncipe.

Ao meu orientador, Professor João Glicério Oliveira Filho que, com a sua educação e simpatia, tornou minha caminhada mais leve. Sinto-me privilegiada por poder conviver com uma pessoa tão empática e, principalmente, por ser orientada por ela. Muito obrigada por toda paciência e disponibilidade!

Agradeço ainda a todos os Professores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador, por dividirem essa jornada conosco e acreditarem no nosso potencial. Obrigada em especial às Professoras Ana Thereza Meireles, Thais Cavalcanti e Mônica Aguiar.

Às amigas que construí nesta jornada, Carolina Villa-Flor, Carolina Silveira, Érica Teixeira e Beatriz Stolze. Vocês são um presente que esse curso me deu! Muito obrigada por todas as dúvidas tiradas, conhecimentos compartilhados entre figurinhas de WhatsApp e as conversas mais aleatórias do mundo.

A todos os meus professores de graduação e pós-graduação, que foram fundamentais para a minha formação, aqui representados pela figura do Prof. Rodolfo Pamplona Filho, figura ímpar na docência e na magistratura, a quem tenho a grata felicidade de ser colega. Nutro profunda admiração pela simplicidade e generosidade dos que estão começando a vida acadêmica, como eu. Muito obrigada!

RESUMO

Este trabalho analisa a arbitrabilidade dos dissídios individuais sob a perspectiva da autonomia negocial do empregado, com o objetivo de entender se ela é instrumento de incompatibilização deste meio de jurisdição. A Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho entende pela incompatibilidade da arbitragem com dissídios individuais trabalhistas, motivo pelo qual será feita uma análise da arbitragem sob a perspectiva do acesso à justiça e sob o enfoque da figura do empregado. Para tanto, enfrenta a questão da concepção de autonomia dos indivíduos ao longo dos tempos, chegando-se ao seu conceito atual de autonomia privada. Em um segundo momento, analisa-se a disciplina jurídica da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, compreendendo seus procedimentos como instrumentos de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Para isso, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, valendo-se do método indutivo para chegar-se ao objetivo pretendido. Conclui-se, desse modo, que a autonomia negocial do empregado não é óbice à arbitrabilidade de dissídios individuais decorrentes das relações de emprego, sendo necessária apenas a adequação de alguns procedimentos para efetivar-se, de forma plena, a paridade de arma e o direito fundamental de acesso à justiça em sua acepção plena.

Palavras-chave: Autonomia negocial do empregado. Arbitragem. Acesso à Justiça. Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT

This work will analyze the arbitrability of individual disputes from the perspective of the employee's business autonomy with the objective of understanding if it is an instrument of incompatibility of this means of jurisdiction. The Jurisprudence of the Superior Labor Court understands the incompatibility of arbitration with individual labor disputes, which is why an analysis of the arbitration will be made from the perspective of access to justice, and from the perspective of the figure of the employee. To this end, the question of the concept of autonomy of individuals over time will be tackled, arriving at their current concept of private autonomy. Secondly, the legal discipline of arbitration in the Brazilian legal system will be analyzed, understanding its procedures as instruments for the realization of the fundamental right to access to justice. Bibliographic research was carried out, using the inductive method to reach the intended conclusion. It is concluded that the employee's business autonomy is not an obstacle to the arbitrability of individual disputes arising from employment relationships, requiring only the adaptation of some procedures to fully implement the parity of arming and the fundamental right to access justice in their full meaning.

Keywords: Employee business autonomy. Arbitration. Access to justice. Superior Labor Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AUTONOMIA	12
2.1 A AUTONOMIA DE IMMANUEL KANT.....	12
2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE E O LIBERALISMO DOS SÉCULOS XVIII E XIX	24
2.3 SÉCULO XX: ENFRAQUECIMENTO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A ASCENSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	28
2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA AUTONOMIA PRIVADA	40
3 AUTONOMIA NEGOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	52
3.2 AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO	54
3.2.1 A vulnerabilidade enquanto fundamento limitador da autonomia negocial do empregado	60
3.2.2 A limitação da autonomia negocial do empregado enquanto garantidor do princípio da igualdade.....	66
3.2.3 A flexibilização da autonomia negocial do empregado após a Lei 13.467/2017.....	69
3.2.4 A criação da figura do empregado hipersuficiente	71
4 A DISCIPLINA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	74
4.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE ARBITRAGEM	75
4.2 DEMANDAS COMPATÍVEIS COM A ARBITRAGEM	81
4.2.1 Permissivos legais de arbitrabilidade em demandas trabalhistas	82
4.2.2 A figura do empregado hipersuficiente e a discriminação negativa introduzida pela Lei 13.467/2017 em matéria de arbitragem	84
4.3 A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E A QUESTÃO DA INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS	87
4.4 A SENTENÇA ARBITRAL E SEU CONTROLE DE LEGALIDADE	94
4.5 ARBITRAGEM COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA	102

5 A COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM OS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS EM FACE DA AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA	115
5.1 A AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO COMO FUNDAMENTO DA INCOMPATIBILIDADE DA ARBITRABILIDADE DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	116
5.1.1 Os fatores limitadores da autonomia negocial do empregado e o princípio da inafastabilidade jurisdicional	119
5.1.2 A natureza adesiva do contrato de emprego e o compromisso arbitral como alternativa viável à higidez da manifestação de vontade	124
5.1.3 a vulnerabilidade do empregado e o princípio da igualdade no procedimento arbitral	132
5.1.3.1 A capacidade postulatória e a vulnerabilidade informacional do empregado	136
5.2 AS DESPESAS PROCESSUAIS E AS FERRAMENTAS DE VIABILIDADE FINANCEIRA DO PROCEDIMENTO ARBITRAL PARA O EMPREGADO	141
5.3 PROPOSTA PARA COMPATIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AOS LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO	146
6 CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	152

1 INTRODUÇÃO

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é praticamente uníssona quanto à incompatibilidade da arbitragem nos dissídios individuais decorrentes das relações de emprego, por entender que a vulnerabilidade do empregado, somada à limitação da sua autonomia privada e à natureza indisponível dos direitos trabalhistas seriam suficientes para inviabilizar tal meio de jurisdição.

A autonomia negocial do empregado é o seu poder de autodeterminação contratual que sofre limitações legais e principiológicas em razão da sua condição de vulnerabilidade multifatorial. Ao analisar a questão da compatibilidade da arbitragem, o Tribunal Superior do Trabalho utilizou o fundamento limitador da autonomia negocial do empregado, bem como seus fatores limitadores, para fundamentar a entendida inviabilidade.

O tema precisa ser analisado de forma mais aprofundada, uma vez que está em questão não apenas uma limitação da autonomia negocial do empregado, imposta por entendimento jurisprudencial, mas também porque a arbitragem tem jurisdição, não havendo diferenciação dos seus efeitos em relação à jurisdição estatal, sendo meio eficaz de solução de conflitos no ordenamento brasileiro. Assim, a sua incompatibilização precipitada, ou sem a devida análise aprofundada, pode resultar em violação do direito fundamental ao acesso à justiça.

O objeto do presente estudo é a arbitrabilidade subjetiva, compreendida como possibilidade de arbitramento em razão do sujeito, sob a perspectiva da autonomia negocial do empregado, que será estudada sob o enfoque do direito fundamental do acesso à justiça. Pretende-se entender se a autonomia negocial do empregado - seu fundamento e fatores limitadores - seria instrumento de incompatibilização da arbitragem nos dissídios individuais provenientes das relações de emprego.

Assim, questiona-se: a autonomia negocial do empregado inviabiliza que se oportunize a arbitragem como forma de solução de litígios individuais de emprego?

Para enfrentar o tema será preciso analisar a arbitrabilidade dos dissídios individuais sob a perspectiva da autonomia negocial do empregado. Assim, de modo específico, será fundamental estudar a autonomia negocial do empregado para compreender seus limites, bem como analisar a disciplina jurídica da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo este meio de jurisdição como forma de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Será necessário, ainda, analisar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que trata da incompatibilidade da arbitragem na solução de conflitos individuais de trabalho, sob o enfoque da autonomia negocial do empregado, o que se fará através do seu fundamento e fatores limitadores. Por fim, é essencial para o estudo compreender se as limitações da autonomia negocial do empregado tornam incompatível a arbitragem dos dissídios individuais de trabalho.

Levando em consideração que no ano de 2020 a Justiça do Trabalho recebeu mais de dois milhões de novas demandas, bem como o fato de a relação de emprego ser o eixo principal de contratação no mercado de trabalho brasileiro, os métodos de solução de conflitos compatíveis com eles se mostram fundamentais para a efetivação dos direitos fundamentais dos empregados.

Sob essa perspectiva, métodos denominados como alternativos para a solução de conflitos são alternativas necessárias para a solução célere dos litígios, objeto do presente estudo, bem como formas de desafogar o Poder Judiciário Trabalhista, oportunizando, assim, o pleno acesso à justiça.

Para esse estudo, realizou-se uma pesquisa predominantemente bibliográfica, através de análise doutrinária e jurisprudencial relativa ao tema. O método de pesquisa o dedutivo, uma vez que as conclusões provenientes da presente pesquisa do raciocínio lógico das informações coletadas o qual levou à conclusão do problema de pesquisa.

Para melhor compreensão do tema, o trabalho foi dividido em seis capítulos. No segundo capítulo, é feita uma análise da autonomia, como instituto jurídico fundamental para delimitação do poder de autodeterminação dos indivíduos na sociedade, momento em que é feito um apanhado histórico sobre a evolução da concepção de autonomia, até se chegar à concepção atual de autonomia privada.

No terceiro capítulo, faz-se um estudo da autonomia sob a perspectiva do empregado, analisando-se a sua autonomia negocial e seus limites, para refletir-se sobre os fundamentos e fatores limitadores da autonomia negocial do empregado, compreendendo, em especial, a sua condição de vulnerabilidade multifatorial. Além disso, procede-se a uma análise das alterações legislativas decorrentes da Lei 13.47 de 2017 em matéria de autonomia negocial do empregado.

No quarto capítulo, estuda-se a disciplina jurídica da arbitragem no ordenamento brasileiro, oportunidade em que são conhecidos os seus procedimentos gerais, as demandas compatíveis com tal forma de solução de conflito, inclusive aquelas provenientes de relação de trabalho. Ainda nesse mesmo capítulo, analisa-se a arbitrabilidade dos dissídios individuais de

emprego sob a perspectiva objetiva, ou seja, em razão da referida matéria, quando se estuda o conceito de direitos patrimoniais indisponíveis. Por fim, faz-se uma análise da arbitragem sob o enfoque do direito fundamental de acesso à justiça, a fim de compreender se a arbitragem é ferramenta capaz de oportunizar o acesso à justiça pleno.

No quinto capítulo, analisa-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que entende pela incompatibilidade dos dissídios individuais de trabalho com a arbitragem, quando enfrentam-se temas relevantes relacionados à autonomia negocial do empregado, como a sua vulnerabilidade, a natureza adesiva dos contratos, a capacidade postulatória no juízo arbitral, bem como a questão das despesas processuais obrigatórias. Ao final, é apresentada uma proposta de adequação de alguns elementos da arbitragem aos dissídios individuais de emprego, a fim de potencializar os princípios da igualdade, inafastabilidade jurisdicional e, consequentemente, do direito fundamental ao acesso à justiça.

2 AUTONOMIA

Autonomia é uma expressão dotada de multiplicidade de sentidos, especialmente quando utilizada no Direito. É, portanto, termo polissêmico, que sofreu diversas transformações de natureza histórica até chegar a sua forma atual¹.

Em sentido amplo, autonomia pode ser conceituada como qualidade de um indivíduo autogovernar-se, criando normas próprias de comportamento, sem intervenção ou imposição de terceiros, seja Estado ou particulares.² Sob a perspectiva jurídica, a ideia de autonomia encaixa-se no conceito de liberdade jurídica, constituindo aptidão de atuar licitamente em razão de ausência de proibição.³

Assim, o conceito de autonomia, inclusive na sua perspectiva jurídica, está diretamente ligado à ideia de vontade do indivíduo, que é, Segundo Adriana Wyskowski, “prerrogativa que tem o ser humano em exteriorizar os seus desejos, bom como a intenção, manifestação ou declaração em realizar algo”.⁴

Ao longo da história, a autonomia recebeu tratamento e limitações decorrentes dos diversos contextos políticos e sociais. A evolução do tratamento dispensado à autonomia justifica a sua concepção atual, sendo fundamental para o presente trabalho o estudo de tais alterações, para assim compreender a denominada autonomia privada e, posteriormente, a autonomia negocial do empregado.

2.1 A AUTONOMIA DE IMMANUEL KANT

Para compreender os contornos atuais da ideia de autonomia privada, se faz necessário estudar a obra de Immanuel Kant e de que maneira elas trouxeram uma ligação direta entre a autonomia e a moral, bem como, de que forma Kant descolou a moral das leis da natureza, visto que se dedicou

às respostas sobre questões que envolvem a subjetividade do homem, avaliando como a natureza deve ser organizada e administrada. Para isso, faz incursões profundas

¹ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 26 – 27.

² WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 25.

³ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

⁴ WYSYKOWSKI, Adriana. *Op. cit.*, p. 25.

sobre a moralidade das condutas, afirmando que, para assegurar a ordem, é preciso que as ações de cunho moral sejam baseadas num princípio ou lei universal.⁵

Portanto, a presente seção se debruçará sobre a obra de Immanuel Kant denominada “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, com o objetivo de apresentar, de forma sucinta, como este filósofo conseguiu desenvolver a concepção de um instituto tão importante para a vida social e para o direito como um todo.

Para alcançar esse objetivo faz-se necessário, em caráter inicial, entender o título da obra.

Existem leis naturais, denominadas leis da física, como, por exemplo, a gravidade. O mundo físico é regulado por leis naturais que fazem com que as coisas sejam da maneira que são por princípios que irão regulamentar esse mundo. Então, o que ocorre no mundo físico (as ondas do mar, o vento, as plantas, o funcionamento do coração humano etc.) é regulamentado por uma legislação da física. Agora, o que regulamentará um costume humano? O que irá legislar seu comportamento?

Kant, observando a lógica das leis que regem o mundo físico, busca, nessa obra, saber se há alguma legislação que regule o comportamento humano, ou seja, ele vai em busca de uma regulamentação do mundo metafísico, que é o mundo além da física (de desejos, vontades, razão, moral). Kant vai investigar, então, não só a existência de uma legislação para o plano metafísico, mas também a regulamentação desse mundo por leis morais.⁶

Já no título da aludida obra, Kant já deixa claro que há sim uma fundamentação para os costumes, contudo, essa fundamentação não está localizada no plano físico, mas, no plano metafísico. Observe que Kant utiliza o termo “costumes” no título da mencionada obra, contudo, o termo “costumes” nesse caso está ligado à ideia de moral.⁷ Para Kant, a “fundamentação” à qual ele se refere em seu título “nada mais é, porém, do que a busca e fixação do princípio supremo da moralidade”⁸ o que o diferenciou, naquela época, no que tange à investigação da moral.

Desse modo, a “Fundamentação da metafísica dos costumes” trata de uma obra que irá buscar uma “legislação que rege a moral humana, e o que ele se propõe é desvendar qual

⁵ ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. **A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/9263>>. Acesso em: 09 de jan. 2021, p. 47.

⁶NOVA ACROPOLE. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. (áudio) Disponível em: <https://soundcloud.com/novaacrooplepalestras/audio-palestras> Acesso em: 10 de jan. 2021.

⁷ *Ibidem*.

⁸KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 19.

é”.⁹ Em resumo, o que Kant procura é demonstrar que a moral humana é regida por leis que transcendem a física, ou seja, por uma legislação metafísica. Sendo assim, autor inicia sua obra, já no prefácio, diferenciando a Física da Ética. Para ele, a Física se refere à ciência das leis da natureza, chamada de Teoria da Natureza. Já em relação à Ética, Kant irá afirmar que ela se refere às leis da liberdade, denominadas de Teoria dos Costumes. Nesse ponto, entende que a Física possui a parte empírica e a parte racional, contudo, quando se trata da Ética, a parte empírica é denominada de Antropologia Prática, “enquanto a racional será a Moral propriamente dita.”¹⁰

Kant entende que as leis morais ficam fora do campo do empirismo, assim como toda Filosofia moral, sendo que esse ramo da Filosofia fica localizada em sua parte mais pura. Contudo, quando se fala em moral, ele reconhece que o ser humano possui inclinações que o tornam, muitas vezes, incapaz de atuar contra elas. Nesse sentido, “o homem com efeito, afectado por tantas inclinações, é na verdade capaz de conceber a ideia de uma razão pura prática, mas não é tão facilmente dotado da força necessária para a tornar eficaz in concreto no seu comportamento.”¹¹

Para Kant, o estudo da metafísica dos costumes

é, pois, indispensavelmente necessária, não só por motivos de ordem especulativa para investigar a fonte dos princípios práticos que residem // a priori na nossa razão, mas também porque os próprios costumes ficam sujeitos a toda a sorte de perversão enquanto lhes faltar aquele fio condutor e norma suprema do seu exacto julgamento. Pois que aquilo que deve ser moralmente bom não basta que seja conforme a lei moral, mas tem também que cumprir-se por amor dessa mesma lei; caso contrário, aquela conformidade será apenas muito contingente e incerta, porque o princípio imoral produzirá na verdade de vez em quando acções conformes à lei moral, mas mais vezes ainda acções contrárias a essa lei. Ora a lei moral, na sua pureza e autenticidade (e é exactamente isto que mais importa na prática), não se deve buscar em nenhuma outra parte senão numa filosofia pura, e esta (Metafísica) tem que vir portanto em primeiro lugar, e sem ela não pode haver em parte alguma uma Filosofia moral.¹²

Por mais que existam leis morais (puras), e por mais que a pessoa realize uma ação que esteja de acordo com determinada lei moral, essa atitude poderá ser considerada imoral de acordo com a intenção da conduta praticada. O fato de um indivíduo praticar uma conduta considerada louvável, como doar dinheiro para uma instituição de caridade, de nada valerá para a moral, se ele o fez pautado em desejos egoísticos, ou por algum temor ou interesse, pois a moral está preocupada com o fato de aquela atitude ter sido praticada com uma intenção moral,

⁹ NOVA ACRÓPOLE. *Op. Cit.*

¹⁰KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadepius.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 14.

¹¹ *Ibidem*, p. 15.

¹² *Ibidem*, p. 16-17.

pautada em uma vontade pura. Então, a metafísica dos costumes “deve investigar a ideia e os princípios duma possível vontade pura, e não as ações e condições do querer humano em geral, as quais são tiradas na maior parte da Psicologia.”¹³

O ser humano é tomado de paixões, sejam elas positivas ou negativas, são as chamadas inclinações, ou seja, desejos, coragem, medos, caráter, temperamento, dentre outros. Todas as inclinações contidas no ser humano, em regra, poderão ser boas ou ruins, a depender do uso que o indivíduo fará delas. Então, uma pessoa que se utiliza da sua coragem para salvar a vida de uma outra pessoa tem sua ação caracterizada como honrosa perante a sociedade, todavia, de outro lado, uma pessoa que usa a coragem que tem para matar sem motivos outra pessoa terá sua ação caracterizada como desonrosa perante a sociedade. Observa-se que nos dois exemplos apresentados ficou demonstrado que a coragem, como uma inclinação que o ser humano possui, pode ser utilizada como algo bom, ou como algo ruim. A busca pela felicidade também poderá ser algo bom ou algo ruim, a depender do que se faça para alcançá-la.

Tendo em vista a situação descrita, Kant ensina que “nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade”.¹⁴ A boa vontade é “condição indispensável do próprio facto de sermos dignos da felicidade”.¹⁵ Essa boa vontade “não é boa pelo sucesso da ação, mas no modo de determinação da vontade que surge da própria razão humana. A boa vontade é o princípio do querer. Mas, para Kant, querer não é a mesma coisa que desejar algo”¹⁶, e esse “desejar não advém da razão, mas muito mais das inclinações que o ser humano tem e que não se direcionam para atingir a lei. O querer é a capacidade que diferencia o ser humano de dar-se a lei de forma racional.”¹⁷

O ser humano possui diversas qualidades, essas, inclusive, poderão ser elementos facilitadores da boa vontade. Contudo, ter uma qualidade não pressupõe a boa vontade, e se uma qualidade for desprovida da boa vontade, não poderá ser considerada moral, aliás,

A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é em si mesma, e, considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se se quiser, da soma de todas as inclinações.¹⁸

¹³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 21.

¹⁵ *Ibidem*, p. 22.

¹⁶ NODARI, Paulo César; SAUGO, Fernando. **Esclarecimento, educação e autonomia em Kant**. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/892> Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 152.

¹⁷ *Ibidem*, p. 153.

¹⁸ KANT, Immanuel. *Op. cit.* Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 22.

Kant critica o pensamento de que para um ser dotado de razão a natureza prevê a felicidade como finalidade. A menção à aludida crítica gira em torno do fato de que Kant acredita que quanto mais as pessoas buscam a razão, quanto mais elas aprendem com a razão, mais elas irão se afastar da sua felicidade, ou dos seus contentamentos.¹⁹

Os homens que se aproximam mais da razão, segundo ele, se afastam da felicidade e invejam aqueles que “não permitem à razão grande influência sobre o que fazer”²⁰. De acordo com Kant, o valor absoluto da pura vontade, no qual ele se apoia, “deve ter como alicerce o querer e a razão e, é apresentada por ele como potência que exerce influência sobre a vontade”²¹. Essa vontade a ser exteriorizada não deve ser utilizada como meio para “outra intenção, mas uma vontade boa em si mesma.”²²

A partir da concepção de razão, segue-se a discussão sobre a origem do que Kant entende como dever, o qual se configura como limitações “que, muito longe de ocultarem e tornarem irreconhecível a boa vontade, a fazem antes ressaltar por contraste e brilhar com luz mais clara”.²³ A ideia do dever é a seguinte: a pessoa, quando tem uma determinada conduta positiva, pode agir com uma intenção boa ou má. Se estiver de boa vontade, essa conduta será tida como moral, porém, quando a pessoa age movida por instinto, vontade, razão, tudo ao mesmo tempo, ela deve se perguntar se aquela determinada atitude está em conformidade com os deveres que estão de acordo, por sua vez, com a boa vontade. Caso o indivíduo haja de acordo com o seu dever, livre de qualquer inclinação, essa atitude será moral e estará de acordo com a boa vontade.

Para melhor compreensão da ideia de dever, vale analisar o seguinte exemplo: se uma pessoa que acabou de sair da padaria observa que na sua frente há um sujeito que esteja passando fome e morando na rua, ela pode pensar “não é problema meu” e seguir em frente, mas a mesma para e pensa “eu tenho um dever moral de ajudar essa pessoa lhe dando ao menos alguns pães”, então, a pessoa entrega a comida para o sujeito que estava faminto.

Esse exemplo explica muito do que Kant tenta ensinar: em primeiro lugar, temos instintos, paixões, desejos, alguns ruins (que é quando a pessoa pensa em ignorar o seu próximo,

¹⁹KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 24.

²⁰ *Ibidem*, p.25.

²¹ HUPFFER, Haide Maria. **O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra direito e democracia de Jürgen Habermas**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleto-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf> Acesso em: 10 de jan. 2021. p. 7.

²² KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 25.

²³ *Ibidem*. p. 26.

mesmo podendo oferecer alguma ajuda), e outros bons (oferecer comida para quem está faminto). Em segundo lugar, o julgamento da boa conduta está ligado à razão e aos deveres que cada indivíduo sabe que tem. É por conta disso que a pessoa que está cheia de comida se questiona se seria certo ir embora sem prestar ajuda, ou seja, os deveres, por estarem ligados à moral, acabam limitando muitos dos instintos egoístas presentes na natureza humana.

E, por fim, em terceiro lugar, ainda que a pessoa entregue alguns pães para o morador de rua, cumprindo assim o dever ao qual ela acredita ter para com o próximo, isso não irá significar que a sua conduta é moral, pois, para que isso ocorra, essa pessoa deve ter deixado de lado toda e qualquer inclinação (instinto), para que assim a sua conduta tenha sido uma boa vontade e, com isso, seja uma conduta moral.

Pode ser que, diante dessa situação, haja o seguinte questionamento: como uma pessoa que deu comida a uma outra que estava faminta não praticou uma conduta considerada moral? Segundo Kant, essa questão poderá ser respondida da seguinte forma: uma pessoa que age de acordo com seus instintos, seguindo tendências, como fatores determinantes da sua vontade, pode não agir de forma moral. Seria o caso de uma alguém, por exemplo, que ajuda um morador de rua, mas grava vídeos e tira fotos da sua atitude para se autopromover.

O sujeito que age na busca da sua autopromoção não pratica uma boa vontade, segundo Kant, pois essa ação não foi um fim em si mesma, mas sim um meio para obter algo (no caso, a sua autopromoção). Então, não pode ser considerada uma conduta moral. Para ser considerada uma boa vontade, a ação tem que ser um fim em si mesma, a atitude deve ir contra os instintos, logo tem que ser praticada por dever; por fim, a intenção da pessoa não pode apresentar inclinações, tem que ser pura para que assim seja uma conduta moral, pois

no mundo há muitas coisas boas, ações e relações, que são boas para algo, mas só a boa vontade é o bem incondicionado. Este bem não é o resultado de qualquer ação, não é uma vontade de bom coração ou disposta a ajudar, mas a vontade que o homem produziu ao constituir-se como senhor de si, como legislador de si mesmo.²⁴

Ao tratar desse assunto, Kant irá se debruçar sobre o que entende ser o caráter. Ele entende que o valor do caráter seria o valor moral mais alto que se tem, “consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever.”²⁵ Kant conceitua esse dever com o qual trabalha como “a necessidade de uma ação por respeito à lei”²⁶, mas qual lei seria essa? Primeiro, se aqui se está tratando de uma lei ligada à moral, pela ideia kantiana, a representação dessa lei deve ser

²⁴HERRERO, F. Javier. **A Ética de Kant**. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br>>. Acesso em: 15 de jan de 2021. p. 20.

²⁵KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadepius.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 29.

²⁶ *Ibidem*. p. 31

um fim em si mesma (não um meio). Em segundo lugar, é importante ter em mente que essa lei moral só é voltada para o ser racional, sendo ela que determina a vontade e constitui a moral.²⁷

Essa é a chamada lei universal das ações, a qual pode

servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal. Aqui é pois a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas acções) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir de princípio, para que o dever não seja por toda parte uma vã ilusão e um conceito quimérico; e com isto está perfeitamente de acordo a comum razão humana nos seus juízos práticos e tem sempre diante dos olhos este princípio.²⁸

De acordo com o exposto por Kant, pode-se apresentar o seguinte exemplo: determinado empregado mente no trabalho para se livrar de tomar uma reclamação do seu empregador e, assim, evitar correr o risco de ser demitido. Nesse caso, antes de praticar a conduta, deve-se analisar a fórmula proposta por Kant, qual seja: a pessoa “deve proceder sempre de maneira que ela possa querer também que a sua máxima se torne uma lei universal.”

Nesse sentido, se o empregado levar em consideração essa regra de Kant, ele iria pensar da seguinte maneira: “Bem, para que minha conduta seja considerada moral, eu devo querer também que a minha ação se torne uma lei universal. Nesse caso, eu vou querer que a mentira se torne uma lei universal? Eu desejo que todos passem a mentir para se livrar de tudo que fizeram?” Após esses questionamentos, ele saberia se a sua conduta estava ou não de acordo com a moral. Pensaria então,

posso em verdade querer a mentira, mas que não posso querer uma lei universal de mentir; pois, segundo uma tal lei, não poderia propriamente haver já promessa alguma, porque seria inútil afirmar a minha vontade relativamente às minhas futuras acções a pessoas que não acreditariam na minha afirmação, ou, se precipitadamente o fizessem, me pagariam na mesma moeda. Por conseguinte a minha máxima, uma vez arvorada em lei universal, destruir-se-ia a si mesma necessariamente.²⁹

Conforme Kant, o dever seria uma ação que está de acordo com uma lei universal (moral) suficiente em si mesma e, dessa forma, será uma ação moral. Por ser moral, esta ação fez com que a pessoa descartasse suas paixões, suas inclinações, seus instintos. “Nesse contexto, a teoria de Kant procura mostrar que o homem se encontra vinculado ao dever moral apenas no sentido de que ele é o sujeito da sua própria legislação, a qual é uma legislação universal.”³⁰

²⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021, p. 32

²⁸ *Ibidem*, p. 33.

²⁹ *Ibidem*, p. 34.

³⁰ KLEIN, Joel Thiago. **O Conceito Kantiano de Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/viewFile/815/318>. Acesso em: 15 de jan. de 2021, p. 70.

Contudo, Kant reconhece que há um defeito, nessas ideias, ligado à consciência. Há um problema quando se fala em conduta moral pois, pela doutrina de Kant, esta ação humana deve estar livre de toda e qualquer inclinação que possa surgir no pensamento da pessoa, ou seja, no seu íntimo. Sendo assim, tem-se uma dificuldade em saber se aquela pessoa, por mais que tenha agido por dever, atuou, ou não, por conta de alguma inclinação. Essa dificuldade se dá pelo fato de que é impossível se traduzir a intenção de um indivíduo, pois a intenção está localizada dentro da consciência de cada pessoa, portanto não dá para “encontrar na experiência com perfeita certeza um único caso em que a máxima de uma acção, de resto conforme ao dever, se tenha baseado puramente em motivos morais e na representação do dever.”³¹

Na realidade, nem o próprio indivíduo saberá se a atitude dele foi completamente pura e, portanto, moral, pois “nunca podemos penetrar completamente até aos móveis secretos dos nossos actos, porque, quando se fala de valor moral, não é das acções visíveis que se trata, mas dos seus princípios íntimos que se não vêem.”³² Apesar dessa suposta falha, Kant explica que

nada nos pode salvar da completa queda das nossas ideias de dever, para conservarmos na alma o respeito fundado pela lei, a não ser a clara convicção de que, mesmo que nunca tenha havido acções que tivessem jornado de tais fontes // puras, a questão não é agora de saber se isto ou aquilo acontece, mas sim que a razão por si mesma e independentemente de todos os fenómenos ordena o que deve acontecer; de fonia que acções, de que o mundo até agora talvez não deu nenhum exemplo, de cuja possibilidade poderá duvidar até aquele que tudo funda na experiência, podem ser irremitentemente ordenadas pela razão: por exemplo, a pura lealdade na amizade não pode exigir-se menos de todo o homem pelo facto de até agora talvez não ter existido nenhum amigo leal, porque este dever, como dever em geral, anteriormente a toda a experiência, reside na ideia de uma razão que determina a vontade por motivos a priori.³³

O autor acredita que a simples representação do dever e da lei moral que possui sobre o coração humano, mediante a razão, exerce “uma influência muito mais poderosa do que todos os outros móveis que se possam ir buscar ao campo empírico em tal grau que, na consciência da sua dignidade, pode desprezar estes últimos e dominá-los pouco a pouco.”³⁴

Kant traz uma diferenciação a fim de demonstrar o motivo que separa o ser humano dos demais seres vivos. De acordo com ele, tudo o que há na natureza atua conforme as leis dela, todavia, quando se trata do homem ou da mulher, além das leis da natureza (por exemplo, assim como um leão, o humano tem que comer para viver), as pessoas possuem “capacidade de

³¹KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 15 de jan. de 2021. p. 40.

³² *Ibidem*, *Loc.cit*.

³³ *Ibidem*. p. 41.

³⁴ *Ibidem*. p. 41-42.

agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as acções das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática.”³⁵

E a possibilidade de a pessoa ter a mencionada capacidade se dá porque o ser humano possui a racionalidade e, enquanto ser racional, “é livre na medida em que segue as leis que ele próprio se dá enquanto um ser racional. A vontade que se subordina a lei moral é uma vontade livre, uma vontade que segue suas próprias leis, ou ainda, uma vontade autônoma.”³⁶ A vontade kantiana se configura como a faculdade que cada pessoa possui em poder agir de acordo com a razão livre das inclinações, reconhecendo o que é necessário. O problema é quando a vontade expressa não está de acordo com a razão, sendo que, nesse caso,

se a vontade não é em si plenamente conforme à razão (como acontece realmente entre os homens), então as acções, que objectivamente são reconhecidas como necessárias, são subjectivamente contingentes, e a determinação de uma tal vontade, conforme a leis objectivas, é obrigação (Nötigung); quer dizer, a relação das leis objectivas para uma vontade não absolutamente boa representa-se como a determinação da vontade de um ser racional por princípios da razão (I), sim, princípios esses porém a que esta vontade, pela sua natureza, não obedece necessariamente.³⁷

Kant denomina esses princípios objetivos que buscam obrigar a vontade a mandamentos imperativos, sendo que todos eles se manifestam através do “dever”, como fórmulas “para exprimir a relação entre leis objectivas do querer em geral e a imperfeição subjectiva deste ou daquele ser racional, da vontade humana por exemplo”.³⁸ Os imperativos são, dessa forma, divididos em dois, os hipotéticos e os categóricos. Os imperativos hipotéticos cuidam de analisar a ação praticada por alguém como meio para algo. Já os imperativos categóricos, cuidam das ações representadas como boas em si mesmas. Para o objeto de estudo de Kant, portanto, os imperativos categóricos são um dos focos do seu estudo como leis (mandamentos) da moralidade.³⁹

Nessa perspectiva, Kant afirma que, na realidade, só existe um imperativo categórico o qual se mostra através da seguinte fórmula: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.”⁴⁰ Por fim, o autor traz uma variação dessa fórmula, alegando que ela também poderá ser da seguinte maneira: “Age como

³⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 15 de jan. de 2021, p. 47.

³⁶ KLEIN, Joel Thiago. **O Conceito Kantiano de Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/viewFile/815/318>. Acesso em: 09 de jan. 2021, p. 65.

³⁷ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 48.

³⁸ *Ibidem*, p.49.

³⁹ *Ibidem*, p. 50 -53.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 59.

se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.”⁴¹ Então, conforme o exposto, quando um sujeito pratica alguma conduta, deve observar se essa sua ação poderá servir como lei universal, aplicável a todos os seres humanos, para, a partir de desse momento, saber se essa será ou não uma conduta boa. Para ser considerada como uma conduta moral, as atitudes desse indivíduo devem estar livres de qualquer influência das inclinações.

Para Kant, “o fundamento ontológico da pessoa reside nesse espírito ético, de natureza transcendental ou metafísica, considerando a falibilidade da racionalidade, insuficiente para explicar todas as coisas.”⁴² Em resumo, para que exista o dever, na prática de algum ato, é necessário que haja uma legislação regulamentando-o, contudo, esta legislação se exprime mediante os imperativos categóricos. E, como se fala em lei universal, ou seja, aplicada a todos os humanos, os deveres também devem seguir esse mesmo raciocínio, ou seja, o dever kantiano, o qual se liga com a moral, deve valer para todos os seres humanos.

Há, segundo Kant, uma lei geral a partir da qual o homem e a mulher, quando praticam as suas ações, irão julgá-las para que assim, através das máximas, o ser humano consiga saber se aquela sua ação poderá ou não se tornar uma lei universal (aplicada a todos). Tendo isso em vista, ele observa ainda que “se essa lei existe, então tem ela de estar já ligada (totalmente a priori) ao conceito de vontade de um ser racional em geral.”⁴³

Ao tratar da vontade, fica perceptível o início da abordagem kantiana acerca da autonomia. Ao abordar a vontade, Kant a concebe como autodeterminação para agir de acordo com a representação de determinadas leis.⁴⁴ Assim, o autor alega que

Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é fim em si mesmo, faça um princípio objectivo da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: A natureza racional existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio subjectivo das acções humanas.⁴⁵

Kant então irá trabalhar com alguns princípios inerentes à vontade, dentre eles destaca-se um que tem como ideia principal a rejeição de

⁴¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 15 de jan. de 2021, p. 59.

⁴² ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. **A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/9263>. Acesso em: 01 de outubro de 2020. p. 50.

⁴³ KANT, Immanuel. *Op. cit.* Acesso em: 15 de jan. 2021. p. 66.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 67.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 69.

todas as máximas que não possam subsistir juntamente com a própria legislação universal da vontade. A vontade não está pois simplesmente submetida // à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem de ser considerada também como legisladora ela mesma, e exactamente por isso e só então submetida à lei (de que ela se pode olhar como autora).

Resta claro que o que Kant está querendo trazer com essa afirmação é exactamente o que se busca no presente trabalho: a autonomia. É interessante observar que a autonomia kantiana está centrada na racionalidade moral e “despreza o fundamento de tudo o que é essencialmente particular para abraçar uma perspectiva coletiva, geral.”⁴⁶ Logo, de acordo com a doutrina kantiana, a pessoa, por ser racional, tem autonomia para legislar, ou seja, para criar suas próprias leis (autonomia, autolegislação). Contudo, esse poder de criação pode originar leis universais, as quais serão submetidas a todos, inclusive àquele que a criou. A pessoa cria uma lei universal por conta da sua autonomia da vontade e se submete logo após a ela. Dessa forma,

se há um imperativo categórico (i. é uma lei para a vontade de todo o ser racional), ele só pode ordenar que tudo se faça em obediência à máxima de uma vontade que simultaneamente se possa ter a si mesma por // objecto como legisladora universal (1); pois só então é que o princípio prático e o imperativo a que obedece podem ser incondicionais, porque não têm interesse algum sobre que se fundem.⁴⁷

Kant conceitua a Autonomia da Vontade como princípio supremo do dever, cujo imperativo é incondicionado e serve como mandamento moral. A doutrina kantiana vai dizer, então, que “todo ser racional deve considerar-se como legislador universal por todas as máximas da sua vontade para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas acções”.⁴⁸ A partir do momento em que Kant entende a autonomia como o poder de autolegislar que os seres racionais possuem para criar leis universais, observa-se que ele junta a autonomia à moral.

Conforme o que foi abordado anteriormente, as leis universais estão ligadas à boa vontade, que tem relação com ações puras, livres dos instintos ou das inclinações, atitudes, portanto, morais. Quando Kant trata sobre a autonomia como a capacidade de criar leis universais, ele afirma que esse poder, inerente aos seres racionais, anda de mãos dadas com a moral. Sendo assim, pode-se concluir que, de acordo com a doutrina kantiana, a autonomia da vontade se traduz como a capacidade que o ser humano, enquanto ser racional, possui para criar leis morais às quais deverá obedecer.

⁴⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. **A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/9263>. Acesso em: 01 de outubro de 2020. p. 50.

⁴⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 15 de jan. 2021. p. 74.

⁴⁸ *Ibidem*. p.75.

Cumpra registrar a visão de liberdade de Kant, pois, para ele, o ser racional, assim como os demais seres vivos, está passível às leis naturais, as quais decorrem das inclinações (os instintos). Contudo, por ser um ser racional, o humano também se submete às leis morais. Tendo isso em vista, a liberdade kantiana entende que os seres racionais são livres por que eles, ao contrário dos outros animais, conseguem ir contra as suas inclinações, têm a capacidade de seguir caminho oposto aos seus instintos. Sendo assim, a liberdade implica na possibilidade que o ser humano possui de ser livre em relação às “leis da natureza, obedecendo somente àquelas que ele mesmo se dá e segundo as quais as suas máximas podem pertencer a uma legislação universal (à qual ele simultaneamente se submete).”⁴⁹

A partir dessa ideia, Kant eleva a autonomia como fundamento da “dignidade, da natureza humana e de toda a natureza racional”⁵⁰, entendendo que as leis universais, criadas através do poder de autolegislação, decorrem da racionalidade (elemento distintivo do ser humano), sendo que essas leis, por serem morais, determinam valores que requerem nelas a dignidade que, segundo Kant, é um valor “incondicional, incomparável, cuja avaliação, que qualquer ser racional sobre ele faça, só a palavra respeito pode exprimir convenientemente.”⁵¹

Em síntese, a autonomia representa, então, o poder que o ser racional tem de criar leis universais. A racionalidade se configura nesse caso, pois as leis universais têm relação com a moral e a boa vontade, portanto não se confundem com as leis naturais que são voltadas para inclinações e que abrangem todos os seres vivos. Além disso, o poder de criação das leis universais, conferido pela autonomia da vontade, condiciona o ser racional ao dever de respeitar essas leis, logo após a sua criação.

Essa visão kantiana acerca da autonomia representa um marco para a filosofia e influenciou diretamente o ramo do direito, para o qual a autonomia apresentou um processo evolutivo considerável, principalmente no que tange aos séculos XVIII, XIX e XX. Hoje, constitui um instituto de extrema importância no campo da pessoa humana, ligado a diversos princípios constitucionais, que visam assegurar a liberdade da pessoa e a concretização dos seus direitos da personalidade. Dessa maneira, passa-se agora a tratar do âmbito jurídico da autonomia.

⁴⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 15 de jan. 2021. p. 79.

⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁵¹ *Ibidem, loc. cit.*

2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE E O LIBERALISMO DOS SÉCULOS XVIII E XIX

Entre os séculos XVIII e XIX, o princípio da autonomia se torna a base do direito privado “em virtude de que a fonte primordial do direito, essencialmente privado, se encontraria no próprio indivíduo, em sua liberdade.”⁵² A partir da segunda metade do século XVIII, em decorrência do triunfo da revolução burguesa, o liberalismo na qualidade de filosofia política e moral e o capitalismo como sistema econômico e modo de produção começaram a ascender enquanto características marcantes de uma nova concepção de mundo⁵³. O homem liberal é considerado “egoísta e maximizador do próprio interesse.”⁵⁴

Em virtude das ideias liberais, durante os séculos XVIII e XIX, o denominado dogma da vontade atingiu o seu auge, uma vez que o liberalismo “consagraria a intangibilidade da esfera da autonomia individual contra a intromissão estatal, identificando, assim, o primado da dignidade da pessoa humana como ideia de autonomia individual.”⁵⁵ O dogma da vontade, enquanto “concepção negativa da liberdade que influenciou a concepção de que a vontade individual representava a maior expressão da liberdade do indivíduo na esfera privada”⁵⁶, fez com que qualquer intervenção externa fosse afastada, tanto em seu conteúdo, quanto em sua eficácia. O dogma da vontade auxiliou a vontade individual a chegar ao seu apogeu na época do liberalismo, atingindo o seu ápice no final do século XVIII

sob a impulsão conjugada de Kant e Rousseau, cujos fundamentos filosóficos se sustentavam na liberdade e no individualismo. A política torna-se contratual (“o contrato social”) e o contrato politiza-se em torno do princípio da autonomia da vontade, núcleo central das convenções. A vontade torna-se a expressão da liberdade humana. Ninguém podia se obrigar senão por sua vontade livre e espontânea.⁵⁷

Aqui observa-se uma certa influência de Kant sobre a maneira como o liberalismo vai abordar a autonomia da vontade no século XIX. Contudo, não há que se esquecer que a autonomia kantiana estava mais ligada à moral, conceito que foi deixado de lado para o liberalismo. A autonomia da vontade para Kant se opõe aos exageros do liberalismo econômico. Para que houvesse o êxito na construção desse princípio no liberalismo houve distorções em relação aos

⁵² SILVA, Denis Franco. **O princípio da Autonomia: da invenção à reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (org.). *Princípios de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

⁵³ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 315.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 140.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 317.

⁵⁶ BOFF, Leonardo. Contornos atuais da autonomia privada em face das situações jurídicas subjetivas existenciais. In: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 66.

⁵⁷ CABRAL, Érico Pina. **A “autonomia” no direito privado**. *Revista de Direito Privado* 19/83: 2004, p. 100.

postulados kantianos atinentes à ‘liberdade individual’, liberdade natural e moral de querer ou de determinar-se. Estendeu-se o conceito de autonomia da vontade real e psicológica dos sujeitos de criar normas jurídicas (decorrente da liberdade individual) para torná-la também fundamento do poder objetivamente reconhecido aos sujeitos pelo ordenamento jurídico de criar normas jurídicas particulares, hoje inserido no fenômeno jurídico da autonomia privada.⁵⁸

A vontade, no liberalismo, se tornou uma verdadeira “potência que estava antes da lei e que o indivíduo encontrava na própria liberdade, na própria condição de ‘privado.’”⁵⁹ A força da vontade se tornou, portanto, algo tão grande que, para o negócio jurídico, a vontade se tornou, por sua vez, um elemento que prevalecia sobre qualquer outro elemento de “igual dignidade e natureza homogênea. Tratava-se de um princípio que se posicionava de frente com a lei, ora em posição de equilíbrio, ora de conflito”⁶⁰. A igualdade formal começou a ser vista, então, de forma prioritária, de modo que as pessoas que firmassem qualquer operação econômica entre si, eram tidas como iguais na balança das obrigações, ainda que existisse distinções econômico-sociais entre elas.⁶¹

Para que um negócio jurídico fosse firmado, bastava a vontade livre, ela era o requisito essencial para a sua existência, validade e eficácia, de forma que a “vontade livre e a fé na palavra dada eram suficientes para que as convenções legalmente formadas tivessem força de lei entre as partes”⁶².

Entre os séculos XVIII e XIX, os negócios jurídicos começam, portanto, a ser analisados sob o enfoque da liberdade individual, amparados sob a luz da igualdade formal. A vontade passou a ser a fonte de toda obrigação jurídica.⁶³ Ela se tornou algo tão importante para o direito privado, que passou a anteceder a própria lei o que fez com que não apenas surgisse a questão do dogma da vontade, mas também outros institutos passassem a ser reinterpretados, como, por exemplo, o “pacta sunt servanda”, que passa a ter uma conotação prioritariamente econômica em razão do liberalismo, uma vez que os contratos são vistos enquanto organismos de “intercâmbio econômico entre os indivíduos”⁶⁴.

⁵⁸ CABRAL, Érico Pina. A “autonomia” no direito privado. Revista de Direito Privado 19/83: 2004, p. 105.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁰ *Ibidem*, loc.cit.

⁶¹ *Ibidem*, p. 100.

⁶² *Ibidem*, loc. cit.

⁶³ NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. Série grandes temas de direito privado – vol. 6.** São Paulo: Método. P. 348-349.

⁶⁴ HUMBERTO, Theodoro Júnior. **O contrato e sua função social.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.1.

O fortalecimento da liberdade contratual também se deu por conta da ideia de liberdade negativa⁶⁵ que prezava pela não intervenção de terceiros e, especificamente no liberalismo, pela não intervenção estatal. Esses fatores colaboraram com a concretização do liberalismo do século XIX.

Não havia hierarquia entre a lei e a vontade, e “a vontade jurídica se modelava, portanto, sobre os valores originários da vontade, a qual não procedia do direito, mas precedia o direito do estado.”⁶⁶ A autonomia da vontade, para o liberalismo exacerbado, leva em conta o aspecto subjetivo da vontade, ou seja, possui um viés psicológico e tem a função “de garantir a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais.”⁶⁷

No que tange à ideia de liberdade, para o liberalismo, ela se configurava como o poder concedido a qualquer indivíduo para “praticar um ato jurídico e lhe determinar o conteúdo, a forma, bem como os efeitos com a sua vontade, sem qualquer interferência externa.”⁶⁸ A liberdade neste momento foi concebida apenas sob o seu viés negativo, ou seja, da não intervenção estatal. Dessa forma, a liberdade negativa somada à igualdade formal e à força obrigatória dos contratos firmados sob o crivo da vontade fizeram com que o voluntarismo e o liberalismo, vistos como instrumentos de equilíbrio e prosperidade, se tornassem “símbolos de igualdade e justiça social, e influenciaram profundamente as primeiras experiências de codificação no início do séc. XIX.”⁶⁹ Assim, o fato de o liberalismo conceber, no direito, a autonomia como sinônimo de liberdade possibilitou que se desse ao indivíduo “amplo poder de disposição, desde que, evidentemente, ele possuísse bens para contratar, bens para testar, bens para adquirir, bens para dividir.”⁷⁰

A soma da igualdade formal, a ampla liberdade individual, um sistema liberalista e individualista exacerbado, bem como a vontade como uma força que antecedia a própria lei, tiveram como resultado a denominada “autonomia da vontade”. Nessa espécie de autonomia, predominante no século XIX, quase não havia limites no tocante à disposição de direitos, ou seja, a vontade era utilizada, muitas vezes, de maneira irrestrita. Sendo assim, não existia impedimento para um trabalhador dispor de sua mão de obra trabalhando mais de 12 horas por

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 48-50.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 102.

⁶⁷ BOFF, Leonardo. Contornos atuais da autonomia privada em face das situações jurídicas subjetivas existenciais. In: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 66.

⁶⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁹ CABRAL, Érico Pina. **A “autonomia” no direito privado**. Revista de Direito Privado 19/83: 2004. p. 101.

⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coordenadora). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.39.

dia, por exemplo, uma vez “afastadas as instituições intermediárias que impedissem o contato direito entre os indivíduos”⁷¹, no âmbito contratual. Não seria viável conceber, nesse contexto, uma legislação que tivesse por objetivo regulamentar o limite de disposição no campo do trabalho, impondo obrigações de fazer e não fazer com o objetivo de equilibrar uma desigualdade no campo material da relação contratual, como hoje acontece com a Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse período histórico, “a evolução valorativa do trabalho ainda não havia se integrado inteiramente à noção de dignidade humana”⁷², e a alteração no processo de produção, com a substituição do trabalho humano por máquinas, resultou na alienação dos membros do processo produtivo, tornando-os peças descartáveis do sistema⁷³. O Estado não poderia interferir nos negócios jurídicos firmados entre os indivíduos, pois partia-se do pressuposto de que se houve a manifestação da vontade, então aquele negócio jurídico seria válido, todavia, não apenas por conta da vontade, mas também em decorrência da igualdade formal de tratamento entre os particulares. A igualdade formal pressupõe “tratamento uniforme perante a lei e vedando tratamento desigual aos iguais.”⁷⁴.

No contexto histórico do liberalismo, o contrato tem força de lei entre as partes, motivo pelo qual, perante a existência de instrumento particular que se estabelecia de forma ilimitada pela mera manifestação de vontade das partes, pressupunha a existência de igualdade entre os contratantes. Ocorre que as pessoas nem sempre (ou dificilmente) estão em pé de igualdade, principalmente quando se leva em consideração critérios econômicos ou sociais. Essa ideia de presunção de igualdade contratual ampla autoriza que as pessoas, ao firmarem determinado negócio jurídico, com base na máxima liberdade individual, recebam tratamento igualitário, ainda que exista um desequilíbrio naquela relação jurídica.

Há que se concluir, portanto, que o tratamento igualitário imposto por instrumento particular, sem qualquer tipo de limitação imposta por fatores externos, possibilitaria que diversas pessoas firmassem acordos abusivos, pautados na vantagem de uma pessoa e na total desvantagem de outra que, apesar de externalizar uma vontade, o fazia não porque queria, mas porque necessitava.

⁷¹ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317.

⁷² *Ibidem*, p. 318.

⁷³ *Ibidem*, p. 320-321.

⁷⁴ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 34.

O “*pacta sunt servanda*” achou entre os séculos XVIII e XIX um lugar perfeito para se expandir, pois as pessoas firmavam negócios jurídicos e quase nunca podiam reclamar de cláusulas injustas, abusivas ou ilegais, posto que os contratos firmados com livre manifestação da vontade deveriam ser cumpridos, haja vista que a vontade antecedia a própria lei. Assim, sob o argumento da liberdade individual, ninguém tinha obrigação de contratar, ou seja, quando a pessoa firmava um negócio jurídico, o fazia porque assim desejava. A soma da ideia de igualdade formal entre os contratantes, juntamente com a de liberdade negativa, consolidava a concepção do liberalismo jurídico, no qual havia raríssimas limitações ao exercício da liberdade entre os indivíduos⁷⁵, entretanto não serão objeto do presente estudo.

Até aqui foi discutido de que maneira o liberalismo exacerbado tratou a autonomia. A seguir, será analisado de que maneira essa vontade para o direito privado, que era quase que ilimitada, se torna limitada, fazendo com que a autonomia da vontade seja modificada pela autonomia privada.

2.3 SÉCULO XX: ENFRAQUECIMENTO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A ASCENSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

O poder quase que onipotente que girava em torno da vontade não foi por acaso. Além de sua existência à época do liberalismo, há que se deixar consignado que o direito civil do século XVIII e XIX se confundia com a Constituição, ou seja, era tratado como uma verdadeira Constituição do direito privado “estipulando as regras do jogo e propiciando, através delas, plena liberdade àquele que representava o valor fundamental da época liberal: o indivíduo livre e igual, submetido não mais que à sua própria vontade.”⁷⁶ Esse modelo em que se concebia o Código Civil como norma maior facilitava a ideia de conferir importância apenas a questões individuais e patrimoniais, ensejando uma verdadeira desvinculação do indivíduo com o tecido social com que estava envolvido.⁷⁷

A ideia de um Código Civil, como verdadeira constituição do direito privado, trouxe um afastamento das pessoas em relação aos direitos voltados às coletividades. Os indivíduos eram egoístas, ao passo que davam mais importância ao “ter” e pouca estima ao “ser”, colocando assim direitos, como, por exemplo, os sociais, de lado. Também, não se

⁷⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 214.

⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

⁷⁷ *Ibidem, loc. cit.*

conferia tanta relevância para o próximo, para os aspectos sociais que todo negócio jurídico deveria ter.

Essa noção que se tinha acerca da autonomia da vontade acabava indo de encontro “à ordem pública e/ou aos interesses da coletividade, os quais somente em pouquíssimos setores, considerados estratégicos, podiam prevalecer sobre os interesses privados.”⁷⁸ Era o chamado liberalismo jurídico⁷⁹. O direito público servia para proteger o direito privado, individual, patrimonial. É importante aduzir que, nessa época, analisando-se sob o aspecto individual, o

cidadão, ainda não havia conquistado a plenitude de seus direitos políticos e sociais, carecendo, durante o séc. XIX e nas primeiras décadas do séc. XX, dos poderes legais que lhe iriam permitir atuar politicamente. O indivíduo burguês então manifestava, e iria manifestar por longo tempo, profunda debilidade no que tange ao seu poder na sociedade, mostrando-se estruturalmente fraco para lutar pela defesa de seus direitos políticos.⁸⁰

No Direito do Trabalho, as máximas de “liberdade individual e igualdade formal, tidas como garantias constitucionais inalienáveis, serviram, na verdade, para encobrir o domínio absoluto da vontade do empresário na fixação de cláusulas contratuais”⁸¹. Percebe-se, dessa forma, que a força que a vontade alcançara nos séculos XVIII e XIX é fruto de uma série de fatores que tornaram possível que este elemento interno fosse posto antes da própria lei. Assim como o liberalismo exacerbado, como era concebido na época, o direito também auxiliou no crescimento da chamada “autonomia da vontade”.

O poder quase ilimitado conferido pelo liberalismo à vontade, que foi colocado antes da própria lei, ensejou que se desse início a estudos sobre ela, uma vez que não estava claro se a vontade manifestada estava em consonância com a vontade contida no psicológico de cada indivíduo, passando a ser necessário regulamentar as situações extrapatrimoniais⁸².

Dentro da interpretação de negócio jurídico, durante muito tempo, “a vontade era considerada a própria expressão psíquica da pessoa, um centro de seu intelecto.”⁸³ Porém, começaram a surgir teorias e doutrinas aduzindo que havia uma distinção entre a vontade que era sentida da vontade que era declarada (externalizada). Nesse sentido, houve no século XIX a doutrina pandectística, a qual estudava a interpretação do negócio jurídico no que se refere ao

⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

⁷⁹ *Ibidem, loc. cit.*

⁸⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁸¹ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 323.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 41.

⁸³ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

seu conteúdo e alcance⁸⁴. Essa doutrina, analisando o negócio jurídico, “partiu das declarações da vontade sobre as quais os negócios jurídicos se baseiam e a decompueram em vontade e declaração.”⁸⁵

Dessa forma, a doutrina pandectística entendeu, segundo Érico Pina Cabral⁸⁶, no que tange ao negócio jurídico, que a vontade era o fato interno, ou seja, estava ligado à intenção do indivíduo. A declaração, por sua vez, seria o fato externo que é perceptível a todos. O ideal seria que a vontade estivesse em consenso com a declaração externada no momento da celebração do negócio jurídico, porém nem sempre este fato ocorre. Nesse caso, o que seria correto na interpretação dos negócios jurídicos, a vontade real, ou a mera declaração de vontade? Para responder a esse questionamento, é necessário realizar uma análise prática acerca do tema.

Imagine que determinada pessoa firmasse um contrato de adesão no Brasil para que fosse amparada por uma seguradora que fornece cobertura referente a serviços médico-hospitalares. Tendo em vista o atual sistema de saúde do país, ter um plano de saúde é uma verdadeira necessidade, de forma que quem tem condições de arcar com as mensalidades cobradas pela seguradora irá contratar esses serviços. Observe ainda que, muitas vezes, o consumidor, nesses contratos de cobertura médico hospitalar, não contrata porque tem vontade, mesmo porque os valores cobrados, em geral, são absurdos. Sendo assim, apesar de não existir a vontade real (interna), presente no psicológico da pessoa, ela irá manifestar-se e firmar o negócio jurídico com a seguradora.

No campo das relações de emprego, é possível imaginar que uma pessoa se encontra desempregada e precisa se sustentar e sustentar sua família. No entanto, no que pese não considerar que dado salário ofertado para um posto de trabalho seja justo, aceita as condições impostas pelo empregador, uma vez que precisa da contraprestação decorrente daquele salário. Assim, aceita as condições estabelecidas pelo empregador. A vontade, nesses casos está descolada da manifestação, por conta de um fator externo, qual seja: a necessidade de ter um serviço de cobertura médico hospitalar, ou de ter um emprego. A necessidade é fator que separa, nesses exemplos, a vontade da manifestação.

Até que ponto a vontade poderá ser anterior a uma legislação? Até que ponto é correto conceber que o voluntarismo, liberalismo e individualismo mantenham a vontade como elemento sem qualquer hierarquia com a lei?

⁸⁴ CABRAL, Érico Pina. A “autonomia” no direito privado. Revista de Direito Privado 19/83: 2004, p. 102.

⁸⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁸⁶ *Ibidem, loc. cit.*

Diante de tal contexto, começou a surgir um grande embate entre duas teorias: a da vontade e a teoria da declaração, dando início ao declínio do voluntarismo jurídico, “empobrecendo a presença da força ativa e real que a vontade tinha no mundo do direito, reduzindo-a termos escolásticos.”⁸⁷ Além disso, houve também a teoria da autonomia privada, a qual traçou diversas críticas ao “dogma da vontade ao afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar.”⁸⁸

O fato de a vontade ser considerada pelo liberalismo do século XIX como “a própria expressão psíquica da pessoa, um centro do seu intelecto”⁸⁹ fez com que ela se tornasse um instituto quase que absoluto. Todavia, com o passar dos tempos, as referidas teorias que criticavam esse pensamento esclareceram que na realidade a ideia de autonomia da vontade colaborava com a abusividade contratual e ambos os casos fomentavam a desigualdade social⁹⁰.

A autonomia da vontade só levava em consideração a vontade como fator determinante para a celebração do negócio jurídico. Contratos, obrigações, negócios jurídicos, acordos, doações, dentre outros, devem ser analisados não apenas sob o aspecto da vontade, mas também sob outros fatores existentes que não podem ser desconsiderados, como, por exemplo, o contexto social em que a celebração das relações jurídicas se dá, ou a função social dessas relações.⁹¹

A partir do instante em que a obrigação se dava tão somente por conta de uma declaração de vontade, as relações jurídicas se tornavam campo aberto para abusividades contratuais, ou condutas exploratórias entre um dos polos da relação. As abusividades contratuais e as condutas exploratórias se mostravam presentes, pois em um sistema em que o liberalismo exacerbado existe, o Estado não possui muitos instrumentos de intervenção para garantir um equilíbrio nas relações jurídicas, além disso os aspectos sociais das relações jurídicas eram, na maioria das vezes, deixados de lado. Dessa forma, não havia muito o que a lei pudesse fazer em relação à declaração de vontade, por não existir hierarquia entre elas e uma intervenção significativa que exigisse a destinação de função social nas relações jurídicas não era viável, uma vez que o individualismo exacerbado falava mais alto.

Para a população integrante do proletariado, ou seja, os trabalhadores assalariados, os séculos XVIII e XIX deslocaram o conceito de labor localizado no seio doméstico, uma vez

⁸⁷ CABRAL, Érico Pina. **A “autonomia” no direito privado**. Revista de Direito Privado 19/83: 2004, p. 103

⁸⁸ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 53.

⁹⁰ CABRAL, Érico Pina. *Op. cit.*, p. 103

⁹¹ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

que, com a Revolução Industrial e a divisão do trabalho, houve o deslocamento da massa trabalhadora para os centros populacionais e, portanto, comuns a toda a sociedade o que tornou o homem laborioso muito vulnerável no exercício do trabalho, propiciando, assim, o surgimento de uma consciência coletiva⁹².

A máxima da autonomia da vontade nos contratos de trabalho acabou criando um efeito reverso inesperado, porque “a convivência cotidiana exige a perda gradativa da individualidade em favor da coletividade organizada”⁹³, oportunizando a “formação de uma consciência coletiva de classe – o proletariado - que guiaria os passos do movimento operário”⁹⁴.

É preciso destacar que a vontade se configurou no liberalismo dos séculos XVIII e XIX como fundamento maior do negócio jurídico e esse poder conferido a ela ensejou um alto distanciamento entre “os sujeitos de uma dada relação jurídica, na perspectiva econômica, e ético-funcional, ao passo que o movimento constitucional exigido das partes de qualquer negócio é no sentido inverso”⁹⁵. Assim, segundo Roxana Borges,

Um dos maiores problemas práticos do dogma da vontade foi que, dentro de sua visão, a vontade individual era onipotente, gerando como consequência a ideia de que não haveria limites jurídicos para o exercício da liberdade negocial. A ausência dessa noção de limites é o que torna importante distinguir a teoria da autonomia da vontade da teoria da autonomia privada.⁹⁶

A autonomia da vontade demonstrou-se um instituto que não deu certo. Percebeu-se que conferir à vontade um poder em pé de igualdade, ou até maior, em relação à própria lei só iria fomentar ainda mais o individualismo exacerbado e afastar o ser humano do tecido social em que estava. Era preciso haver uma maior limitação acerca da liberdade e da vontade. Para que isso fosse possível, a vontade foi retirada da posição em que se encontrava e remanejada para uma localidade mais benéfica para a celebração dos negócios jurídicos. Então, a vontade deixa de estar no nível hierárquico idêntico à lei e passa a se submeter ao ordenamento jurídico, tornando-se um instituto com mais limitações, com uma maior intervenção do Estado.

A liberdade de expressar a vontade ainda permanece, contudo essa expressão passa a se dar de modo a respeitar os ditames normativos do ordenamento jurídico. A autonomia

⁹² GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 324.

⁹³ *Ibidem*, p.325.

⁹⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁹⁵ NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. Série grandes temas de direito privado – vol. 6**. São Paulo: Método. p. 349.

⁹⁶ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

deixa, então, de ser denominada de “autonomia da vontade” e passa a ser chamada de “autonomia privada”. A autonomia privada nasce “de uma manifestação, ou declaração, ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige.”⁹⁷

Aqui passa-se a analisar não apenas o aspecto individual da autonomia privada, mas também o seu aspecto jurídico o qual é aceito como “soberano, da competência normativa estatal (admitindo, a título de argumentação, uma concepção estatista das fontes do direito).”⁹⁸ Essa modificação acerca da autonomia começou a se fortalecer a partir da segunda metade do século XX e alguns dos fatores foram: o surgimento da visão capitalista; o surgimento dos direitos de primeira e segunda geração e; a importância que se começou a conferir para os vulneráveis⁹⁹. Além disso,

a liberdade contratual passou a encontrar limitações em legislações de caráter protetivo. Surge o dirigismo contratual, a intervenção do Estado e da lei nas relações negociais privadas. E, numa dimensão objetiva, desponta, conseqüentemente, a autonomia privada como fundamento não só de institutos de direito contratual, mas também de institutos de direito de família e de direito das coisas.¹⁰⁰

A partir da segunda metade do século XX, o Estado deixou de ter um caráter eminentemente individualista que pregava por um modelo de liberdades negativas (não intervencionista estatal). Observe-se, então, que a política não intervencionista do Estado é substituída por um comportamento, por parte dele, atuante, com o desenvolvimento do Estado Social¹⁰¹. Começa-se a falar em liberdades positivas, nas quais o Estado possui o dever de garantir certos direitos protetivos para as partes, como, por exemplo, o equilíbrio contratual em relações negociais desiguais¹⁰².

A concepção da autonomia muda seu foco, deixa de ser vista como propriedade da vontade e passa a ser vislumbrada como princípio pertencente à pessoa.¹⁰³ Aliás, se antes o indivíduo era medido pelo que possuía, com foco nos seus direitos apenas do “ter”; agora, no século XX, o direito foca no que realmente importa, que é o “ser”. Sendo assim, o ser humano ocupa o centro do ordenamento jurídico, buscando prever instrumentos protetivos acerca da

⁹⁷ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

⁹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovas, 2001, p. 6-7.

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 43-44.

¹⁰¹ WYSYKOWSKI, Adriana. Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 35.

¹⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 48.

autonomia de cada sujeito, de forma que a pessoa seja aproximada do tecido social em que vive, mitigando o sentimento puramente egoísta e fomentando as ideias coletivas e os direitos sociais.

A partir da segunda metade do século XX, a vontade, por não estar mais localizada em pé de igualdade com a lei, não tem o poder de gerar, por si só, negócios jurídicos, no entanto, para que esses sejam celebrados, e o mais importante, sejam tidos como válidos, é necessária uma manifestação da vontade de acordo com o ordenamento jurídico. Percebe-se, assim, a necessidade de submissão da vontade expressa em relação à legislação, “principalmente diante do fenômeno da constitucionalização do Direito”¹⁰⁴. A validade do negócio jurídico fica atrelada, portanto, à manifestação de vontade que esteja

autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito. Assim, a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos. Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme à moral e os bons costumes.¹⁰⁵

Percebe-se, portanto, que a vontade continua sendo um dos requisitos de existência do negócio jurídico. Porém, é requisito insuficiente para demonstrar a validade do negócio, uma vez que, para ser considerado válido, essa relação jurídica celebrada deve estar devidamente autorizada por lei.¹⁰⁶ A vontade, desse modo, deixa de ocupar os planos da existência e validade do negócio jurídico, passando a ficar situada apenas no plano existencial, pois é a lei quem irá conferir a sua validade ao negócio jurídico, pois “nada no mundo é jurídico por si só”¹⁰⁷.

Conforme a doutrina clássica dos séculos XVIII e XIX, a ideia de autonomia da vontade se confundia com a própria concepção de negócio jurídico, o que mudou, significativamente, com o aumento da interferência do Estado na regulação de litígios tradicionalmente fincados no campo dos interesses privados¹⁰⁸. Apesar do termo “autonomia privada” remeter a uma ideia de individualidade ou de “gestão pessoal dos interesses, uma autonomia restringida em função dos outros não desvaloriza a pessoa; ao contrário, valoriza, já

¹⁰⁴ WYSYKOWSKI, Adriana. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 35.

¹⁰⁵ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

¹⁰⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 173.

¹⁰⁸ *Ibidem*, loc. cit.

que estabelece um modo de vida ético e justifica a atuação do Estado em face da incessante busca pela diminuição das injustiças sociais”.¹⁰⁹

É interessante observar que o instituto da autonomia, não importando se é da vontade ou privada, se configura como um poder normativo. Contudo, para a autonomia da vontade se mostrava como valor absoluto em si próprio, que era conferido a todos, “atrelada ao patrimonialismo característico da época, onde a quase totalidade das normas que regulavam as relações privadas estavam atreladas a conteúdo patrimonial”¹¹⁰. Já a autonomia privada, é diferente, por não ser um

poder originário o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo. La ley puede incluso, interviniendo posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida.

[...]

La autonomía privada no significa, pues, poder originário independente o selbstherrlich, que no recibe de fuera la razón de su validez. El carácter no originário del poder em que se concreta la autonomía privada implica que no puede considerarse originaria o soberana tampoco la voluntad de los sujetos que establecen las normas negociales. No es que la voluntad privada cree derecho por sí o por fuerza propia.

Admitir una atribución de poder por parte de una norma superior basta para excluir el carácter originário o soberania de la voluntad privada y del poder atribuido a ella.¹¹¹

Portanto, apesar de ainda ser considerada como poder de autorregulação, autolegislação, ou autodeterminação, a autonomia privada não é um poder absoluto e não está no mesmo patamar que a legislação, ela é um princípio da ordem jurídica que está devidamente limitada pelo ordenamento que a restringe, só conferindo validade para os negócios jurídicos, se esses respeitarem as normas jurídicas vigentes.

Assim como a autonomia da vontade cresceu em um período propício para o seu desenvolvimento (o liberalismo), quando o direito civil era considerado como uma constituição do direito privado, a autonomia privada também teve sua ascensão em um momento que permitia a sua concretização, durante o Estado Social, chamado de intervencionista. Segundo Prata,

A noção de Estado Social serve para qualificar um Estado, cujo activo papel no domínio económico e social é imposto constitucionalmente e em que – não obstante a profunda diversidade de opiniões que neste domínio se tem expresso sob o mesmo referencial conceitual – a intervenção não tem um carácter arbitrário ou discricionário, antes sendo orientada no sentido de, pela utilização de um conjunto de instrumentos de natureza e eficácia muito diversa, prosseguir um objetivo que, sinteticamente, se

¹⁰⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 206

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 204.

¹¹¹ FERRI, Luigi. **LA AUTONOMIA PRIVADA**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p. 51-52.

pode traduzir na realização e concretização da tendencial igualdade efectiva dos seus cidadãos.¹¹²

A noção de Estado Social, dessa forma, está diretamente ligada à ideia de igualdade e de liberdade, inclusive, os direitos sociais são instrumentos que buscam promover a igualdade substancial e os direitos da personalidade.¹¹³ Os direitos sociais são exatamente os instrumentos que buscam efetivar valores como os direitos de personalidade e a igualdade real (material, substancial), ou seja, visam promover um verdadeiro equilíbrio para os indivíduos que compõem a sociedade.¹¹⁴

O Estado Social busca garantir o mínimo necessário para a sociedade, ou seja, o mínimo essencial, devendo, assim, criar condições propícias para que as pessoas consigam dispor desse mínimo. A ideia é garantir a obtenção desse mínimo, seja fornecendo instrumentos para sanar crises sociais, como também oferecendo serviço de assistência a fim de que todos sejam amparados.¹¹⁵ O Estado social busca, então, ter um papel mais ativo para a sociedade, devendo este diminuir desigualdades sociais, intervir em relações exploratórias e fornecer condições para que as pessoas consigam ter o mínimo essencial para viver de maneira digna. Trata-se de uma intervenção positiva, a qual possui como objetivo principal o equilíbrio social, veiculando “uma global concepção de igualdade e de liberdade”.¹¹⁶

No Brasil, “a consolidação dessa mudança se deu, de forma mais intensa, com a Constituição Federal de 1988, em que a liberdade sem limites preconizada pelos privatistas clássicos teve fronteiras delimitadas pela defesa de outros interesses da sociedade”¹¹⁷, como a dignidade da pessoa humana que volta a ter uma intimidade com a autonomia que já havia sido estabelecida por Kant e esquecida em muitos aspectos pelo liberalismo dos séculos XVIII e XIX. A pessoa continuava detendo liberdade para celebrar negócios jurídicos, contudo, para que estes tivessem validade, era necessário estarem em consonância com “valores e visar a objetivos considerados legítimos”¹¹⁸.

O advento do Estado Social significou também uma mudança completa na maneira como o ordenamento jurídico tratou o direito privado, uma vez que “consagram a autonomia privada como fonte de contratação entre particulares, embora não seja fundamentada apenas na

¹¹² PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina: 2016. p. 110.

¹¹³ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 108.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁷ BORGES, Roxana. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

¹¹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

força obrigatória dos contratos”¹¹⁹. Isso acontece porque, com o passar do século XX, surgiram, nos países de tradição romano-germânica, as Constituições dos Estados Democráticos, contendo os princípios fundamentais do direito privado.¹²⁰

No Brasil, seguiu-se a supracitada tendência, com diversos princípios do direito civil transferidos para o texto constitucional, “por isso, os civilistas que não estavam presos à *summa divisio* logo advertiram o papel central que a dignidade da pessoa humana, a partir da normativa constitucional, havia adquirido.”¹²¹

O Código Civil passa por um processo de constitucionalização, tornando-se submetido à Constituição que surge naquele momento como Lei Maior do ordenamento jurídico. Com isso, no Brasil, por exemplo, o Código Civil passa a se submeter à Carta Magna de 1988, sendo que qualquer dispositivo que não estivesse em consonância com a Constituição seria considerado como inconstitucional e não poderia mais prevalecer no ordenamento jurídico.

Além disso, o Código Civil e as diversas leis civis não são as únicas legislações que passam a tratar do direito privado, pois a Constituição Federal brasileira de 1988 surge com disposições tanto de direito público, quanto de direito privado, demonstrando assim o fenômeno da constitucionalização do direito civil brasileiro. Essa supremacia da Constituição surge

como uma exigência democrática, para sintetizar os valores e anseios do povo, titular absoluto do poder constituinte que originou a Carta Magna, a fonte máxima de produção da totalidade do Direito e o último fundamento de validade das normas jurídicas, conferindo unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.¹²²

No campo do Direito do Trabalho, é possível perceber que o “nosso país não assimilou a promoção axiológica do trabalho humano no mesmo ritmo que o vivenciado pelas nações centrais do mundo ocidental”¹²³, porque houve uma inversão na ordem com que os direitos emergiram na construção do ordenamento jurídico, posto que os direitos sociais foram colocados à frente dos direitos políticos¹²⁴, enquanto uma verdadeira manobra de governo, que tinha como objetivo sufocar o movimento sindical através da regulamentação do seu exercício,

¹¹⁹ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 43.

¹²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coordenadora). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3.

¹²¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹²² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Saraiva, 2010. p.124.

¹²³ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 335.

¹²⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 23.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 129-130.

passando a serem tidos como verdadeiras extensões do governo¹²⁵ faz a população laboriosa acreditar que lhes foram concedidos direitos suficientes, compilados em normas trabalhistas (Consolidação das Leis do Trabalho), “tratando minuciosamente de inúmeros aspectos da vida na empresa”¹²⁶.

Não se pretende aqui anular a importância da valorização dos direitos sociais, especialmente na Era Vargas¹²⁷, propõe-se apenas uma reflexão quanto ao afastamento da concepção da autonomia da vontade no campo das relações de trabalho, uma vez que, em movimento contrário ao que ocorreu nos direitos civis, a implementação da máxima da autonomia privada nas relações laborais estava estritamente ligada a questões políticas e governamentais, e não, efetivamente, à valorização do trabalho e à dignidade do trabalhador.

Assim, para o Direito do Trabalho, a Constituição Brasileira de 1988 representa um marco para “a superação do status quo anterior e concretização do verdadeiro Estado Social”¹²⁸, uma vez que “em sua fórmula substancial, o constituinte escolheu o trabalho como instrumento de transformação, elevando-o a valor relevante na ordem social”¹²⁹.

O fato de a Constituição se tornar a Lei Maior do ordenamento jurídico, seja no âmbito público, seja na esfera privada, bem como o fato de que agora todas as normas presentes no ordenamento devem obediência a ela, faz com que os seus princípios sejam percebidos como verdadeiros fundamentos norteadores de toda a legislação.¹³⁰ Os princípios constitucionais se tornam, portanto, verdadeiros valores a serem seguidos, sendo esses

extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil.¹³¹

Termina, portanto, o protagonismo do Código Civil, sendo que, se antes havia a figura do sujeito de direito e proprietário, com os desejos sendo fomentados pelo simples “ter”, agora o Código Civil vira um dos coadjuvantes, abrindo espaço para a Constituição, a qual dita

¹²⁵ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 23.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 120.

¹²⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 339.

¹²⁷ Período compreendido entre 1930 e 1945, tendo sido a Consolidação das Leis do Trabalho promulgada em 1º de maio de 1943.

¹²⁸ MEIRELES, Edilton. **A constituição do Trabalho: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 144.

¹²⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coordenadora). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3.

¹³¹ *Ibidem, loc.cit.*

as regras a serem seguidas. Ocorre, então, o surgimento da Constituição como Lei Maior do ordenamento, a concretização de diversos direitos sociais e fundamentais. Além disso, surge a importante ideia de que ao ser humano deve ser atribuída a qualidade simples de “ser” e não de “ter para ser”.

Diante disso, o Estado passa a intervir em determinados aspectos das relações jurídicas. Tais intervenções servem para que o Estado busque garantir ao máximo os direitos fundamentais das pessoas, dispostos na Constituição Federal. Contudo, essa intervenção estatal possui limitações previstas na própria Constituição, como é o caso do princípio da liberdade sindical, que prevê, no artigo 8º, inciso I da CFRB/1988, que “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato”. Direitos fundamentais, como a dignidade, fazem com que a autonomia se reaproxime da moral e possua uma concepção voltada tanto para o indivíduo, quanto para o contexto social em que ele está inserido.

Nesse sentido, há uma preocupação do ordenamento em proteger as pessoas consideradas como vulneráveis, surgindo assim diversos dispositivos legais protetivos, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90.), do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), do Estatuto da Pessoa Com Deficiência (Lei nº 13.146/15), e notadamente um movimento de reinterpretação da Consolidação das Leis do Trabalho (Lei 5.452/1943).

Sendo assim, foi “com o estabelecimento da proteção ao consumidor, da função social da propriedade, da igualdade entre homens e mulheres no Direito de Família, da igualdade entre os filhos, sejam consanguíneos ou adotivos, que a norma constitucional permitiu esta análise”¹³² acerca do novo enfoque que o Direito Civil necessitava que fosse conferido. Apesar disso, no campo do Direito do Trabalho, os valores sociais do trabalho são emergidos a fundamentos da república, e direitos mínimos dos trabalhadores são elevados à condição de direitos fundamentais, com previsão específica nos artigos 7º, 8º e 9º da CFRB/1988.

Essa preocupação com a sociedade e com os desequilíbrios que podem surgir nas diversas relações jurídicas celebradas, teve influência direta na autonomia, a qual, nos séculos XVIII e XIX, só conferia importância para a vontade e para os aspectos individuais patrimoniais. A autonomia privada, então, passa a ser norteadada por diversos princípios, dentre eles, a igualdade material, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a alteridade, os

¹³² RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Direito Civil Constitucional. Caderno 3.** São Paulo: Malheiros. p. 78.

quais representam uma evolução na definição da autonomia. Convém observar que, apesar da autonomia privada ter uma limitação maior, por ser submetida aos ditames do ordenamento jurídico, ela se mostra mais abrangente do que a antiga autonomia da vontade, “pois enquanto este leva em consideração, exclusivamente, a vontade do indivíduo, aquela preserva esta vontade, mas tendo como norte os interesses sociais”¹³³

Todas essas mudanças, seja no ordenamento jurídico, seja na nova era dos Estados sociais, fizeram com que a concepção sobre a autonomia privada se desenvolvesse a tal ponto que se chegasse à conclusão de que ela apresenta dois aspectos: o primeiro se refere ao viés negocial (patrimonial) da autonomia privada, sendo este o aspecto que mais foi abordado pelo mundo jurídico durante os séculos XVIII e XIX. O segundo aspecto se refere à parte extrapatrimonial da autonomia, ou seja, aos aspectos existenciais da pessoa, sendo mais uma forma de se promover o “ser” no ordenamento jurídico. Com isso, surge uma classificação da autonomia privada em autonomia negocial e autonomia existencial, sendo que esta última “se identifica com a liberdade do sujeito em gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna.”¹³⁴ O desenvolvimento e concretização da autonomia existencial e dessa valorização do “ser” se mostraram possíveis por conta dos princípios norteadores da autonomia.

Dessa maneira, com a finalidade de traçar uma melhor compreensão sobre como a autonomia vem se desenvolvendo desde o século XX até a contemporaneidade, quando há uma valorização do “ser”, o próximo tópico buscará abordar alguns dos princípios norteadores da autonomia privada.

2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA AUTONOMIA PRIVADA

A grande mudança que houve na concepção da autonomia se deu pelo fato de que, a partir da segunda metade do século XX, com a era dos Estados Sociais e o processo do constitucionalismo do direito civil (e de todo o ordenamento jurídico) dos países de cultura romano-germanam, a vontade deixa de ser considerada como absoluta em si mesma e passa a não estar mais em pé de igualdade com a lei, se tornando submissa à legislação. Com isso, para que haja validade na declaração de vontade, é necessário que ela esteja autorizada por lei, ou seja, a declaração de vontade deve estar de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Para

¹³³ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Direito Civil Constitucional. Caderno 3**. São Paulo: Malheiros, p.84.

¹³⁴ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 32.

que isso ocorra, o ordenamento jurídico confere à autonomia privada diversos princípios norteadores, para que ela não seja desvirtuada e assim sempre esteja de acordo com as normas jurídicas.

O objetivo deste tópico não é exaurir os princípios da autonomia, mas sim expor alguns princípios julgados como de extrema importância para a manifestação da autonomia. São eles: dignidade da pessoa humana, igualdade material, solidariedade e alteridade.

A dignidade da pessoa humana é um princípio considerado como basilar de todo ordenamento jurídico, contudo não é possível realizar a sua conceituação, pois qualquer definição que se tentar empregar acerca da dignidade corre o risco de limitar um princípio que fundamenta a própria noção de justiça, ou se corre o “risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental.”¹³⁵ Contudo, por se tratar da dignidade da pessoa humana, sabe-se que a razão de ser deste fundamento último do direito justo é “o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial da pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.”¹³⁶

Aqui é possível se utilizar a ideia de Kant sobre a visão que ele tem dos seres humanos como seres racionais, os quais vivem “em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ela própria edita. Logo, todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.”¹³⁷ A dignidade da pessoa humana está, portanto, ligada ao

Reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.¹³⁸

Este princípio visa assegurar que não haja tratamentos humanos degradantes e apresenta quatro substratos materiais: o reconhecimento da igualdade entre os sujeitos, sendo que todos devem ter respeitada a sua integridade psicofísica e são dotados de autonomia, sendo “parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado.”¹³⁹

¹³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin De. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010. p. 120

¹³⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Saraiva, 2010. p.128.

¹³⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin De. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010. p. 119-120.

Conforme já fora exposto, a autonomia privada implica na possibilidade de determinado sujeito gerir sua vida e, para isso, ele faz, todos os dias, diversas escolhas que irão impactar no rumo em que sua vida irá caminhar. Essa autodeterminação presente em cada pessoa “resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios.”¹⁴⁰

A grande questão que gira em torno da relação entre a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada é: seria a dignidade um fator limitador ou incentivador da autonomia? Ou seja, uma pessoa ficaria limitada a manifestar a sua vontade por existir uma dignidade da pessoa humana que a impede, como se fosse uma heteronomia¹⁴¹ da pessoa?

A dignidade é um princípio constitucional, base do ordenamento jurídico que irá dispor que cada pessoa deve agir da forma como melhor lhe aprouver. Antes fora dito aqui que a dignidade é um princípio de difícil definição, na realidade, isso ocorre, pois cada ser humano tem em si uma concepção do que é a dignidade, ou seja, o que é viver dignamente, o que é ser digno. A dignidade se apresenta assim como um conceito subjetivo, localizado no psicológico de cada pessoa. Sendo assim, uma pessoa atirar um indivíduo de um canhão, no circo, não é algo digno, contudo para outros sujeitos isso poderá se configurar como um trabalho como outro qualquer, digno de respeito.

O ser humano não é abstrato, portanto, “só se pode chegar ao real conteúdo da dignidade da pessoa humana diante do sujeito concreto e não de uma abstração do que seria um sujeito padrão.”¹⁴² A importância da autonomia, então, é exatamente a de considerar que cada sujeito deve deter a possibilidade de se autodeterminar da maneira como quiser, ou seja, do modo que achar mais digno para ele. Para Aguiar e Meireles, “Enquanto forma de manifestação da liberdade, a autonomia é um meio de concretização da dignidade da pessoa humana, é uma

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetória e metodologia**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 140.

¹⁴¹ Se a autonomia se refere à capacidade de autodeterminação da pessoa, a heteronomia se configura como a “a determinação passiva do sujeito pelo que lhe é externo”. ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Disponível em <<https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/livros/autonomiaeducacao.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. de 2021. p. 9.

¹⁴² REQUIÃO, Mauricio. **Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares**. In: REQUIÃO, Mauricio. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014. p. 16.

forma de efetivação de escolhas simples ou escolhas complexas, é um atributo essencial ao desenvolvimento da existência plena do ser humano.”¹⁴³

Essa análise explica a razão pela qual é digno que uma pessoa possa trocar de sexo, possa colocar piercings ou cobrir seu corpo de tatuagens, mas para essas pessoas essa seria a manifestação da sua vontade e a expressão da sua dignidade. O grande fator limitador da dignidade da pessoa humana em relação à autonomia não se afasta da moral. A pessoa tem sua autonomia para viver da maneira como achar mais digna, devendo ser respeitada por suas escolhas, ou seja, não deve ser estigmatizada, excluída ou segregada por conta da sua liberdade de decidir os caminhos da sua vida. Por outro lado, para que esse sistema de respeito dê certo, cada sujeito autônomo deve também respeitar as escolhas do próximo, e é, nesse ponto, que se encontra a limitação da autonomia de acordo com a dignidade da pessoa humana: a pessoa para ter sua autonomia respeitada, deve respeitar a autonomia do próximo.

A partir disso, decorre a vedação a práticas ilícitas, exploratórias, ou quaisquer outras que não agreguem valor à sociedade. O respeito deve ser recíproco, a dignidade é princípio que deve ser garantido a todos. Tendo isso em vista, a

melhor leitura da dignidade humana se ergue sobre a compreensão das pessoas como agentes morais, que têm o direito de fazer as suas escolhas de vida e de participar na formação da vontade do Estado, livres de amarras não só legais, como também econômicas e culturais. Essa exegese, além de amparada na moralidade pública da democracia, tem sólido alicerce na ordem constitucional brasileira.¹⁴⁴

A igualdade substancial, também chamada de igualdade material ou real, é um princípio norteador da autonomia privada que trouxe uma importante modificação na celebração das relações jurídicas. Por seu turno, a igualdade formal se mostrou um princípio insuficiente para as necessidades das sociedades, o seu conteúdo de “tratar a todos de forma igual” não iria conseguir alcançar a igualdade desejada, “uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas.”¹⁴⁵

Tendo em vista a insuficiência da igualdade formal, a igualdade substancial surge para trazer uma completude a este princípio, afirmando que o Estado deve tratar os iguais de forma igual, porém os desiguais de modo desigual, na medida de suas desigualdades.

¹⁴³ AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELES, Ana Thereza. **Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida.** Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220/15867>. Acesso em: 20 de outubro de 2020, p. 136.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetória e metodologia.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 188.

¹⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin De. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010. p. 121.

A partir desse princípio, relações negociais, por exemplo, em que existem desequilíbrios por conta da existência de pessoas hipossuficientes na relação, deverão ser tratados por instrumentos através dos quais se consiga igualar a balança da relação. É o que ocorre nas relações que envolvem o consumidor, pois este, apesar de em grande parte das suas relações ser a parte hipossuficiente do negócio, possui instrumentos legais que lhe auxiliam no desequilíbrio contratual, como é o caso, por exemplo, da possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor.

Na realidade, sempre houve casos nos quais o negócio jurídico é mais atrativo para uma das partes, porém o “que é nocivo é quando permanentemente uma das partes se encontra com sua liberdade de contratar e de definir o conteúdo do instrumento comprometida. É hora de intervir para garantir a liberdade de contratar”¹⁴⁶. É óbvio, no entanto, que a intervenção estatal também encontra limites, os quais são conferidos pela Constituição.¹⁴⁷

Outro exemplo é o que ocorre com a proteção especial que o Estado deve conferir para pessoas vulneráveis. Nesse sentido, tendo em vista a vulnerabilidade de pessoas deficientes mentais, em 2015, ocorreu o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), visando trazer prerrogativas a essas pessoas, para que elas consigam uma melhor inserção social e um maior equilíbrio nas suas relações sociais. A ideia de intervenção estatal visando buscar um maior equilíbrio social nas diversas relações existentes na sociedade se dá, no âmbito da autonomia, para que cada pessoa consiga manifestar a sua real vontade, exercendo assim a sua mais legítima autonomia.

Como a desigualdade social é uma realidade, o Estado tem a tarefa, então, de sempre buscar o equilíbrio social. Muitas vezes, as pessoas não conseguem exercer a sua autonomia por conta da desigualdade, são impedidas de exercer o que consideram como algo digno, em virtude da sua posição social, por exemplo. Esse princípio leva em consideração que as diferenças devem sempre ser contempladas, pois elas são inerentes às pessoas, uma vez que “os homens não são iguais entre si, e para confirmar esta assertiva basta pensar em dicotomias facilmente visualizáveis, como cultos e analfabetos, sadios e deficientes, heterossexuais e homossexuais.”¹⁴⁸

É importante deixar registrado que a igualdade substancial permite que as pessoas entendam que elas estão inseridas em um pluralismo cultural, para que assim compreendam a

¹⁴⁶ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Direito Civil Constitucional. Caderno 3**. São Paulo: Malheiro, p. 83.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 83.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 122.

necessidade de se conferir “respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o ‘cidadão’, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos.”¹⁴⁹ Com isso, a igualdade também se liga à concepção relacionada ao princípio da diversidade o qual dispõe acerca do “respeito à especificidade de cada cultura”¹⁵⁰, em que cada indivíduo deve encarar cada cultura como um valor.¹⁵¹

A igualdade formal concebia a pessoa como uma abstração, “essencial a consideração do sujeito em concreto para que se possa falar verdadeiramente de igualdade.”¹⁵² A igualdade se mostra como um princípio essencial para nortear a autonomia privada, a fim de que sejam evitadas condutas exploratórias ou abusivas no âmbito das relações jurídicas.

Além da igualdade material, a solidariedade também se mostra como um princípio norteador da autonomia privada. Após a Segunda Guerra Mundial, muito por conta do nazifascismo, houve um crescimento das discussões sobre a “humanidade”, com destaque para os crimes contra ela, e o seu patrimônio comum. A ideia de “humanidade” surgiu exatamente para que fosse demonstrado os erros do passado, para que eles não ocorressem mais no futuro. A finalidade era a de combater qualquer tipo de maus tratos contra os seres humanos, seja por parte do Estado, seja por parte da relação entre as pessoas na sociedade.

Sob essa perspectiva é que as Constituições do século XX, no mundo, foram moldadas, em que “o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca.”¹⁵³ No Brasil, tal fato não foi diferente, a Constituição Federal de 1988 trouxe como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CFRB/1988), e, como objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza, da marginalização, das desigualdades sociais e regionais, o desenvolvimento nacional e também, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º - CF).¹⁵⁴

¹⁴⁹ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Direito Civil Constitucional. Caderno 3**. São Paulo: Malheiros, p. 124.

¹⁵⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵² REQUIÃO, Maurício. **Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares**. In: REQUIÃO, Maurício. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014. p. 16.

¹⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 46.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 44.

¹⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 de out. de 2019.

A solidariedade traz consigo o pensamento acerca da coexistência humana e “deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’”¹⁵⁵. Dessa forma, a solidariedade manifesta a ideia de reciprocidade.

Quanto ao aspecto interno, ou seja, individual, as pessoas devem se autodeterminar da forma que entenderem mais benéfica para si, mas sem esquecer de que, como sujeitos participantes de uma sociedade, devem sempre pensar no próximo, e também no seu bem-estar. Assim, negócios jurídicos, ou qualquer outra relação jurídica, deve ser formada por pessoas que saibam que aquilo será benéfico para ela e para o seu próximo. Essa ideia de solidariedade e de reciprocidade visa coibir condutas exploratórias, maus tratos, e conferir um tratamento mais humanitário entre as pessoas nas suas diversas relações.

Na solidariedade, as pessoas devem se colocar no lugar do outro, o “outro” deve ser, portanto, reconhecido. Há aqui uma aproximação com a ideia de conduta moral sobre a qual Kant se posicionava, e na qual os indivíduos devem praticar boas condutas, condutas essas que eles gostariam que fossem aceitas como leis universais, que valessem para todos e de que todos pudessem gozar. Para Kant, essas condutas, se fossem livres de toda e qualquer inclinação, seria um agir moral sendo exercido pela autonomia. A solidariedade se mostra, dessa forma, como um princípio constitucional ligado à igualdade substancial (material) e à dignidade da pessoa humana, pois ele pode ser identificado “com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”¹⁵⁶

A autonomia privada deve estar pautada na solidariedade, as condutas tomadas pelos sujeitos devem sempre se pautar na ideia de reciprocidade e na ideia do sujeito se ajudar, sem esquecer de ajudar o próximo. Contudo, por mais que ela seja de extrema importância para a autonomia, se mostrará incompleta se não estiver combinada com a alteridade. Isso ocorre porque não basta que a pessoa faça o que ela queria que fizessem com ela, mas que ela tenha em mente que nem sempre o que ela queria que fizessem com ela é o mesmo que o outro irá desejar, e não só isso, a figura do “outro” tem que ser valorizada nas relações contidas na sociedade, dentro das suas particularidades¹⁵⁷.

¹⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Dignidade Humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 46.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética**. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*. Disponível em:

Desejos, vontades, anseios, paixões, tudo isso se mostra como variáveis de cada pessoa. O desejo de um pode não ser o desejo do seu próximo. É preciso, então, que as pessoas busquem se colocar no lugar do seu próximo, mas não apenas isso, que também aceitem e compreendam quando este pensar e tiver vontades diferentes das suas. A reciprocidade deve estar combinada com a aceitação. Desse modo, a alteridade tem uma importância muito grande para autonomia, pois ela irá fornecer uma completude aos princípios norteadores do direito. Conforme abordado anteriormente, não basta que o sujeito tenha seus direitos respeitados, é necessário que o “outro” também seja respeitado e enxergado como o “outro”, dentro das suas peculiaridades.

A perspectiva da alteridade procura conferir uma maior valorização em relação ao “outro” nas relações estabelecidas. Isso denota uma maior importância com a coletividade, com o tecido social que tanto foi deixado de lado no liberalismo dos séculos XVIII e XIX. Quando se fala em alteridade, deve-se ter em mente que este termo já é trabalhado há bastante tempo, e durante a história ele sofreu modificações até se chegar ao século XX com uma concretização do seu significado. Logo, a “alteridade”

é um termo de etimologia latina derivado do substantivo *alteritas*, *atis* que significa “diversidade”, “diferença”, tendo na sua raiz o adjetivo *alter*, *era*, *erum*, significando “outro”, “um de dois”. Podemos ainda acrescentar que o termo latino *alte* é já formado a partir das palavras gregas *allos*, que se traduz por “outro” (por apócope, ou perda de fonema), e *eteros*, ou “outro”, “diverso” ou “oposto”.

Assim sendo, a “alteridade”, na sua definição etimológica, designa o “outro”, a característica de ser outro – sem qualquer indicação acerca da sua natureza, nomeadamente humana, podendo designar um qualquer “outro” que não humano –, no contexto de uma pluralidade ou “diversidade”, como “um de dois”, assim o entendendo como “diferente” perante o igual, e numa relação de “oposição” face à identidade. Ou seja, a “alteridade” só se afirma num horizonte plural, a partir da igualdade ou identidade e contrapondo-se-lhe.¹⁵⁸

Contudo, conforme exposto, nem sempre a alteridade era vista dessa maneira. Platão e Aristóteles e até Tomás de Aquino, por exemplo, enxergavam a alteridade como um “modo de ser, como uma categoria de ser, para além das particularidades muito precisas que ganha em cada um dos universos filosóficos apontados.”¹⁵⁹ Já na Modernidade, filósofos como Descartes e Kant se valiam da “alteridade” dentro do campo da gnosiologia, da teoria do conhecimento, enxergando-a como o modo pelo qual o “sujeito do conhecimento – fundamento

<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/download/429/348>, Acesso em: 30 de mar de 2020, p. 80.

¹⁵⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade. Disponível em:

<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/download/429/348>. Acesso em: 30 de mar de 2020, p. 71.

¹⁵⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

do conhecimento objectivo – apreende o outro, o modo como representa o outro, e como o outro afecta a possibilidade de conhecimento objectivo, cabendo neste outro tudo o que é exterior à subjectividade.”¹⁶⁰

Destaque-s que a Modernidade, apesar de trazer uma argumentação que confere certa importância à figura do “outro”, não coloca este em pé de igualdade com o “eu”. Para a alteridade, a relação “eu” e “outro” deve ser simétrica, ou seja, o “outro” não pode ser um ponto de partida para se alcançar o “eu”. Para que a alteridade seja compreendida, é necessário que haja o conhecimento acerca do “outro”. Essa importância que se deve conferir o “outro” ocorre, pois

O direito é um fenómeno de relação entre um e outro, daí a necessidade de reafirmarmos que ele é o reino da alteridade. A presença de um outro é condição para a existência jurídica. Mas qual outro? Para a emergência do outro é preciso que se vivencie e entenda essa alteridade constante que se estende por toda existência humana, pois é a partir disso que poderemos falar de valores constitutivos, de condutas boas ou más e de direitos justos ou injustos.¹⁶¹

Observe-se, ainda, que a alteridade contemporânea não pode ser concebida pela ideia kantiana de que a pessoa deve agir como se a sua conduta pudesse ser para todos, como uma lei universal, pois, nesse caso, o que Kant faz é partir do “eu” para o “outro”. Isso pode ser considerado como altruísmo, mas não como alteridade.¹⁶² Alteridade remete à ideia de reciprocidade e aceitação. Reciprocidade nos direitos e deveres e aceitação no que o “outro” é distinto e o que uma pessoa acha que é melhor para o seu próximo, para este, no entanto, pode não ser. Conforme afirmado acima, o conceito de dignidade é subjetivo, uma vida digna varia de uma pessoa para outra, dessa forma, cabe ao ser humano aceitar que o “outro” pode não ter os mesmos anseios que ele tem, e nem as mesmas paixões. Ainda no que se refere à aceitação, é preciso dizer que, para alcançá-la, é necessário ética, a qual

originariamente está presente na condição humana, que se depara com o rosto do outro à sua frente e dentro de si mesmo, o que nos leva à necessidade de pensarmos a ética e o direito a partir do aprofundamento da presença do outro, na aceitação de sua diferença e no seu acolhimento necessário para constituir a dinamicidade da relação eu - outro.¹⁶³

¹⁶⁰ NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/download/429/348>. Acesso em: 30 de mar de 2020, p. 72.

¹⁶¹ AGUIAR, Roberto A. R. de. **Alteridade e rede no direito**. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7564/1/ARTIGO_AlteridadeRedeDireito.PDF. Acesso em: 20 de outubro de 2020. p. 15.

¹⁶² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 28.

O direito deve, portanto, conferir dispositivos não apenas voltados para o âmbito individual. Apesar de ainda existir resquícios do individualismo exacerbado dos séculos XVIII e XIX, é preciso que o ordenamento jurídico preveja normas e princípios norteadores que se voltem para o “outro”, conferindo assim uma carga valorativa maior para a coletividade. Assim, relações jurídicas não devem apenas ficar limitadas à proteção do indivíduo, o “outro” deve ser levado em consideração, a coletividade tem que ser valorada, o tecido social necessita ser enaltecido.

A história mostra os perigos que existem na desconsideração da alteridade para uma sociedade.

Os poderes ditatoriais desincorporam a dimensão do outro na sociedade e no direito. O outro é negado no século XX pelo massacre dos armênios perpetrado pela Turquia e pela dizimação de judeus, ciganos e homossexuais pela Alemanha nazista. O outro é coisa e espaço de exercício das perversidades e taras escondidas por retóricas convincentes, por valorizações míticas de raças superiores, ou por justificações religiosas que partem de uma divisão do mundo entre os que já estão salvos pela graça divina em oposição aos que já estão originariamente danados ou perdidos. Apenas para lembrar, é esta visão que fundamenta todos os horrores da política do apartheid na África do Sul, recentemente desconstituída. Logo, só a permanente construção democrática e a liberdade crescente poderão reincorporar o outro aos sujeitos, às sociedades, aos poderes e ao direito.¹⁶⁴

Cumprir registrar que a alteridade visa partir do “outro” para alcançar o “outro”, ou seja, aqui não se parte do “eu”. Esse fato possibilita que haja simetria na relação entre o “eu” e o “outro”, uma “reciprocidade entre ambos, porque se confirma a natureza ética da relação. A alteridade exprime a eticidade da relação entre o eu e o outro na sua constituição recíproca.”¹⁶⁵

A alteridade implica a noção de que

o outro é o outro e respeitar o outro como ele é, evidencia o respeito à autonomia humana, mantendo-se nitidamente relacionada com o respeito ao multiculturalismo. A proteção sistemática dos direitos fundamentais não garantiu apenas a continuidade existencial do ser humano, mas condicionou o alcance de uma adequada proteção à ideia de integridade existencial, que é emanada do respeito à proposta constitucional da dignidade.¹⁶⁶

¹⁶⁴ AGUIAR, Roberto A. R. de. **Alteridade e rede no direito**. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7564/1/ARTIGO_AlteridadeRedeDireito.PDF. Acesso em: 20 de outubro de 2020, p. 32.

¹⁶⁵ NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/download/429/348>, Acesso em: 30 de mar. 2019. p. 80.

AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELES, Ana Thereza. **Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida**. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220/15867>. Acesso em: 20 de outubro de 2019. p. 125-126.

Além disso, a alteridade implica também uma lógica de ação, a qual é chamada na contemporaneidade de “alterlogia” que significa

uma lógica do outro, do outro enquanto outro como horizonte de constituição de si. A “alterlogia” consiste numa nova coerência do nosso pensamento e, sobretudo, da nossa ação, fundamentada e estruturada a partir da afirmação da presença originária, constante e indelével do outro, e, ainda, integrada e constituinte do eu. Este postulado comporta dois requisitos fundamentais a ter presente: o descentramento do eu na sua relação com o outro e o respeito pelo outro na sua afirmação de si.¹⁶⁷

Porém, os requisitos do descentramento do “eu” na sua relação com o outro e o respeito pelo outro na sua afirmação de si, trazidos pela alterlogia, não podem andar separados, sob pena de descaracterizarem a ideia de alteridade. Isso ocorre porque, analisado de forma autônoma, percebe-se que esses requisitos se tornam incompletos para a alteridade. O requisito referente ao “descentramento do eu na sua relação com o outro”¹⁶⁸, andando sozinho se configura apenas como altruísmo, dessa forma, parte-se do “eu” para o “outro”.

O perigo é que agir da maneira que você quer que o outro haja contigo não é alteridade, pois não implica a aceitação de que, muitas vezes, o que você quer que façam contigo não é o mesmo que o outro quer que façam com ele. Tal fato se mostra como um verdadeiro “despojamento do eu numa dádiva generosa ao outro, que, frequentemente, se exerce num esquecimento ou mesmo anulação de si perante o outro e, por vezes, resulta também numa substituição do outro pelo eu.”¹⁶⁹

Já no que se refere ao respeito pelo outro na sua afirmação de si, o mesmo apresenta duplo objetivo.

Por um lado, não se quer fazer depender a satisfação das necessidades de cada um de boas-vontades de outros, mas impô-la como obrigatória, através da conversão das necessidades, interesses, desejos em direitos dos próprios. A enunciação dos direitos de uns incumbe os deveres de outros. Por outro lado, considera-se que a possibilidade de cada um poder procurar como melhor entende a felicidade tal como a entende para si, constitui a melhor garantia de ser feliz.¹⁷⁰

Percebe-se, portanto, “que nem a generosidade altruísta, nem a dignificação dos direitos lograram fundamentar uma ética da reciprocidade, da alteridade, do outro, que exige uma nova lógica da ação.”¹⁷¹ Ambos os requisitos da alterlogia se completam, possibilitando uma alteridade baseada na reciprocidade e aceitação do “outro”, como sujeito de direitos e de

¹⁶⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/download/429/348>>, Acesso em: 30 de mar de 2020. p. 81.

¹⁶⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.82.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 83.

deveres. O direito deve garantir que haja uma simetria entre o “eu” e o “outro” nas relações que forem traçadas entre eles.

A Alterlogia se apresenta como elemento harmonizador desses dois requisitos “na consciência de que não existe um eu puro ou um outro puro – o que seria apenas uma abstração –, mas que ambos se constituem reciprocamente, na sua coexistência e interação.”¹⁷²

É preciso deixar claro ainda que a autonomia privada tem a alteridade não apenas como seu princípio norteador, mas também como um complemento na formação de um mecanismo com a capacidade “de propiciar a efetivação da tutela jurídica adequada à integridade existencial do ser humano no que tange ao bem jurídico “vida”, na medida em que se possa contemplar distintas esferas: a individualidade e a coletividade.”¹⁷³ A conjugação harmônica entre o princípio da autonomia com o princípio da alteridade

“parte da necessidade de contemplação das esferas individual e coletiva na consubstanciação da construção adequada da proteção jurídica dos bens envolvidos. A autonomia, situada no plano da individualidade, deve manter-se harmonizada com o espectro da coletividade, onde se pode identificar a proposta da alteridade, se considerado o dever imanente de sempre respeitar o outro, de modo que as perspectivas não se excluam.”¹⁷⁴

Uma vez delimitados os contornos que envolvem a construção da concepção moderna de autonomia privada, entendendo, inclusive, os princípios básicos que a norteiam, se é necessário o estudo da autonomia privada nas relações de emprego, mais especificamente, da autonomia negocial, que é o que se fará adiante.

¹⁷² NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/download/429/348>>, Acesso em: 30 de mar de 2020. p. 81.

¹⁷³ AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELES, Ana Thereza. **Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220/15867>> Acesso em: 20 de outubro de 2020. p. 125.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 140.

3 AUTONOMIA NEGOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A atividade remunerada que tem como objetivo o sustento próprio e da família do indivíduo é, segundo Luciano Martinez¹⁷⁵, o que se denomina técnico-juridicamente por trabalho. Nesse sentido, o autor enfatiza que o trabalho pode se dar de forma autônoma ou subordinada, neste último, o emprego. O modelo “emprego” foi instituído como eixo de parametrização das relações de trabalho no Brasil¹⁷⁶. Isso quer dizer que, a grosso modo, a exploração da mão de obra no Brasil é regulamentada sob a forma subordinada, sendo o trabalho não subordinado e, portanto, autônomo, não contemplado, no geral, pela Consolidação das Leis do Trabalho¹⁷⁷.

Para uma relação de trabalho ser caracterizada como emprego, é preciso que a prestação do serviço ocorra de forma não eventual, personalíssima, onerosa e subordinada, constituindo-se risco do negócio assumido integralmente pelo empregador, nos termos dos Artigos 2º e 3º da CLT. Uma vez preenchidos os requisitos legais previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, ainda que as partes da relação tentem afastar eventual natureza empregatícia, pactuando particularmente em sentido contrário, por força dos princípios da imperatividade e indisponibilidade das normas trabalhistas, prevalecerá o modelo de emprego ali caracterizado.

A subordinação, que é, segundo Edilton Meireles¹⁷⁸, “a sujeição do empregado as ordens do empregador”, como elemento caracterizador da relação de emprego, representa requisito contratual elementar para a estrutura da organização do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, por isso a subordinação tem natureza jurídica¹⁷⁹. Diante de tal contexto, que revela a preponderância do modelo subordinado de trabalho, não há que se perder de vista a natureza contratual de tais relações, prevista no Artigo 442 da CLT, inclusive, a configuração jurídica da subordinação como requisito do modelo de trabalho denominado emprego, uma vez que este decorre da vontade manifesta pelas partes no negócio jurídico.

¹⁷⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 139.

¹⁷⁶ MURADAS, Daniela. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERE, Valdete Souto (Coord.) **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p.171

¹⁷⁷ Importante destacar que, em que pese a Lei 13.467/2017 ter introduzido a CLT o artigo 442-B, que autoriza a contratação de trabalhador autônomo com exclusividade e continuidade, não houve mudanças no sentido de introduzir regramento de cunho protetivo a esta modalidade de trabalho.

¹⁷⁸ MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p.93.

¹⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 350-351.

Ao contrário do que acontece no trabalho autônomo, em que o trabalhador não transfere a terceiro o poder de organização de sua atividade¹⁸⁰, no trabalho subordinado, ou seja, no emprego, por força de contrato, o empregado concorda em dispor da sua mão de obra sob a direção e organização do empregador. A grande diferenciação entre o trabalho subordinado e o não subordinado reside, portanto, na autonomia do prestador da mão de obra, ao passo que, nas relações de trabalho autônomo, o trabalhador não transfere para terceiro o poder de dirigir o trabalho, enquanto na relação de emprego existe cláusula de subordinação.

No trabalho autônomo, o trabalhador tem poder de autodeterminação, ou seja, é ele quem escolhe a forma como irá prestar o serviço, impondo ao contratante as regras do seu trabalho, que poderão ser aceitas ou não. Por exemplo, se uma pessoa necessita realizar a manutenção de um aparelho de ar-condicionado e decide chamar um técnico para avaliar as condições da máquina, ao realizar o diagnóstico do serviço necessário, sendo o técnico trabalhador autônomo, este vai estabelecer o valor que irá cobrar, o prazo para realização do reparo, o local onde realizará o serviço, podendo, inclusive, não ter interesse na realização desse serviço.

Se, ao invés de contratar um trabalhador autônomo, faz-se a contratação de uma empresa especializada, que envia um empregado para realizar o serviço, este não poderá determinar a forma como a empresa conduzirá o reparo e deverá seguir os parâmetros determinados pelo seu empregador para a execução do serviço, devendo, desse modo, realizar o reparo caso a empresa determine, não cabendo a ele, via de regra, decidir o valor a ser cobrado, o prazo de entrega, e demais detalhes do serviço, e sim ao empregador. A aceitação do empregado em se submeter à direção contratual do empregador, que determinará quando, como e onde este deverá prestar o serviço, bem como quais são os benefícios e atribuições daquele serviço a ser prestado, por si só, já justifica a existência de uma disparidade no pacto empregatício, gerando uma vulnerabilidade no plano negocial. Contudo, não são só a vulnerabilidade negocial que cria uma desproporcionalidade na aludida relação.

Segundo Leandro Dorneles¹⁸¹, as relações de emprego geram uma série de vulnerabilidades¹⁸², podendo-se afirmar que todas elas são relevantes para a existência de uma desigualdade entre os polos do contrato de emprego. Nesse sentido, em razão do descompasso

¹⁸⁰ PEREIRA, Leone. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.38.

¹⁸¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. Revista LTr. Ano 77, n 3, mar 2013, p. 295.

¹⁸² O autor se inspira nas vulnerabilidades decorrentes das relações de consumo para estabelecer um conjunto de vulnerabilidades no plano hierárquico, econômico, técnico, social e informativo, que serão estudadas no item 2.1.1.

das forças pactuantes no contrato de emprego, e da notória vulnerabilidade do empregado, o legislador limitou a autonomia negocial do empregado, estabelecendo parâmetros contratuais mínimos para as relações de emprego. Assim, não podendo dispor sobre determinados direitos, e sendo obrigado a ter benefícios mínimos estipulados por lei, o empregado estaria salvaguardando-se de eventual atuação abusiva do empregador com o objetivo de explorar a mão de obra da forma menos onerosa possível.

A limitação da autonomia negocial do empregado é, portanto, uma efetivação do princípio da igualdade em sua vertente material, conforme será abordado neste trabalho.

3.2 AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO

A concepção moderna de autonomia privada, como visto até aqui, é resultado de um processo histórico que evidenciou que a máxima da autonomia da vontade, como dogma nas relações entre particulares, foi uma experiência que acarretou a perpetração de uma desigualdade material no plano contratual, principalmente no âmbito social. A mera vontade manifestada já acarretava a validade contratual, ainda que esta vontade formal não refletisse verdadeiramente os anseios pessoais de uma das partes. Com a superação do dogma da vontade, o poder de autodeterminação dos indivíduos nas relações privadas passa a ser limitado por prescrições previstas no ordenamento jurídico, surgindo a concepção da autonomia privada.

A autonomia privada é, segundo Leonardo Boff¹⁸³, poder de “auto-regulamentação de interesses, patrimoniais ou não patrimoniais”, princípio fundamental do direito privado brasileiro que “confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses”, conforme limitações impostas pelo ordenamento jurídico.

A limitação da autonomia nas relações privadas tem como objetivo principal evitar que a existência de disparidade de forças entre os contratantes resulte no surgimento de negócios jurídicos abusivos os quais, conseqüentemente, influenciam no aumento da desigualdade social. Por isso, a autonomia privada implementa limitações aos contratantes, buscando efetivar uma isonomia substancial¹⁸⁴ entre eles.

¹⁸³ BOFF, Leonardo. Contornos atuais da autonomia privada em face das situações jurídicas subjetivas existenciais. *In*: MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.74.

¹⁸⁴ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 64.

No ordenamento jurídico brasileiro, as relações de emprego¹⁸⁵ recebem proteção especial em razão da notória vulnerabilidade de uma das partes do contrato, afinal, o empregador tem o poder de direção da prestação do serviço e concentra ainda o poder econômico em suas mãos, decidindo quem vai empregar e o valor ofertado por tal posto de trabalho. Dessa forma, existe, especialmente, um desequilíbrio na balança contratual. Objetivando garantir o equilíbrio de tal balança, o ordenamento jurídico brasileiro elevou direitos e garantias básicas do empregado ao patamar de direitos fundamentais, elencado na Constituição Federal de 1988, especificamente nos Artigos 7º, 8º e 9º, proteções às relações individuais de trabalho e às relações coletivas.

Assim, o Direito do Trabalho se divide em Direito Individual do Trabalho, que trata da “regulação do contrato de emprego, fixando direitos, obrigações e deveres entre as partes”¹⁸⁶, e em Direito Coletivo do Trabalho, que “regula as relações inerentes à chamada autonomia privada coletiva, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente”¹⁸⁷.

Em razão da recepção constitucional ao exercício de representação coletiva no direito do trabalho, através, principalmente, das organizações sindicais, é possível vislumbrar a autonomia privada no âmbito das relações de emprego em dois aspectos: o individual e o coletivo.

Enquanto a autonomia privada individual do empregado “consiste no ato de liberdade negocial, respeitados os primados de validade diante da constituição de relação jurídica empregatícia”¹⁸⁸, a autonomia privada coletiva é “vislumbrada na seara do Direito Coletivo, diante das relações de natureza coletiva que ocorrem na seara trabalhista”¹⁸⁹. Nessa perspectiva, Adriana Wyzykowski, percebe que

a autonomia individual visa satisfazer interesse individual, visualizando o empregado e o empregador enquanto pessoas singularmente consideradas. Já no que diz respeito a autonomia privada coletiva, o interesse jurídico ali consagrado é o coletivo, pertinente ao grupo, às categorias envolvidas¹⁹⁰

¹⁸⁵ Como esclarecido anteriormente, o recorte escolhido será o trabalho na modalidade subordinada, uma vez que, nos contratos não subordinados a autonomia privada é exercida conforme as regras aplicáveis aos contratos civis.

¹⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1549.

¹⁸⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁸⁸ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.69.

¹⁸⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁹⁰ *Ibidem, p. 70.*

A autonomia privada coletiva, no âmbito das relações de trabalho, operacionaliza o expansionismo e o pluralismo de fontes desse ramo do direito, uma vez que é em decorrência do exercício dela que são editadas normas coletivas de trabalho, sejam elas na modalidade de convenções coletivas, ou acordos coletivos de trabalho. Vale ressaltar que as normas coletivas firmadas entre sindicatos, ou entre sindicatos e empregadores, têm natureza de norma jurídica¹⁹¹ que, produzidas pelos próprios destinatários do direito, são fontes jurídicas autônomas.

Apesar dessa latente relevância da autonomia privada coletiva no âmbito das relações de emprego, levando em consideração que o objeto de estudo do presente trabalho é a possibilidade da arbitralidade, ou não, de dissídios individual em face da autonomia negocial do empregado, não será feita uma análise aprofundada dos limites da autonomia negocial coletiva. Esta opção se justifica pelo fato de que a própria Constituição Federal de 1988 autoriza expressamente, no seu Artigo 144, §2º, a arbitralidade de dissídios coletivos no âmbito do direito do trabalho. Por isso, passar-se-á a estudar a autonomia privada do empregado, especificamente no seu aspecto negocial.

A escolha do recorte do estudo da autonomia privada na sua vertente negocial se dá porque ela “traduz a liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato, de escolher, quando puder, a forma do ato”¹⁹². Ou seja, é a autonomia de auto regulamentar, dentro dos limites legais, os termos do negócio jurídico.

Levando-se em consideração que a relação de emprego é eminentemente contratual, o estudo dos limites do poder de auto regulamentar o contrato individual do trabalho é fundamental para entender se é possível ou não submeter os litígios decorrentes desse negócio jurídico a arbitragem.

O contrato de emprego, denominado equivocadamente pelo legislador celetista de contrato individual de trabalho¹⁹³, é negócio jurídico, verbal ou escrito, tácito ou expresso, através do qual o empregado, pessoa física, se obriga pessoalmente a fornecer sua mão de obra, de modo não eventual, ou seja, conforme frequência temporal ajustada com o empregador. Essa relação contratual se dá mediante pagamento de contraprestação financeira que deve ser prioritariamente em pecúnia e subsidiariamente através do fornecimento de utilidades, sob a direção do empregador, que vai ditar as regras da prestação do serviço e assumirá integralmente todo o risco do negócio.

¹⁹¹ LOPES, Mônica Sette. **A convenção coletiva e sua força vinculante**. São Paulo: LTr, 1998, p. 36.

¹⁹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

¹⁹³ Em que pese referir-se a negócio jurídico decorrente da relação do emprego, a CLT nomeia o contrato firmado entre empregado e empregador como contrato individual de trabalho, vide artigo 442 da mencionada lei.

Por se tratar de um contrato decorrente de uma relação privada especial, em que uma das partes fornece sua mão de obra em favor de uma contraprestação que tem por objetivo seu o sustento, as limitações impostas à autonomia privada, e especificamente neste estudo à autonomia negocial, surgem de uma condição de vulnerabilidade, característica que será estudado em momento específico. Dessa forma, para estudar essas limitações impostas à autonomia privada, especificamente à negocial, será utilizado, como referencial teórico, neste estudo, o entendimento de Maurício Requião¹⁹⁴ que afirma ser necessário buscar tanto fatores, como fundamentos que possam justificá-las para melhor compreendê-las.

Ao tratar de fatores limitadores “se está referindo aos fatos, direitos ou valores que são colocados em confronto com a autonomia limitando-a”¹⁹⁵, como, por exemplo, a lei e a ordem pública. Enquanto isso, os fundamentos limitadores são os “argumentos que são colocados como justificativa para a realização da limitação”¹⁹⁶, que podem ser divididos em limitação objetiva, limitação subjetiva e limitação relacional¹⁹⁷. Questiona-se, então, quais seriam o fundamento e os fatores limitadores da autonomia negocial do empregado no âmbito do contrato de emprego? Como já foi afirmado anteriormente, o fundamento limitador da autonomia privada de uma pessoa é a justificativa que impõe a limitação, é o porquê de existir determinada barreira.

Nas relações de emprego, existe, notadamente, um desequilíbrio entre os contratantes. Um dos polos, o empregado, em virtude da construção social em seu entorno, para garantir que a contratação seja concretizada, adere a qualquer condição que lhe seja imposta, por mais absurda que seja. E não seria diferente no curso da relação. E, ainda, para garantir a continuidade do contrato, o empregado aceita e assente com qualquer alteração contratual. Nessa perspectiva, adota-se o posicionamento, seguindo entendimento de Edilton Meireles¹⁹⁸, de que o contrato de trabalho tem natureza de adesão, pelo qual, salvo exceções, “por mais que o trabalhador possa discutir as condições de trabalho, é certo que ele acaba por aderir às cláusulas preestabelecidas pelo empregador”. Por não estar em situação de igualdade com o

¹⁹⁴ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.35.

¹⁹⁵ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.36.

¹⁹⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.55.

¹⁹⁸ MEIRELES, Edilton. **Abuso de direito nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p.100

empregador, entende-se que o empregado, no que diz respeito a sua posição no contrato de trabalho, é pessoa vulnerável¹⁹⁹.

A vulnerabilidade do empregado reside na fragilidade em que se processa a relação de emprego para o trabalhador em razão da unilateralidade de poder concentrado nas mãos do empregador que se perpetra desde a formação contratual e durante todo o curso do contrato. Isso acontece, uma vez que o empregador é o detentor das ferramentas de gestão do contrato (estipulação dos termos e autonomia diretiva da atividade), ocasionando uma susceptibilidade de adoção de condutas abusivas por dele. No âmbito das relações de emprego, portanto, o fundamento limitador da autonomia do empregado é a sua vulnerabilidade, logo o que justifica a necessidade de uma limitação a sua autonomia.

Caso não houvesse limitações ao exercício de poder de auto regulamentação do empregado, em razão da sua vulnerabilidade, quando da contratação, ou no curso do contrato de trabalho, este aceitaria qualquer imposição do empregador com o objetivo de ser contratado, ou manter-se no emprego, em que pese, nem sempre, concordar com tais imposições. Se a vulnerabilidade justifica a existência de limitação à autonomia negocial do empregado, quais são, então, os fatores operacionalizadores dessa limitação? A lei e a ordem pública, a qual consiste em um conjunto de “princípios que traduzem os interesses fundamentais da sociedade relativos a sua ordem econômica e política”²⁰⁰.

No campo das relações de emprego, os princípios que regem o direito individual do trabalho abarcam uma série de normas que têm por objetivo equilibrar a relação empregatícia, impossibilitando a atuação do empregado em contradição com os postulados que norteiam tal sistema. Por isso, no Artigo 7º da Constituição Federal de 1988, foi incluída uma série de direitos básicos do empregador, elevados à condição de princípios fundamentais. Enquanto direitos fundamentais do empregado, tais direitos devem ser preservados como máximas a serem observadas nos contratos individuais de trabalho.

Além dos princípios fundamentais que refletem direitos básicos do trabalhador, é importante ressaltar os princípios axiológicos do direito do trabalho, que são aqueles que representam toda a carga valorativa desse ramo do direito, enquanto fatores limitadores da autonomia negocial dos empregados. Destaca-se, aqui, o princípio da proteção, que tem como desdobramento os princípios da aplicação da fonte jurídica mais favorável ao empregado, da manutenção da fonte mais benéfica, da avaliação *in dubio* pro operário, dentre outros.

¹⁹⁹ A questão da vulnerabilidade do empregado será tratada de forma específica em seção específica deste trabalho.

²⁰⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.156.

Merecem também menção os princípios da irrenunciabilidade de direitos e da intangibilidade salarial, sendo nulas, de pleno direito, as cláusulas que reduzam o salário do empregado ou que impliquem renúncia de direitos fundamentais do empregado, como férias, 13º salário e estabilidade. Por fim, ressalta-se o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, que informa a prevalência das regras jurídicas obrigatórias, seja a CLT ou norma coletiva de trabalho, em detrimento das regras estabelecidas em contrato. Esse princípio reflete toda a essência da limitação da autonomia privada no empregado pela ordem pública.

O segundo fator limitador da autonomia negocial do empregado é a lei. Seja ela norma legislativa, norma coletiva de trabalho, ou a própria Constituição Federal. O fato é que o Direito Brasileiro optou por limitar o exercício da autonomia negocial do empregado, ao ponto que a impõe de forma expressa em lei.

Conforme já declarado anteriormente, a Constituição Federal elencou direitos básicos do empregado ao nível de princípios fundamentais, como, por exemplo, o fundo de garantia por tempo de serviço, o salário-mínimo nacional, o décimo terceiro salário, o repouso semanal remunerado, a estipulação de uma jornada máxima de trabalho, entre outros. Esses direitos fazem parte de um núcleo duro e irrenunciável de direitos dos empregados. Além disto, a Consolidação das Leis do Trabalho traz regras expressas de limitação da autonomia do empregado.

O legislador ordinário limitou a autonomia negocial do empregado de forma expressa no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, = embora tenha determinado que a livre estipulação será limitada “às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”²⁰¹E, ainda o Artigo 9º da CLT determina a nulidade plena de atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na mesma. Não é possível também, conforme previsão do artigo 468 da CLT, alterar o contrato de trabalho de modo que resultem prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, ainda que com a sua aquiescência.

No âmbito das normas coletivas, não é raro encontrarem-se cláusulas penais em caso de descumprimento dos parâmetros ali estipulados, ainda que com a concordância do empregado, uma vez que as normas autônomas, em regra, devem prevalecer sempre que mais benéficas. As normas coletivas estipulam novos patamares de condições de trabalho de dada categoria, de modo que tais regras são imperativas, não podendo empregados e empregadores transacionarem individualmente a inaplicabilidade delas. De tal modo, não é possível que o

²⁰¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 jul. 2019

empregado autorregule determinado termo de dada relação de emprego, quando houver limites impostos por lei, ou pela ordem pública, quando tratar-se de direitos fundamentais, ou quando existir norma coletiva mais favorável ao empregado.

Não havendo limitação quanto à disposição de determinada situação, é possível que, através de ajuste entre empregado e empregador, se estabeleça lei entre as partes.

3.2.1 A vulnerabilidade enquanto fundamento limitador da autonomia negocial do empregado

Conforme visto até aqui, a vulnerabilidade do empregado é fundamento limitador da sua autonomia negocial no contrato de emprego. Assim, se faz fundamental entendê-la enquanto justificativa de limitação da autonomia.

Vulnerabilidade, conforme Maria do Céu Patrão Neves²⁰², “é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido”, sendo tal definição compatível com as mais diferentes variações e condições que o termo possa invocar. Segundo Simone Monteiro, a vulnerabilidade se forma como um fruto negativo da “relação entre recursos simbólicos e materiais, de indivíduos ou grupos, e o acesso a oportunidades”. Assim, havendo desigualdade entre pessoas de dada relação ou dado grupo, há consequências negativas decorrentes daquela desigualdade, gerando vulnerabilidade.

Em razão da multiplicidade de significações que se podem atribuir ao termo vulnerabilidade, Maria do Céu Patrão Neves²⁰³ afirma que, além de ser atribuída a condição de vulnerabilidade a pessoas que estão facilmente susceptíveis de sofrerem abusos, ela também pode ser entendida como uma qualidade inerente à própria condição humana. A ideia de vulnerabilidade, então, não é apenas uma construção teórica, mas, principalmente, uma predisposição que decorre de múltiplos fatores, pressupondo a necessidade de um enfrentamento objetivando a sua eliminação ou a sua substituição por força ou resistência²⁰⁴.

O tema “vulnerabilidade” é profundamente interdisciplinar, estando presente nos mais diversos ramos da ciência. Assim, aspectos de ordem biológica, vinculados à saúde, não são os únicos fatores relacionados a vulnerabilidade, uma vez que a sua condição de “pode

²⁰² NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista brasileira de bioética**, v. 02, n. 02, 2006, p. 158. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁰³ *Ibidem*, p. 159 *et seq.*

²⁰⁴ MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. **O marco conceitual da vulnerabilidade**. Revista Sociedade em Debate. Pelotas, 17 (2): 29-40, jul-dez, 2011, p. 32-33. Disponível em: <http://www.rsd.ucpel.tche.br/index.php/rsd/article/view/695>. Acesso em 03.dez.2020.

decorrer também por fatores econômicos e sociais, como, por exemplo, pelo seu pertencimento a uma minoria”²⁰⁵, sendo este o caso do empregado.

O desequilíbrio entre os polos do contrato de emprego é latente, porque, de um lado está o empregador, detentor dos meios de produção, e do outro, o empregado, que precisa se adaptar aos imperativos do empregador para garantir o posto de trabalho e a sua manutenção. Nas relações de emprego, então, “a vulnerabilidade do indivíduo se manifesta, muitas vezes, pela recusa da autonomia e, posteriormente, pela adesão às ideias, aos movimentos, às “comunidades” etc., da heteronomia.”²⁰⁶, ou seja, a normatividade elaborada pelo outro (o empregador), com o objetivo de submeter alguém (o empregado) a ela.

Nessa relação, é o patrão quem paga o salário, dirige a forma da prestação do serviço (fiscalizando-a, organizando-a e sancionando-a em caso de faltas), e inicialmente, dentro dos limites legais, determina os termos do contrato (natureza jurídica adesiva).

A adoção do postulado da vulnerabilidade, em detrimento da clássica concepção de hipossuficiência, se dá em razão da multiplicidade de sentidos daquele, ao passo que a ideia de hipossuficiência está ligada a critérios unicamente econômicos²⁰⁷.

A verdade é que, as desigualdades existentes no contrato de trabalho não decorrem apenas de fatores econômicos, mas também de outras questões determinantes para a condição de vulnerabilidade do empregado. O fato é que “a adoção do postulado da vulnerabilidade no âmbito juslaboral visa preservar uma das facetas do princípio fundamental da igualdade: o direito à diferença.”²⁰⁸

Antes de tratar sobre os fatores de vulnerabilidade, é importante esclarecer, contudo, que nas relações sociais as vulnerabilidades não são estáticas²⁰⁹, nem únicas, podendo

²⁰⁵ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2ª ed.

Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 136 *et seq.*

²⁰⁶ MELKEVIK, *Bjarne*. **Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito**. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 641 - 673, jul./dez. 2017, p. 648. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em 23. Abr. 2019.*

²⁰⁷ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo**. Revista LTr, ano 77, n. 3, mar. São Paulo: LTr, 2013, p.294.

²⁰⁸ *Ibidem, loc. cit.*

²⁰⁹ *Ibidem, p. 295.*

existir diversas vulnerabilidades que se sobrepõem, umas sobre as outras²¹⁰ e, quando somadas, geram uma vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade²¹¹.

Segundo Adriana Wyskowski, a hipervulnerabilidade “seria inerente e especial de uma pessoa, seja de forma permanente, como ocorre, por exemplo, com pessoa com deficiência, ou temporariamente, como ocorre nos casos de gravidez”²¹². Não será, contudo, objeto do presente estudo a vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade.

A vulnerabilidade do empregado decorre essencialmente de três fatores: a) subordinação jurídica; b) natureza adesiva dos contratos de trabalho; c) fatores históricos e sociais que determinaram a forma como a exploração do trabalho foi construída no Brasil. Assim, tratar-se-á inicialmente da subordinação como fator de vulnerabilidade do empregado.

A concepção clássica de subordinação jurídica decorre da ideia de que, em decorrência da vontade ajustada em contrato, surge a “obrigação do empregado de colocar as suas energias a serviço do empregador, obedecendo, diligentemente, às diretrizes por este estabelecidas quanto ao modo em que os serviços devem ser prestados”.²¹³

A função e as atividades a serem exercidas pelo empregado, a forma de cumprimento da jornada, o salário a ser recebido, as sanções que poderão lhe ser aplicadas e demais questões vinculadas à prestação laboral, desde que respeitados os limites impostos por lei, são estipulados na fase contratual do emprego. Destaque-se, nesse sentido, que o poder disciplinar do empregador, sob a perspectiva clássica, tem relevância significativa para a vulnerabilidade do empregado e isso se dá porque, conforme esclarece Edilton Meireles²¹⁴, a legislação brasileira adotou a teoria contratualista no que tange os contratos de emprego, motivo pelo qual “o poder sancionador não decorre de expressa autorização legal [...]. Assim, as sanções somente podem ser aplicadas se pactuadas contratualmente.”.

²¹⁰ LUNAS, Florencia. **Vulnerabilidad: la metáfora de las capas**. Jurisprudencia Argentina, IV, fascículo N° 1, 2008, p. 8. Disponível em: http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metáfora_de_las_capas.pdf. Acesso em: 06 dez. 2020.

²¹¹ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 102-103.

²¹² *Ibidem*, p. 103.

²¹³ SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Niterói: Impetus, 2013, p.29.

²¹⁴ MEIRELES, Edilton. **Abuso de direito nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p.100.

O poder disciplinar do empregador, um dos poderes derivados do poder diretivo, é, segundo Luciano Martinez²¹⁵, o meio pelo qual o empregador poderá apenar o empregado transgressor de suas ordens, de seus comandos por infrações cometidas no âmbito do contrato de emprego. Ou seja, para ter sanção disciplinar ao empregador, ele precisa pactuar previamente. Desse modo, é o próprio empregado que, no momento da pactuação empregatícia, renuncia a sua liberdade, autorizando que o empregador lhe imponha sanções no âmbito da relação de emprego.

O estado de dependência do empregado perante o empregador precisa ser observado de forma criteriosa, para não se criar uma ideia ultrapassada de sujeição ou submissão pessoal, relacionada a subordinação, como esclarece Arion Sayão Romina²¹⁶:

Este conceito corresponde a etapa histórica já ultrapassada e faz lembrar lutas políticas que remontam à condição do trabalhador como objeto de locatio, portanto equiparado a coisa (res). O trabalhador, como pessoa, não pode ser confundido com a atividade, este sim, objeto de relação jurídica.

É importante esclarecer ainda que este estudo não tem por objetivo limitar a subordinação jurídica à concepção clássica de submissão ao poder diretivo de categorias proletarizadas. Ao revés, é preciso compreender a existência da subordinação sob uma perspectiva ampla, entendendo que “onde há controle, ainda que tênue, potencial ou por meio de integração da atividade do empregador, há vulnerabilidade fática ou contratual do empregado”²¹⁷

Somada à subordinação jurídica, o segundo fator da vulnerabilidade do empregado é a natureza do contrato de emprego, fator também preponderante, uma vez que todas as regras a serem aplicadas na relação firmada entre patrão e empregado derivam, salvo os limites legais, do instrumento contratual. Entretanto, por que a natureza do contrato de emprego seria relevante para o estabelecimento da condição de vulnerabilidade do empregado?

Se é através do contrato que o empregado abre mão parcialmente de sua liberdade e autoriza o empregador a, dentre outros fatores, lhe aplicar sanções, logo a formação do contrato é essencial para entender como as regras contratuais são estabelecidas.

²¹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.279.

²¹⁶ ROMITA, Arion Sayão *apud* MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário N° 00698-2007-107-03-00-4**. Quarta turma. Recorrente: José Antônio Novais Horta. Recorrido: Seculus Empreendimentos E Participações S.A. Relator: Júlio Bernardo Do Carmo. Julgado em 24 ago. 2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=686419&acesso=e505aab43f546ea30a3043f512e4c439>. Acesso em: 07 jul. 2019.

²¹⁷ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 116.

O presente trabalho acompanha o posicionamento do Professor Edilton Meireles²¹⁸ quanto à natureza adesiva do contrato de emprego, pelo qual, salvo exceções, “por mais que o trabalhador possa discutir as condições de trabalho, é certo que ele acaba por aderir às cláusulas preestabelecidas pelo empregador”.

No entanto, no curso do contrato de emprego, a sua natureza adesiva também se revela, porque, “quando o empregador impõe novas condições de trabalho (modificação de horário de trabalho, de funções, etc.), limitando-se o empregado a aceitá-las ou a pedir demissão”²¹⁹ A vulnerabilidade do empregado reside, portanto, na fragilidade que se forma e processa o contrato de emprego para o trabalhador, em razão da unilateralidade das cláusulas contratuais que se perpetra desde a formação contratual inicial e durante todo o curso do contrato.

Como se sabe, é o empregador o detentor das ferramentas de gestão do contrato (estipulação dos termos e autonomia diretiva da atividade), ocasionando uma susceptibilidade de adoção de condutas abusivas por este através do contrato. Assim, em virtude da adoção do modelo contratualista nas relações de emprego, a fim de proteger direitos mínimos e fundamentais do empregado, o legislador brasileiro optou por adotar medidas de limitação a autonomia negocial do empregado, impossibilitando que ele pactue e disponha de direitos básicos. Dessa forma, o empregado não pode dispor de direitos fundamentais, anuir com alterações no contrato de emprego que não lhe sejam benéficas ou que vão de encontro com as disposições mínimas previstas na legislação ordinária, uma vez que não tem autonomia negocial para tanto.

Além da subordinação e da natureza adesiva do contrato de emprego, fatores históricos e sociais também são relevantes para o estabelecimento da vulnerabilidade dos empregados. Por exemplo, em razão do sistema de produção capitalista, da ideia de desposuimento da maioria, ponto de partida do trabalho assalariado no Brasil²²⁰, e da falta de educação básica, a vulnerabilidade do empregado se releva em outras facetas, como econômica e técnica.

A vulnerabilidade econômica do empregado no Brasil decorre da forma como a construção do trabalho se operacionalizou, pautada em uma dinâmica capitalista, com altos índices de desigualdade social, que acentuam a dependência ao poder econômico. O empregado

²¹⁸ MEIRELES, Edilton. **Abuso de direito nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 103.

²¹⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²²⁰ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 116.

precisa do trabalho para se sustentar, bem como sustentar sua família. Sobre essa vulnerabilidade, no terceiro trimestre de 2020, o IBGE²²¹ constatou a evolução da alta do índice de desemprego que atingiu um percentual de 14,6% da população em idade para trabalhar (acima de 14 anos), dados que representam um contingente de aproximadamente quatorze milhões de pessoas desempregadas.

Tais números revelam um alto índice de desemprego em um país que, em 2019, apresentou uma renda per capita familiar no valor mensal de R\$ R\$1.438,67²²², valor superior ao salário-mínimo nacional em apenas, aproximadamente, quatrocentos reais na época. Em que pese a dependência econômica não ser requisito para configuração da relação de emprego, uma vez que, como já dito, ali existe uma subordinação decorrente de contrato, a relação de emprego no Brasil, geralmente, é “marcada pela necessidade de subsistência e pelo medo do desemprego, sendo, portanto, relevante.”²²³ Em razão disso, a vulnerabilidade econômica continua sendo um fundamento relevante.

A vulnerabilidade técnica não reflete a ideia clássica de um maior ou menor conhecimento técnico-profissional do empregado, mas sim, as noções de menor instrução profissional do trabalhador (via de regra), limitação à execução do labor em razão da subordinação jurídica e, por fim, a alienação do trabalhado enquanto mercadoria²²⁴. No modelo de trabalho subordinado, ainda que o empregado detenha maior conhecimento técnico-profissional que o empregador, é este quem determina e dirige o funcionamento da empresa. Ademais, é importante perceber que, apesar de existirem postos ocupados por trabalhadores qualificados, existe uma preponderância quantitativa em relação aos trabalhadores não qualificados cuja vulnerabilidade técnica se amplia²²⁵.

Leandro Dorneles entende que, além da vulnerabilidade técnica e econômica, existem outras vulnerabilidades que decorrem de fatores históricos e sociais, quais sejam, a vulnerabilidade informacional e própria vulnerabilidade social. Essas vulnerabilidades não serão objeto do presente estudo, posto que se entende que elas estão abarcadas na

²²¹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>.

²²² IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2019**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26956-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2019>

²²³ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p 119.

²²⁴ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo**. Revista LTr, ano 77, n. 3, mar. São Paulo: LTr, 2013, p. 299-300.

²²⁵ *Ibidem*, p. 299.

vulnerabilidade decorrente da natureza adesiva do contrato e em decorrência da subordinação jurídica.

3.2.2 A limitação da autonomia negocial do empregado enquanto garantidor do princípio da igualdade

Para que as relações em uma sociedade possam se estabelecer de forma proporcional, é preciso que os sujeitos estejam em situação de igualdade, uma vez que “um estado nunca será democrático, justo ou de direito se os cidadãos forem tratados desigualmente”²²⁶. Por ser um princípio essencial para o equilíbrio das relações no Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu preâmbulo, a igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Em virtude da amplitude que a etimologia da palavra carrega, o poder constituinte consagrou a igualdade em duas vertentes: a formal e a material. Afinal, o objetivo de igualar proporcionalmente os polos relacionais não poderia ser efetivado se a igualdade fosse compreendida como uma proibição de discriminação ou uma imposição de igualdade absoluta e retilínea entre todos²²⁷, não levando em consideração as desigualdades reais decorrentes de múltiplos aspectos sociais, como a pobreza e a falta de escolaridade.

A igualdade formal consiste no “tratamento uniforme perante a lei e vedando tratamento desigual aos iguais”²²⁸, ao passo que a igualdade material “é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida.”²²⁹ O direito fundamental à igualdade é oponível ao Estado, mas também aos particulares, uma vez que, “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”²³⁰.

²²⁶ LOPES, Otávio Brito. A questão da discriminação no trabalho. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**. São Paulo: sage, v. 25, n. 307, jan. 2015, p. 9.

²²⁷ MALLET, Stevão. Igualdade, discriminação e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 76, n. 3, p. 96-120, jul./set. 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/18077/001_mallet.pdf?sequence=4. Acesso em: 12 jul. 2019, p. 35.

²²⁸ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 34.

²²⁹ *Ibidem*, p. 35.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819. Recorrente: União Brasileira De Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DJ 27 out. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 12 jul. 2019.

A discriminação é “a antítese do direito humano fundamental da igualdade”²³¹, e, a fim de efetivar a igualdade material nas relações de emprego, o legislador constitucional elencou uma série de políticas de não discriminação, bem como criou discriminações positivas em favor dos empregados, que são expressões efetivas da igualdade formal. A Constituição Federal de 1988 recepcionou as discriminações positivas as quais podem se manifestar através de ações afirmativas ou da “instituição de tratamentos especiais requeridos pelas especificidades de certos indivíduos e grupos”²³². Por outro lado, por força do conteúdo²³³ do princípio da igualdade, rechaçou “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”²³⁴, aqui denominada discriminação negativa.

As supracitadas políticas estão materializadas em um conjunto de direitos mínimos garantidos aos empregados, elencados nos incisos do Artigo 7º da Constituição Federal, e tem por objetivo impor ao empregador o pagamento de parcelas mínimas (discriminações positivas). Essa imposição garante uma contraprestação equilibrada do trabalho e a adoção de condutas que visam minimizar a discrepância entre a mão de obra trabalhadora e o força do capital (políticas de não discriminação), como é o caso da vedação à dispensa arbitrária e a proteção em face a automação.

O que precisa se estabelecer como diretriz aqui é que, em que pese o Artigo 7º da Constituição trazer uma série de políticas de não discriminação, bem como discriminações positivas que, de uma leitura superficial, concluir-se-ia a sua imposição apenas aos empregadores²³⁵, há que se atentar também a sua exigibilidade no exercício do poder legislativo²³⁶, que deve editar leis em conformidade com os preceitos constitucionais. Isso se justifica porque a eficácia vertical dos direitos fundamentais não representa apenas uma

²³¹ LOPES, Otávio Brito. A questão da discriminação no trabalho. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**. São Paulo: sage, v. 25, n. 307, jan. 2015, p. 14.

²³² RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Editoria Livraria do Advogado, 2008, p.22.

²³³ MELLO, Celson Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 9 – 14.

²³⁴ *Ibidem*, p. 20.

²³⁵ É importante esclarecer que as políticas de não discriminação negativa e as discriminações positivas, inseridas pelo legislador constitucional, são oponíveis também nas relações de trabalho entre particulares, sendo de tal modo aplicáveis às relações de emprego. Apesar disso, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não será o tema central deste trabalho.

²³⁶ FRANCO, Fernão Borba. Questões a respeito da discriminação positiva. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Apamagis, ano 2, n.5, 1998, p. 36.

restrição à atuação do Estado no tocante à aplicação das leis, mas também, quanto ao exercício do poder estatal na criação do direito, ou seja, ao legislar²³⁷.

O legislador, quando da regulamentação dos direitos, deve respeitar os limites impostos pela Constituição Federal. Essa também é uma vertente da expressão formal do princípio da igualdade, que, para Robert Alexy, é um dever fundamental²³⁸. De forma simplificada, há de se afirmar que a igualdade formal se dirige não apenas aos aplicadores da lei, mas também à igualdade no dispositivo da lei que pressupõe que as normas jurídicas não poderão criar distinções que não sejam autorizadas pela constituição²³⁹ e que resultem em discriminações negativas.

No âmbito das relações de emprego, existe uma desigualdade material causada pelos diversos fatores de vulnerabilidade do empregado, que exigiu a intervenção do Estado através da adoção de medidas que tentam mitigar a disparidade negocial existente. O objetivo é, pois, proteger o polo vulnerável da relação, o empregado, e, ao mesmo tempo, garantir a executividade do contrato para o empregador.

Como já afirmado anteriormente, o legislador constitucional consagrou, como direitos fundamentais, proibições a discriminações negativas, a fim de efetivar direitos básicos do empregado, dispostos principalmente no Artigo 7º do texto constitucional. O texto proíbe a diferença de salários, de exercício de função e de critérios de contratação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (Art. 7º, Inciso XXX), veda, ainda, a discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (Art. 7º XXXI), proibindo também a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais, ou seja, em razão do tipo de contrato executado (Art. 7º, Inciso XXXII).

Sendo totalmente rechaçada a discriminação negativa nas relações de emprego, para garantir a concretização da igualdade material, é imperativo que haja uma interação das fontes regulamentadoras do direito com esse dever fundamental. Da mesma forma, as discriminações positivas que têm por objetivo efetivar a igualdade material entre os polos contratuais do negócio jurídico laboral, como é o caso da limitação da autonomia negocial do empregado.

Constitui-se pressuposto basilar para a efetivação da igualdade no contrato de trabalho a observância da eficácia dos direitos fundamentais não apenas sob a perspectiva horizontal, mas, principalmente, sob a perspectiva vertical, dando-se destaque neste trabalho ao

²³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 396-400.

²³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.660.

dever do legislador de criar normas em conformidade com a obrigação de não criar discriminações negativas no âmbito das relações de emprego, bem como respeitar as discriminações positivas que são projeções efetivas do direito fundamental da igualdade no campo material.

A limitação da autonomia negocial do empregador, é, portanto, expressão efetiva do direito fundamental à igualdade no contrato de emprego, é a materialização do direito de diferenciação do empregado. Ao impedir que o empregado disponha de determinados direitos, o legislador impõe às partes contratuais medidas mais isonômicas naquele negócio jurídico e, conseqüentemente, mais igualitárias.

3.2.3 A flexibilização da autonomia negocial do empregado após a Lei 13.467/2017

A Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, alcinhada de Reforma Trabalhista, alterou de forma substancial a Consolidação das Leis do Trabalho, impondo uma série de desregulamentações a direitos dos trabalhadores, inclusive, flexibilizando a autonomia negocial dos empregados. Nesta seção, tratar-se-á das principais alterações trazidas pela aludida lei, a fim de entender os novos parâmetros e limites da autonomia negocial do empregado.

Em matéria de duração de trabalho, o empregado passou a poder pactuar individualmente o regime de compensação de jornada, denominado banco de horas, num prazo não superior a seis meses, conforme previsão do §5º do Artigo 59 da CLT. Passou, dessa forma, a ser permitido ao empregado pactuar individualmente a jornada de doze horas de trabalho por 36 horas ininterruptas de descanso, nos termos do Artigo 59-A da CLT, o que antes só era possível através de norma coletiva²⁴⁰.

No que diz respeito às férias, o fracionamento passa a ser autorizado, desde que com a concordância do empregado, em até três períodos, não podendo um ser inferior a quatorze dias e os demais inferiores a cinco dias, por força do §1º do Artigo 134 da CLT.

Outro ponto relevante e que tem ligação direta com a flexibilização da autonomia negocial do empregado diz respeito à revogação do §1º do Artigo 477 da CLT, que exigia a assistência sindical para homologação de contratos de trabalho com vigência superior a um ano. O legislador trabalhista entendeu que o empregado, independentemente do tempo de

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 444. Res. 185/2012. Brasília, DJ 26 nov. 2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-444. Acesso em: 08 out. 2020.

contratação, tem autonomia plena para direcionar os atos vinculados à rescisão do contrato, inclusive no que diz respeito à conferência e quitação.

Essa autonomia quanto aos atos de extinção do contrato não atingiu apenas a conferência dos valores a serem pagos, mas também a sua forma. Foi criada uma nova forma de extinção contratual, a denominada “por acordo”. Nos termos do Artigo 484-A, as partes do contrato de emprego poderão terminar concomitantemente o contrato, através de uma consensualidade, hipótese em que as verbas rescisórias de natureza indenizatória serão pagas pela metade.

A prévia autorização do desconto da contribuição sindical também é matéria vinculada à autonomia negocial do empregado que, após a reforma, pode optar pelo seu pagamento, ou não, nos termos dos Artigos 545 e 582 da CLT, acontecendo antes de forma compulsória.

Foi criada, também, a figura do empregado chamado “hipersuficiente”, porém este será estudado na próxima seção.

Vê-se que uma série de disposições foram alteradas na CLT, ampliando a autonomia negocial do emprego, de forma a influenciar de maneira direta a fruição do contrato de emprego. Tais alterações significam, no entanto, que o legislador trabalhista entende pela capacidade plena do empregado em exercer sua autonomia negocial? É óbvio que não.

Embora o legislador trabalhista tenha flexibilizado a autonomia negocial do empregado, não a equiparou à autonomia negocial do empregador, uma vez que os fundamentos e fatores limitadores da autonomia continuam existindo, tanto na lei, quanto na ordem pública, como na própria fundamentação da vulnerabilidade do empregado. A atuação do legislador trabalhista caminha no sentido de trazer maior fruição aos contratos de trabalho, sem aqui adentrar no mérito das flexibilizações/desregulamentações trazidas, autorizando que o empregado possa decidir e participar de forma mais efetiva de atos contratuais.

Tal flexibilização pode ser usada de forma positiva para o empregado, não sendo, entretanto, objeto deste trabalho analisar se as alterações realizadas condizem com as necessidades fáticas dos empregados, ou se compatibilizam com a realidade do mercado de trabalho brasileiro, porque, mais do que uma questão jurídica, essa é uma questão sociológica. O fato é que a flexibilização da autonomia do empregado, e quiçá, a sua modulação²⁴¹, podem

²⁴¹ FERNANDES, Reinaldo de Francisco. **Relações de emprego e (in)disponibilidade dos direitos: proposta de modulação da autonomia da vontade**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-06032015-153707/pt-br.php>. Acesso em: 07 jul. 2020.

garantir uma proteção mais efetiva ao empregado, se dirigida de forma justa e condizente com as necessidades do empregado, e não ao revés.

Ao tratar de um tema tão delicado como a flexibilização da autonomia negocial, que tem interferência direta na liberdade do empregado, o legislador não considerou a natureza adesiva do contrato, deixando de tratar de matérias efetivamente relevantes, como a possibilidade de submissão de dissídios individuais trabalhistas, em geral, a arbitragem. Apesar disso, criou uma desigualdade estrutural entre empregados, em virtude do seu nível de escolaridade e poder econômico, conforme será visto na seção a seguir.

2.5.1.4 A criação da figura do empregado hipersuficiente

A figura do que a doutrina chama de empregado hipersuficiente²⁴² foi introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho pelo parágrafo único do Artigo 444. Essa nomenclatura escolhida pela doutrina - “hipersuficiente” - justifica-se pela autonomia negocial garantida por lei à categoria de empregado que poderá negociar individualmente com seu empregador, na mesma proporção que os sindicatos. Ou seja, equiparou-se a autonomia negocial do empregado hipersuficiente à autonomia coletiva.

A caracterização da hipersuficiência do empregado requer o preenchimento de dois requisitos: ser o empregado portador de diploma em nível superior e receber salário superior a duas vezes o valor do teto do Regime Geral de Previdência Social que, em 2019, representava um valor total de R\$11.678,90 (onze mil seiscentos e setenta e oito reais e noventa centavos).

O permissivo do parágrafo único do Artigo 444 da CLT legitima o exercício das faculdades previstas no Artigo 611-A da CLT de forma livre ao “empregado hipersuficiente”, o que quer dizer que este poderá pactuar, inclusive com prevalência sobre a lei, e sem intermédio de entidade sindical, questões relacionadas com jornada de trabalho, observados os limites legais, banco de horas anual, planos de cargos e salário, troca do dia de feriado, prorrogação de jornada em ambientes insalubres, dentre outras questões. Nessas condições, empregado hipersuficiente pode negociar, inclusive, redução salarial, conforme previsão do §3º do mesmo Artigo.

Ao contrato individual de trabalho do empregado hipersuficiente foi atribuída força negocial equivalente àquela destinada a normas coletivas que, com a reforma, passaram a ter

²⁴² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A supremacia do negociado em face ao legislado: a natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 84, n. 2, abr./jun. 2018, p.102. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/143733>. Acesso em: 07. jul. 2020.

prevalência sobre a lei em relação a uma série de direitos trabalhistas, nos termos do Artigo 611-A da CLT. A autonomia negocial do empregado hipersuficiente foi equiparada, portanto, à autonomia privada coletiva, tratando assim, no que diz respeito à disposição de direitos no contrato, o empregado hipersuficiente da mesma forma como tratam os sindicatos, presumindo-se a ausência de negocial. Além disso, o Artigo 407-A da CLT flexibilizou os requisitos para a caracterização do empregado hipersuficiente no que diz respeito à pactuação de cláusula compromissória de arbitragem, imputando apenas o fator econômico como elemento necessário para arbitrabilidade de dissídios relacionados ao contrato individual de trabalho desta categoria de empregado.

A importância de tal alteração reside na quebra de um paradigma consagrado pela própria legislação, acompanhado pela doutrina e jurisprudência no que diz respeito à condição de vulnerabilidade do empregado, visto que, antes da reforma, independentemente de nível de escolaridade e questão financeira, o empregado era tido como mais fraco da relação. Tal condição de vulnerabilidade reduzia consequentemente o exercício da autonomia negocial pelo empregado, visto ser ela um fundamento limitador da autonomia, foi substancialmente relativizada pela Reforma Trabalhista.

Criou-se, assim, uma diferenciação entre os empregados: os que são totalmente vulneráveis e não podem pactuar individualmente dos mesmos termos da autonomia coletiva e os hipersuficientes que têm sua autonomia negocial flexibilizada. Embora a exposição de motivos da Lei 13.467 de 2017 não tenha indicado, efetivamente, a razão de criação desta diferenciação entre empregados, o fato é que, na prática, tal alteração representa um impacto tanto para os empregadores, quanto para os empregados, posto que revela uma nova forma de pensar as relações de emprego.

É importante pontuar que, ao flexibilizar a autonomia negocial do empregado chamado hipersuficiente, além de se estabelecer uma distinção expressamente vedada pela CFRB, ou seja, uma discriminação negativa, quebrou-se um sistema de discriminação positiva estabelecido entre empregador e empregado que tinha por objetivo garantir a isonomia material no contrato individual de emprego. Assim, flexibilizar a autonomia negocial do empregado chamado hipersuficiente, além de criar uma discriminação negativa entre empregados, desconfigura a discriminação positiva que cria um equilíbrio no contrato de emprego, gerando uma diferenciação material e, portanto, uma desigualdade, o que é inconstitucional.

A criação de uma discriminação negativa através da desconfiguração de uma distinção positiva anteriormente positivada viola, portanto, o princípio da igualdade, que tem

como desdobramento a isonomia²⁴³, principalmente no que diz respeito às relações de emprego que, por sua essência, são desproporcionais.

A Reforma Trabalhista efetivou uma disparidade formal, estabelecida pela própria legislação entre os empregados, e uma disparidade material, entre empregados no que diz respeito a flexibilização da autonomia de uns e de outros não, e pelo reestabelecimento da desigualdade contratual latente entre empregador e empregado.

A inconstitucionalidade da figura do empregado hipersuficiente não reside, desse modo, apenas na distinção feita entre empregados, mas, principalmente, no reestabelecimento da disparidade contratual nas relações de emprego, através da flexibilização da autonomia negocial desta categoria de empregado, o que é uma violação direta ao direito fundamental à igualdade nas relações de emprego. Destaque-se que “o direito do trabalho nunca foi infenso à vontade das partes, algo sempre de se ressaltar, em contraponto necessário aos alardeados discursos de sua anterior inflexibilidade normativa”²⁴⁴, contudo este estabeleceu limites necessários para que a disparidade de forças não suprimisse a efetiva vontade do empregado no contrato.

Além disto, a limitação da autonomia negocial do empregado reside ainda na natureza de muitas normas de direito do trabalho, porque, por terem uma finalidade social mais larga, têm natureza de ordem pública. Essas normas “se devem interpretar e aplicar em estrita correspondência com sua *ratio essendi* e finalidades preconizadas.”²⁴⁵

Ao efetivar a aludida disparidade formal, o legislador reformador entendeu, também, de forma implícita, que o empregado considerado hipersuficiente não se encontra na mesma situação de vulnerabilidade que os demais, levando em consideração apenas o fato econômico e educacional.

Assim entendido, a vulnerabilidade do empregado reside numa multiplicidade de fatores, não podendo a alteração legislativa presumir o equilíbrio contratual de forma desmedida; é preciso levar em consideração a situação de fato empregado.

²⁴³ RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 418.

²⁴⁴ MURADAS, Daniela. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERE, Valdete Souto (Coord.) **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 175.

²⁴⁵ *Ibidem.*, loc.cit.

4 A DISCIPLINA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Conflitos são inerentes à existência humana. Não é preciso uma reflexão muito aprofundada para se chegar a tal conclusão, porque toda opinião ou vivência divergente, avessa ou estranha ao do outro, pode gerar um entrave. Conflitos são, portanto, inerentes à sociedade.

Uma das maiores dificuldades impostas ao homem foi a de encontrar caminhos eficazes, justos e válidos para solucionar seus conflitos. Tal dificuldade se dá pela pluralidade das relações sociais, que mudam e evoluem assim como a sociedade.

O homem precisa encontrar, dentro de todo este panorama plural, que envolve a sua própria complexidade e dos seus semelhantes, meios de solucionar conflitos que sejam adequados, isonômicos e justos, missão que deveras não seja fácil.

Tradicionalmente, a doutrina jurídica brasileira divide a forma de solução de conflito em três: autodefesa, que consiste no exercício da própria vontade através de métodos primitivos, como a força física; a autocomposição, em que as partes, sem intermédio de um terceiro, chegam a um denominar comum; e a heterocomposição, em que as partes buscam o intermédio de terceiros para a solução do conflito, como acontece na arbitragem²⁴⁶. A autodefesa e a autocomposição são formas de solução do conflito que, necessariamente, prescindem da atuação individual como mola propulsora para solução do conflito, porque, ainda que na autocomposição a bilateralidade seja essencial, o consenso nunca poderá existir se não houver interesse particular de ambas as partes.

Como resposta à necessidade de achar meios adequados para a solução de conflitos, o Estado assumiu o encargo de oferecer aos seus governados uma atividade que tivesse efetividade em caso de impossibilidade de solução do litígio através de autocomposição, ao mesmo tempo que vedasse o uso regular e desenfreado da autotutela. Surge, assim, a jurisdição.²⁴⁷

A jurisdição é uma forma de heterocomposição conferida a um terceiro, que deve ser imparcial, e que deve “realizar o Direito de modo imperativo, criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão

²⁴⁶ GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Arbitragem no Direito do Trabalho: um desafio a ser enfrentado. *In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018, p. 353 - 354.

²⁴⁷ ALMEIDA, Diogo Rezende de. Novamente o Princípio da Adequação e os Métodos de Solução de Conflitos. *In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018, p. 75.

insusceptível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”.²⁴⁸ Dentro desse universo de solução de conflitos, o ordenamento jurídico legitimou os denominados “métodos adequados de solução de conflito” (MASC), também denominados equivocadamente de métodos alternativos, que, nos termos de André Jobim de Azevedo²⁴⁹, “envolvem necessariamente a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem, e, para alguns, também a Negociação, mas que se entende como caminho de todos os métodos.”

No Brasil, a jurisdição estatal ainda é vista como forma basilar de resolução de conflitos e isso se dá em decorrência de um movimento mundial que trouxe inúmeros benefícios aos jurisdicionados, facilitando o acesso ao poder judiciário e, conseqüentemente, a falta de responsabilidade social, o que resultaram em um número de demandas judiciais elevado, colocando em alerta o Poder Judiciário²⁵⁰. Como consequência dessa visão publicista, que tende a priorizar a resolução dos conflitos por intermédio do Estado, a arbitragem e os demais métodos de solução de conflito são, erroneamente, denominados de alternativos, uma vez que “funcionam como verdadeira válvula de escape ao instrumento padrão, que é a atividade jurisdicional do Estado.”²⁵¹

Conforme já exposto, o presente trabalho busca estudar a possibilidade de submissão, ou não, dos dissídios decorrentes de relação de emprego - a arbitragem -, sob a perspectiva da autonomia negocial do trabalhador, razão pela qual, antes de adentrar no mérito da questão, se faz relevante estudar a arbitragem e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE ARBITRAGEM

No direito brasileiro, a arbitragem “surgiu, pela primeira vez, na Constituição do Império, de 22/03/1824, em seu Art. 160”²⁵², tendo passado por uma evolução gradual ao longo

²⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.189.

²⁴⁹ AZEVEDO, André Jobim de. Os métodos adequados de solução de conflitos. Nova regência processual: Observações. Novel regência trabalhista. In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p.20.

²⁵⁰ ALMEIDA, Diogo Rezende de. Novamente o Princípio da Adequação e os Métodos de Solução de Conflitos. In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 75.

²⁵¹ *Ibidem*, loc. cit..

²⁵² DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista de Direito Renovar**. n. 17, maio/ago, 2000, p. 11 *et seq.* Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8302>. Acesso em: 08 jul. 2019.

dos anos. Foi com a aprovação do Projeto de Lei 78/92²⁵³, que resultou na sanção da Lei Marco Maciel, mais conhecida atualmente como Lei de Arbitragem (Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996), que a utilização da arbitragem ganhou muito mais ânimo, “quando, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, se dispensava a homologação judicial do laudo arbitral, emprestando-lhe efeitos jurídicos idênticos à decisão judicial”²⁵⁴.

Em que pese toda a resistência decorrente das legislações anteriores em matéria de arbitragem²⁵⁵ e, conseqüentemente, da relutância doutrinária, em 12 de dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei 9.397/96), ao julgar o Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7²⁵⁶. A arbitragem é, segundo Carlos Alberto Carmona, um mecanismo de

“solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor”²⁵⁷

Como mecanismo privado de solução de conflitos, a arbitragem prescinde o exercício da autonomia negocial de forma hígida, visto que é um mecanismo através do qual um, ou mais terceiros, nomeados pelos litigantes, impõe sua decisão a estes, que devem cumpri-la²⁵⁸.

André Vasconcelos Roque²⁵⁹ conceitua arbitragem como uma força de solução de conflitos na qual particulares escolhem um terceiro para solucionar o litígio, impondo sua decisão quanto à controvérsia, sendo admissível quando os litigantes tiverem capacidade contratual para pactuar cláusula ou compromisso arbitral que envolvam direitos disponíveis.

A convenção de arbitragem é o instituto jurídico através do qual é possível optar pela arbitragem como forma de solução de conflito, e compreende tanto a cláusula compromissória, quanto o denominado compromisso arbitral, conforme Artigo 3º da Lei

²⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307 /96**. 3. ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Atlas, 2009, p 12.

²⁵⁴ *Ibidem*, p.22.

²⁵⁵ O Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, em seu artigo 101, exigia a homologação do laudo arbitral pelo poder judiciário para que ele tivesse validade.

²⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em 07 de dez. de 2020.

²⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307 /96**. 3. ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

²⁵⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁵⁹ ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 33, ano 9, 2012, p. 302.

9.307/1996. Essa cláusula compromissória é, segundo Fredie Didier Jr.²⁶⁰, “a convenção em que as partes decidem prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem”, ao passo que o compromisso arbitral “é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário”.

A diferença central entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral está no momento da pactuação. Enquanto na primeira, as partes estabelecem a arbitragem como meio de solução do conflito, antes mesmo da existência de qualquer litígio, ou seja, desde o surgimento da relação contratual, na segunda, não existe obrigatoriedade prévia do estabelecimento da arbitragem, tratando-se de pactuação bilateral posterior ao surgimento do conflito.

Caso o contrato firmado entre as partes tenha natureza adesiva, somente será possível estabelecer cláusula compromissória, se houver iniciativa do contratante aderente quanto à opção pelo uso da arbitragem, ou, caso seja hipótese de concordância a proposição da contratada que se dê de forma expressa, “por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”, conforme previsão do §2º, artigo 4º da Lei de Arbitragem.

É possível que as cláusulas compromissórias sejam cheias, ou seja, já tenham estipulação prévia mínima que viabilize o procedimento arbitral, ou que sejam cláusulas vazias, em que há apenas a manifestação da vontade das partes quanto ao uso da arbitragem, sem, contudo, a instituição dos requisitos mínimos para a sua operacionalização. Essa forma de instituição da arbitragem. Preferencialmente, deve ser estabelecida na cláusula compromissória, ou seja, antes mesmo do surgimento do litígio. Uma vez instituídas as regras, elas deverão ser seguidas pelo árbitro e por ambas as partes, observados os preceitos de ordem pública. Havendo cláusula compromissória sem o estabelecimento prévio da forma de instituição da arbitragem, a qual se denomina de cláusula vazia²⁶¹, a parte interessada irá manifestar à outra seu intento de dar início à arbitragem, convocando-a para adotar as providências que operacionalizem à instituição da arbitragem²⁶², através de notificação hábil que possibilite a confirmação de recebimento.

²⁶⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p.209.

²⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 143.

²⁶² *Ibidem*, p. 145.

Embora a Lei de Arbitragem cite, no seu parágrafo único do Artigo 6º, a pactuação de compromisso arbitral nas hipóteses de não estipulação das instituições da arbitragem na cláusula compromissória, ele não é indispensável. O comparecimento da parte, para que seja instituído um árbitro já é suficiente para que o procedimento arbitral seja iniciado.²⁶³ É óbvio, como salienta Carlos Alberto Carmona, que, em caso de não estipulação das regras do procedimento na cláusula de arbitragem, “convém que as partes firmem compromisso, pois não só resolverão o problema de indicação dos árbitros como também disciplinarão outras questões relevantes do processo arbitral”²⁶⁴, promovendo assim celeridade e economia para todo o procedimento.

Em caso de recusa ou silêncio de uma das partes quanto à adoção dos meios que viabilizem o procedimento arbitral, após ser devidamente convocada nesse sentido, a parte interessada na instituição da arbitragem poderá se valer da jurisdição estatal para fazer impor a vontade manifestada na cláusula vazia e, conseqüentemente, viabilizar o uso da arbitragem para a solução do litígio.

O Poder Judiciário, sendo provocado para intervir na hipótese de recusa ou silêncio de instituição de arbitragem decorrente de cláusula vazia, deverá, respeitado os princípios de direito e a vontade das partes, manifestada na cláusula compromissória, em caso de insucesso de conciliação, proferir sentença que produzirá os mesmos efeitos do compromisso arbitral, inclusive, nomeando, se necessário, o (s) árbitro (s).

Desse modo, para arbitrar a disputa, as partes podem escolher um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, conforme previsão do Artigo 13, §1º da Lei de Arbitragem, com o cumprimento de dois requisitos para ocupar tal função: ser pessoa natural civilmente capaz e que tenha a confiança das partes. Como a nacionalidade não é relevante para a nomeação do árbitro, nada impede que ele seja estrangeiro. Entretanto, os árbitros não podem ser pessoas jurídicas, mas nada impede que as partes estabeleçam que ele seja um profissional pertencente ao quadro de determinada câmara arbitral, nomeado nos termos do seu respectivo regulamento interno.

Além disso, esses árbitros devem ser imparciais, ter conhecimento e experiência na área em que decorre a controvérsia, sendo os juízes de fato e de direito no litígio, motivo pelo qual suas decisões não necessitam de convalidação do Poder Judiciário, na forma do Artigo 18 da Lei de Arbitragem.

²⁶³ *Ibidem, loc. cit.*

²⁶⁴ *Ibidem*, nota de rodapé 85.

A ideia de ausência de hierarquia ou subordinação entre os árbitros e o juiz estatal, é reforçada pela previsão do Artigo 17 da Lei de Arbitragem, que os equipara no exercício da sua função, para efeitos de legislação penal. Em verdade, o que deve existir entre a jurisdição estatal e o árbitro é uma relação de cooperação, uma vez que, caso seja necessário, o juiz arbitral poderá se valer do poder judiciário, que tem poder coercitivo, para efetivar determinadas medidas. Esse dever de cooperação é evidenciado na própria Lei de Arbitragem. Por exemplo, havendo necessidade de condução coercitiva da testemunha, o árbitro deverá solicitar o cumprimento dela através do Poder Judiciário, conforme previsão do §2º do Artigo 22 da Lei de Arbitragem.

A arbitragem é instituída quando o árbitro aceita a incumbência que lhe foi proposta, anuindo com a sua respectiva nomeação, conforme previsão do Artigo 19 da Lei de Arbitragem. Aceita a nomeação e instituída a arbitragem, há, então, a interrupção da prescrição da matéria objeto do litígio, sendo levada em consideração, para fins de contagem da interrupção do prazo prescricional, a data do requerimento de sua instauração, conforme inteligência do §2º do Artigo 19 da Lei de Arbitragem, ainda que ocorra a extinção do procedimento arbitral por ausência de jurisdição.

Uma vez escolhida a arbitragem como via de solução do dissídio, além de nomear o (s) árbitro (s), as partes poderão determinar qual norma de direito material será aplicada para análise da desavença, sendo possível optar pela análise da matéria com base em “princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”, conforme previsão do Artigo 2º, §§1º e 2º da Lei 9.307 de 1996.

Na arbitragem, o legislador prestigiou a autonomia privada das partes, especialmente na sua perspectiva negocial, visto que elas podem estabelecer todas as regras relativas ao litígio, podendo, inclusive, estabelecer o sigilo do procedimento. É possível que, mesmo que tenham sido estabelecidas as disposições necessárias para a instauração do procedimento na convenção de arbitragem, o árbitro entenda pela existência de pontos a serem esclarecidos em relação a ela, motivo pelo qual ele não só pode, como deve, procurar o estabelecimento de um consenso entre as partes em relação aos pontos controversos, para elaborar adendo à convenção. Esse documento, também denominado de ata de imissão, evitará, assim, futura alegação de nulidade.²⁶⁵

A não efetivação da ata de imissão não é, contudo, hipótese de inviabilização do procedimento arbitral, visto que, nos termos do §1º do Artigo 21 da Lei de Arbitragem, “não

²⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 280.

havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”. Ademais, é possível que, no curso do procedimento arbitral, as próprias partes possam dirimir eventuais dúvidas procedimentais através de acordo. Assim, o procedimento arbitral, nos termos do caput do Artigo 21 da Lei de Arbitragem, é estabelecido pelas partes, podendo ser adotados, nesse percurso, três caminhos: a) adesão a regras de órgão arbitral institucional ou entidade especializada; b) as próprias partes podem criar o procedimento para solução do seu conflito; ou c) deixar a critério do árbitro disciplinar o procedimento, conforme previsão do §1º do Artigo 21 da já mencionada lei.

Faz-se necessário esclarecer que, em que pese a possibilidade de as partes criarem o procedimento a ser aplicado pelo árbitro, isso não quer dizer que os parâmetros mínimos não devam ser observados. De outro lado, devem sempre ser respeitados, independente do caminho escolhido pelas partes, “os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”, conforme inteligência do §2º do Artigo 21 da Lei de Arbitragem.

Em caso de ausência de interesse ou inviabilidade em solução do conflito através de autocomposição, após a adoção de todos os procedimentos necessários para a instrução do procedimento arbitral, o árbitro deve emitir a decisão, que é denominada de laudo arbitral ou sentença arbitral, tendo ela força de decisão judicial, nos termos do Artigo 31 da Lei de Arbitragem. Esse laudo arbitral, como já dito, não necessita de convalidação do Poder Judiciário, nos termos do Artigo 31 da Lei de Arbitragem, e produz efeitos de imediato, sendo título executivo judicial nas hipóteses de natureza condenatória, conforme previsão do Artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil de 2015.

Embora o árbitro tenha poder para decidir as controvérsias estipuladas na convenção de arbitragem, ele não tem poder coercitivo para executar a sentença, não podendo, desse modo, tomar providências para a satisfação do direito as quais, caso necessárias, deverão ser adotadas, junto ao Poder Judiciário, conforme previsão do Artigo 516, inciso III, do Código de Processo Civil.

É importante esclarecer ainda que, ao contrário do que acontece em regra na jurisdição estatal, no processo arbitral, não é obrigatório que as partes constituam advogado, sendo apenas uma faculdade, conforme Artigo 21, §3º da Lei de Arbitragem. A Lei 9.307 de 1996 disciplina quais demandas podem, ou não, ser submetidas à arbitragem, estabelecendo, portanto, a arbitrabilidade ou não de dado direito²⁶⁶.

²⁶⁶ ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 33, ano 9, 2012, p 302.

A arbitrabilidade pode ser visualizada sob duas perspectivas. A primeira é a denominada arbitrabilidade subjetiva, que analisa a arbitrabilidade em razão da pessoa, delimitando quem pode ser submetido à arbitragem. Ao passo que a segunda, chamada de arbitrabilidade objetiva, é relativa à matéria e analisa quais conteúdos podem ser levados à apreciação dos árbitros.²⁶⁷

No presente estudo, será dado enfoque à autonomia negocial do empregado e a sua compatibilidade com a arbitragem, motivo pelo qual o foco principal será a arbitrabilidade subjetiva. Isso não quer dizer que o estudo da compatibilidade dos direitos trabalhistas sob a perspectiva da arbitrabilidade objetiva não seja relevante. Ao contrário, ele precisará ser enfrentado para se chegar à discussão acerca da pessoa do empregado na arbitragem. Assim, a arbitrabilidade objetiva será enfrentada nas seções 3.3, quando será abordada a questão da disponibilidade de direitos, especificamente em matéria trabalhista na seção 4.3, quando será tratada a arbitrabilidade objetiva nos dissídios individuais de trabalho.

Na arbitragem, como já se afirmou, são as partes, através da sua autonomia negocial, que determinam quais são as regras a serem aplicadas no arbitramento, respeitados os limites impostos pelos bons costumes e pela ordem pública, bem como definem, também, quem será a pessoa responsável por decidir o conflito. Nessa perspectiva, a autonomia da vontade tem papel fundamental no procedimento.

4.2 DEMANDAS COMPATÍVEIS COM A ARBITRAGEM

À arbitragem podem ser submetidos litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, desde que pactuada por pessoas capazes de contratar, conforme previsão do Artigo 1º da Lei de Arbitragem. Assim, são dois os requisitos de compatibilidade da matéria com a arbitragem: a) tratar-se de direito patrimonial; b) o direito deve ser também disponível.

Direitos patrimoniais são aqueles direitos subjetivos que decorrem de situações jurídicas susceptíveis de apreciação econômica, ao passo que os direitos não patrimoniais são aqueles que não são desprovidos de tendo conteúdo econômico, como é o caso dos direitos da personalidade.²⁶⁸ Os direitos da personalidade, a honra, imagem, o nome, questões ligadas à capacidade civil das pessoas, dentre outros de igual natureza, não podem ser resolvidos através do procedimento arbitral. Já os direitos reais, obrigacionais, direito de crédito, e os demais

²⁶⁷ *Ibidem*, p 303.

²⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.35.

correlatos, poderão ser submetidos à arbitragem. Além disso, o direito a ser discutido - do procedimento arbitral - deve ser disponível, ou seja, pode ser passível de abdicação, não havendo qualquer limitação do Estado para o exercício dele.²⁶⁹

A questão da indisponibilidade de direitos será abordada de forma mais específica na seção 4.3.

4.2.1 Permissivos legais de arbitrabilidade em demandas trabalhistas

Em matéria de Direito do Trabalho, a arbitragem caminha em dois sentidos: um permissivo, para matérias em que existe previsão expressa em norma, e a vertente negativa, construída pelo posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que entende, de forma quase unânime, pela incompatibilidade da arbitragem com os dissídios individuais trabalhistas.

A arbitragem trabalhista encontra respaldo no §1º do Artigo 114 da Constituição Federal de 1988, “como meio de solução de conflitos coletivos, mas alternativo e facultativo”.²⁷⁰

Na hipótese de que as entidades sindicais não consigam chegar à um consenso quanto aos termos das normas coletivas a serem editadas através de autocomposição, elas poderão, ao invés de buscar o amparo do poder judiciário, adotar a arbitragem como via de solução dos conflitos.

Através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi inserida, como requisito obrigatório anterior à proposição de dissídio coletivo²⁷¹, a ação trabalhista coletiva de matriz constitucional que tramita em rito especial de competência de entes coletivos, via de regra os sindicatos, os quais têm por objetivo a defesa de interesses da coletividade de trabalhadores “visando à criação ou interpretação de normas que irão incidir no âmbito dessas mesmas categorias.”²⁷²

²⁶⁹ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 155.

²⁷⁰ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A arbitragem no moderno direito brasileiro do trabalho. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 383.

²⁷¹ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. RT, vol. 986, ano 106, 2017, p.135.

²⁷² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.1593.

A Lei de Greve (Lei 7.783/89), editada um ano após a promulgação da Constituição de 1988, também faz menção à arbitragem na esfera laboral, autorizando a via arbitral como meio de solução das consequências ocorridas pela suspensão do contrato durante essa paralisação. Apesar de o direito de greve ser coletivo, assim como a liberdade individual do empregado aderir ou não à mesma, não havendo, contudo, que se falar em greve individual²⁷³, o Artigo 7º da aludida Lei não faz distinção quanto à aplicação da arbitragem para solução de conflitos individuais decorrentes da greve, ou da solução para a coletividade de trabalhadores.

A suspensão do contrato de emprego durante a greve produz efeitos e tem eficácia *inter partes*, não apenas para a coletividade, daí a lacuna interpretativa, e, no entendimento de Bernardo Lima e Rodolfo Pamplona²⁷⁴, “a interpretação do texto não permite restringir a utilização da arbitragem às demandas coletivas, cabendo, se possível, o enquadramento da específica demanda no Art. 1º da Lei 9.307/96 e se for a vontade das partes.”

Há previsão de estabelecimento de uma Comissão de Arbitragem pela Lei 12.815 de 2019, norma esta que regula o trabalho dos portuários. Contudo, nesta Lei também existe lacuna quanto à natureza individual ou coletiva da arbitragem, porque, na previsão do seu Artigo 37, a arbitragem se presta a solucionar conflitos a que se referem os Artigos 32, 33 e 35 da mesma Lei, os quais tratam da constituição, competência e gestão do órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário. Invariavelmente, essas questões poderão ser demandadas de forma individual, não havendo qualquer limitação da previsão do Artigo 37 da Lei do Trabalho dos Portuários.

A Lei 10.101 de 10 de dezembro de 2000, Lei de Participação nos Lucros, também dispõe sobre arbitrabilidade, autorizando o que ela chama de “arbitragem de ofertas finais”. Nessa modalidade, ao árbitro não “compete julgar uma demanda, mas “optar”, “escolher” pela proposta apresentada por uma das partes”²⁷⁵. Em que pese sua relevância fática para o empregado, quando não estabelecida por norma coletiva, a “instituição do plano de participação nos lucros é uma faculdade do empregador”.²⁷⁶

A Lei Complementar 75 de 1993 delegou competência arbitral ao Ministério Público do Trabalho, autorizando que este atue como árbitro em dissídios de competência da

²⁷³ MALLETT, Stêvão. **Dogmática elementar do direito de greve**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2015.

²⁷⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA, Bernardo Lima. Arbitrabilidade de conflitos trabalhistas. In: FREITAS, Edmundo Gouvêa; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. (Orgs.) **Processo, Direito e Modernidade: Estudos em Homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013, p. 207.

²⁷⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA, Bernardo Lima. Arbitrabilidade de conflitos trabalhistas. In: FREITAS, Edmundo Gouvêa; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. (Orgs.) **Processo, Direito e Modernidade: Estudos em Homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013, p.208.

²⁷⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Justiça do Trabalho, ou seja, todos aqueles elencados no Artigo 114 da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, em dissídios individuais.

A Lei 13.467 de 2017 introduziu à CLT o Artigo 507-A que autoriza expressamente a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem por empregados que obtenham salário superior a duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social, o que, em 2019, representava uma importância mensal total de R\$11.678,90 (Onze mil seiscentos e setenta e oito reais e noventa centavos). Para sua materialização, basta que tal empregado tome a iniciativa sobre a demanda, ou concorde expressamente com a instituição da cláusula arbitral.

A Reforma Trabalhista legitimou, portanto, a autonomia negocial do empregado portador dos requisitos previstos no Artigo 507-A, entendendo ser a questão financeira agente que afastaria o fundamento limitador dela.

É possível perceber, então, que seria falacioso afirmar que existe uma incompatibilidade entre a arbitragem e os direitos individuais trabalhistas, pois, como demonstrado nesta subseção, o legislador oportunizou aos empregados submeter, em casos específicos, seus dissídios individuais ao juízo arbitral.

O que é preciso se estabelecer, por ser razoável e necessária, é a possibilidade de submissão dos dissídios individuais trabalhistas à arbitragem, e, entendendo pela possibilidade de submissão desses litígios à arbitragem, quais seriam os limites do exercício da jurisdição privada em razão da autonomia negocial do empregado.

4.2.2 A figura do empregado hipersuficiente e a discriminação negativa introduzida pela Lei 13.467/2017 em matéria de arbitragem

A Constituição da República Federativa do Brasil é a norma base e propulsora de todo ordenamento jurídico brasileiro e está fíncada num conjunto normativo, onde existe uma hierarquia, estando no topo desse sistema, cujas leis devem respeitar os limites trazidos na mesma. Assim, não sendo compatível com as previsões constitucionais, logicamente, as leis devem ser consideradas inconstitucionais.

A Constituição, que é organizativa e principiológica, trata das normas gerais e dos princípios basilares que compõem e orientam a sociedade, inclusive o Estado, que deve segui-la de maneira integral.

Os direitos fundamentais, enquanto normas de natureza principiológica elencadas na Constituição Federal têm efeito irradiante sobre todo o ordenamento jurídico²⁷⁷, uma vez que existe uma hierarquia entre essas normas, subordinando as normas infraconstitucionais à Lei maior²⁷⁸. Logo, as normas infraconstitucionais, como é o caso da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei 13.467 de 2017, devem estar de acordo com as regras e princípios previstos na Constituição Federal. E ainda, todas as alterações introduzidas à CLT devem estar de acordo com o texto constitucional e, caso não estejam, poderão ser passíveis de controle de constitucionalidade.

Diversas inovações trazidas pela Lei 13.467 de 2017 à Consolidação das Leis do Trabalho têm sido questionadas no que diz respeito a sua compatibilidade com o texto constitucional, como é o caso da figura do empregado hipersuficiente. A criação dessa categoria (empregado hipersuficiente), que foi inserida na CLT no parágrafo único do Artigo 444, é tema que suscita um relevante debate em matéria constitucional, porque cria uma diferenciação entre os empregados que têm estudo completo em nível superior e percebem salário superior a duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social e os demais empregados. Estabeleceu-se, portanto, um tratamento diferenciado a esses empregados, com o objetivo de flexibilizar sua autonomia, autorizando que eles atuem de forma equiparada aos sindicatos em quesitos específicos, elencados no Artigo 611-A da CLT.

Em seu Artigo 7º, Inciso XXXII, a Constituição Federal de 1988 veda expressamente a distinção entre “trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”, em qualquer tipo de relação de trabalho, inclusive na relação de emprego.

Da simples leitura da previsão supramencionada, há que se entender pela inconstitucionalidade do quanto estabelecido no parágrafo único do Artigo 444 da CLT, contudo, a discussão não termina aí, ela é mais profunda.

O artigo 7º, Inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, além de indicar um direito fundamental, é uma expressão do princípio da igualdade, valor supremo da República Federativa Brasileira, e tem por objetivo vedar a discriminação negativa entre os trabalhadores, sejam eles empregados ou não. Assim, como já discutido na subseção 2.5.1.2 do presente trabalho, não se pode impor uma distinção negativa entre os empregados, apenas discriminações positivas, que tem por objetivo protegê-los como figuras vulneráveis, que o são, na relação de emprego.

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Luís Carlos Gomes. 2ed. São Paulo: Martins Fontes.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Com o objetivo de garantir um equilíbrio na relação de emprego, a Constituição e o legislador infraconstitucional estabeleceram uma limitação à autonomia negocial do empregado, criando assim uma discriminação positiva, meio de efetivação do direito fundamental à igualdade, a qual tem como finalidade, por sua vez, a criação de uma igualdade material no âmbito contratual entre empregador e empregado.

Ao flexibilizar a autonomia negocial do empregado chamado hipersuficiente, além de se estabelecer uma distinção expressamente vedada pela CFRB, ou seja, uma discriminação negativa, quebrou-se um sistema de discriminação positiva estabelecido entre empregador e empregado que tem por objetivo garantir a isonomia material no contrato individual de emprego. Essa flexibilização, além de criar uma discriminação negativa entre empregados, desconfigura a discriminação positiva, que cria um equilíbrio no contrato de emprego, gerando, assim, uma diferenciação material e, portanto, uma desigualdade, o que é inconstitucional.

A criação dessa discriminação negativa através da desconfiguração de uma distinção positiva anteriormente positivada, viola, dessa forma, o princípio da igualdade, que tem como desdobramento a isonomia²⁷⁹, principalmente no que diz respeito às relações de emprego que, por sua essência, são desproporcionais.

A Reforma Trabalhista efetivou uma disparidade formal, estabelecida pela própria legislação entre os empregados, e uma disparidade material, entre empregados no que diz respeito à flexibilização da autonomia de uns e de outros não e pelo reestabelecimento da desigualdade contratual latente entre empregador e empregado.

A inconstitucionalidade da figura do empregado hipersuficiente não reside, desse modo, apenas na distinção feita entre empregados, mas, principalmente no reestabelecimento da disparidade contratual nas relações de emprego, através da flexibilização da autonomia negocial dessa categoria de empregado, o que é uma violação direta ao direito fundamental à igualdade nas relações de emprego. Vale destacar que “o direito do trabalho nunca foi infenso à vontade das partes, algo sempre de se ressaltar, em contraponto necessário aos alardeados discursos de sua anterior inflexibilidade normativa”²⁸⁰, contudo este estabeleceu limites necessários para que a disparidade de forças não suprimisse a efetiva vontade do empregado no contrato. Além disto, a limitação da autonomia negocial do empregado reside ainda na natureza de muitas normas de direito do trabalho, porque, por terem uma finalidade social mais larga,

²⁷⁹ RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 418.

²⁸⁰ MURADAS, Daniela. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. *In*: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERE, Valdete Souto (Coord.) **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 175.

tem natureza de ordem pública, as quais “se devem interpretar e aplicar em estrita correspondência com sua *ratio essendi* e finalidades preconizadas.”²⁸¹

Ao efetivar a aludida disparidade formal, o legislador reformador entendeu, também, de forma implícita, que o empregado considerado hipersuficiente não se encontra na mesma situação de vulnerabilidade que os demais, levando em consideração apenas o fato econômico e educacional. Essa vulnerabilidade do empregado reside numa multiplicidade de fatores, não podendo a alteração legislativa presumir o equilíbrio contratual de forma desmedida, é preciso, de outro modo, levar em consideração a situação, de fato, do empregado.

4.3 A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E A QUESTÃO DA INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS

Como já apresentado no presente capítulo, a arbitrabilidade pode ser analisada sob duas perspectivas: subjetiva e objetiva.

A arbitrabilidade subjetiva, que analisa a compatibilidade da arbitragem em razão da pessoa, será analisada oportunamente no próximo capítulo, enquanto esta seção se destinará a estudar a arbitrabilidade objetiva e a questão da indisponibilidade de direitos. Isso posto, será estudada a matéria que pode ser submetida à arbitragem, ocasião em que será analisada a questão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, e a possibilidade de impedimento quanto à matéria para submissão de dissídios individuais à arbitragem, como forma de solução de conflito.

Nessa perspectiva, o artigo 1º da Lei de arbitragem delimita a matéria que pode ser submetida a tal jurisdição e determina que a arbitragem poderá dirimir conflitos patrimoniais disponíveis. Para entender os limites da matéria que pode ser submetida à arbitragem, é preciso compreender o que são direitos patrimoniais e o que são direitos indisponíveis.

Os direitos patrimoniais são aqueles susceptíveis de alienação ou transferência, e podem ser objeto de relações jurídicas subjetivas e objetivas. Isso quer dizer que são direitos que podem ser alienados ou transferidos como coisas, ou aqueles que podem sofrer incidência de outros direitos, como é o caso do usufruto de título de crédito nas relações comerciais²⁸². Os direitos que não são de ordem patrimonial são, portanto, inalienáveis e intransferíveis, como é

²⁸¹ MURADAS, Daniela. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERE, Valdete Souto (Coord.) **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 175.

²⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 14 ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p.498 – 499.

o caso do direito de família, direitos da personalidade, e “outros que não tenham caráter estritamente patrimonial”. É o que prevê o Artigo 852 do Código Civil.

Portanto, os direitos patrimoniais são aqueles que podem ser determinados em pecúnia, assim sendo, passíveis de valoração econômica e financeira²⁸³, enquanto os direitos extrapatrimoniais “compreendem os direitos da personalidade em geral (direito à vida, à liberdade, à integridade física, ao nome, à honra, à intimidade), ínsitos à essencialidade do ser humano e que não podem ser quantificados em pecúnia.”²⁸⁴

O conceito de direitos patrimoniais, dentro da doutrina, não parece ser lacônico, ao contrário do que ocorre com o conceito de direitos indisponíveis, que é de difícil consenso em virtude da imprecisão quanto à aceção de indisponibilidade²⁸⁵. O fato é que o conceito de direitos disponíveis e indisponíveis é verdadeiramente escasso na doutrina que não trata o assunto de forma aprofundada. Porém, a literatura é quase uníssona quanto à indisponibilidade dos direitos fundamentais²⁸⁶.

Segundo Carlos Carmona, um direito é disponível “quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”²⁸⁷.

Já, segundo Leticia Martel, os direitos indisponíveis, para a maioria da doutrina brasileira, são aqueles que “escapam do alcance do titular, que não pode modificar, criar ou extinguir as relações a eles subjacentes de modo a sair do polo dominante da relação”²⁸⁸, por isso a indisponibilidade estaria ligada ao conceito de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, na visão de José Afonso da Silva, são inalienáveis, uma vez “intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial”²⁸⁹. Assim sendo, indisponíveis.

²⁸³ ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 33, ano 9, 2012, p. 304.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 304-305.

²⁸⁵ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Vol. 1, n. 1, jan/jun 1995. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995, p. 142.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 145.

²⁸⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 38.

²⁸⁸ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Op. cit.*, p. 143.

²⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181.

A ideia de disponibilidade de dado direito encontra-se, segundo Rodolfo Pamplona Filho e Bernardo Lima, na liberdade oferecida ao seu titular para ditar o seu desígnio, ou seja, se o detentor do direito pode ou não transmitir ou renunciar a dado direito²⁹⁰.

Percebe-se que no âmbito do direito do trabalho, a ideia de indisponibilidade dos direitos trabalhistas é quase que um discurso uníssono, tanto é que, como disciplina acadêmica, costuma ser lecionado como um princípio do direito laboral²⁹¹.

Apesar de não existir previsão expressa do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas na Constituição Federal de 1988, a maioria da doutrina, a exemplo de Luciano Martinez, entende que tal princípio decorre do princípio protetor, bem como das previsões dos Artigos 9º, 444, *caput*, e 468, *caput*, todos na Consolidação das Leis do Trabalho. Neste sentido, Luciano Martinez afirma que,

“o princípio da indisponibilidade dos direitos ou irrenunciabilidade de direitos baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual não é dado ao empregado dispor (renunciar ou transacionar) de direito trabalhista, sendo, por conta disso, nulo qualquer ato jurídico praticado contra essa disposição”²⁹²

Ainda quanto à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, Vólia Cassar apreende que o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho intensificou a ideia de indisponibilidade de tais direitos, em razão da recepção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, surgindo então

“[...] a ideia de que os direitos trabalhistas são fundamentais, e como tal, se impõem aos cidadãos em suas relações interpessoais e interprivadas, constituindo-se em limite à autonomia da vontade de negociar. Sendo assim, não podem ser negociados, transacionados ou renunciados, salvo quando a Lei expressamente autorizar.”²⁹³

Contudo, é preciso cautela ao tratar da questão da indisponibilidade de direitos trabalhistas, a fim de não interpretar tal norma com carga axiológica, de modo a aniquilar a autonomia negocial individual dos contratantes.

Como bem assevera Carolina Tupinambá, ao analisar a questão da indisponibilidade de direitos trabalhistas sob a perspectiva da teoria de Ronald Dworkin, partindo da premissa de que a existência do princípio da indisponibilidade é quase unanimidade

²⁹⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA, Bernardo Lima. Arbitrabilidade de conflitos trabalhistas. In: FREITAS, Edmundo Gouvêa; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. (Orgs.) **Processo, Direito e Modernidade: Estudos em Homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013, p. 205.

²⁹¹ TUPINAMBÁ, Carolina. Ao seu dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 48.

²⁹² MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 126-127.

²⁹³ CASSAR, VÓLIA. **Direito do Trabalho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 204-205.

na doutrina nacional, é preciso ter em mente que esse princípio, geralmente, não pode ser entendido como mandamento imperativo, pois, como norma, é principiológica, e não regra²⁹⁴. Com isso pretende-se afirmar que, como mandamento de aplicação parcial, uma vez que não é imperativo, o princípio da indisponibilidade pode conviver com outros princípios, sem que haja uma aniquilação do conteúdo de um deles²⁹⁵.

Seguindo a supracitada perspectiva, é possível afirmar que o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas conviva com o princípio da livre iniciativa e, inclusive, com a autonomia negocial do empregado²⁹⁶.

Existem regras, inclusive, que flexibilizam direitos tidos como indisponíveis, autorizando que sejam transacionados parcialmente pelo empregado, como é o caso da previsão do Artigo 143 da CLT, que autoriza a conversão de um terço do período de férias do empregado em abono pecuniário, popularmente conhecido como “venda de férias”.

Dessa maneira, o princípio da indisponibilidade não pode ser pensado enquanto máxima absoluta e intocável nas relações de emprego, sob pena de, inclusive, inviabilizar a dinâmica existente nesse tipo de relação que é essencialmente contratual.

Ainda sob a visão da natureza principiológica da indisponibilidade, no que tange às relações de emprego, é preciso compreender que não existem apenas dois grupos de situações jurídicas, ou seja, não existem direitos estritamente disponíveis ou indisponíveis, uma vez que a indisponibilidade admite graus diversos²⁹⁷ : relativa ou absoluta²⁹⁸.

A indisponibilidade absoluta está relacionada a situações excepcionalíssimas, como o direito à vida, à personalidade, ao trabalho livre, enquanto, na indisponibilidade relativa, é possível haver renúncia e transação, embora estejam sujeitas a restrições e limitações, como é o caso de direitos ao depósito do FGTS, horas extras, adicionais etc.²⁹⁹ Neste sentido, Mauricio Godinho Delgado entende que existem direitos trabalhistas que são mais passíveis de afetação

²⁹⁴ TUPINAMBA, Carolina. Ao seu dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p.50.

²⁹⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁹⁶ *Ibidem*, p.51.

²⁹⁷ DAMIANO, Henrique. Formas extrajudiciais de solução dos conflitos individuais do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**. N. 21, jul/2003. Campinas: Escola da Magistratura, p. 143. Disponível em: https://trt15.jus.br/sites/porta1/files/fields/colecoesdotribunal_v/revista-do-tribunal-eletronica/2002/r-21-2002.pdf. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ibidem*.

que outros, ou seja, comportam níveis de rigidez e extensão diferentes³⁰⁰. Ainda para o autor, os direitos individuais trabalhistas absolutamente indisponíveis são aqueles que, por produzirem um patamar civilizatório mínimo para as relações de emprego, merecem uma tutela que possui interesse público. São também aqueles direitos que, protegidos em razão de norma de interesse abstrato da categoria, não podem ser objeto de disposição pela autonomia individual das partes³⁰¹.

Como alguns direitos podem ser dispostos apenas através da autonomia coletiva, é possível concluir que a indisponibilidade absoluta de direitos individuais nas relações de emprego é mais ampla do que tal indisponibilidade no âmbito coletivo.³⁰² Enquanto isso, a indisponibilidade relativa de direitos individuais trabalhistas, ainda na perspectiva de Mauricio Godinho Delgado, é aquela em que o direito, objeto da questão, tiver enfoque em “interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.”³⁰³ Esses direitos, na visão do autor, podem ser objeto de transação, em que pese não sejam passíveis de renúncia, desde que o resultado não cause prejuízo ao empregado³⁰⁴.

No tocante a irrenunciabilidade absoluta dos direitos individuais trabalhistas, há que se discordar do supracitado autor, porque existem situações em que o empregado poder renunciar a esse direito para conseguir vantagem superior, em razão do princípio da norma mais benéfica e do princípio da condição contratual mais benéfica. Nesse sentido, existem, inclusive, precedentes judiciais, a exemplo da Súmula 51, II, do TST, que autoriza o empregado a fazer opção por regulamento empresarial, renunciando às regras decorrentes do outro instrumento regulatório. Esse é um exemplo da possibilidade de convivência da indisponibilidade de direitos com outros princípios.

O fato é que, ao reconhecer que existem direitos relativamente indisponíveis, há que se assumir que a premissa da indisponibilidade não seria totalmente insuperável³⁰⁵, e, assim, não sendo todos os direitos individuais trabalhistas absolutamente indisponíveis, não há que se falar em total incompatibilidade deles com a arbitragem, no que diz respeito a sua matéria.

³⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18 ed. São Paulo, LTr, 2019, p. 253.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 253 – 254.

³⁰² *Ibidem*, p. 253.

³⁰³ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁰⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁰⁵ TUPINAMBA, Carolina. Ao seu dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p.53.

Se existem direitos trabalhistas que podem ser transferidos ou renunciados, ainda que apenas para beneficiar o empregado, esses também podem ser objeto de disponibilidade através de solução de conflito pela via arbitral. Nessa perspectiva, não é possível concordar com a ideia de incompatibilidade da arbitragem com dissídios individuais trabalhistas sob a justificativa de que os direitos decorrentes das relações individuais de trabalho são indisponíveis, porque, como já foi afirmado, eles, os direitos, não são indisponíveis de forma absoluta.

Além disto, existe uma diferença entre indisponibilidade do direito e indisponibilidade do crédito decorrente de determinado direito, pois, quando uma relação de emprego é terminada, aos créditos decorrentes dela não é destinada a mesma proteção conferida aos direitos relativos a ela³⁰⁶. Quanto a essa diferenciação entre direitos indisponíveis e créditos decorrentes deles, Rodolfo Pamplona e Tércio Souza ponderam:

Embora se reconheça a absoluta controvérsia sobre o ponto, e ainda a presunção da irrenunciabilidade do direito individual do trabalho, parece acertado concluir que a indisponibilidade do direito por parte do trabalhador não se confunde com o conteúdo econômico desse direito ou mesmo a possibilidade de transigir sobre ele. Do contrário, nem mesmo no âmbito da Justiça do Trabalho seria possível o exercício da conciliação, em que usualmente cada uma das partes cede parte do que reputa ser seu crédito, ou seja, dispõe de parte dele, para alcançar um consenso³⁰⁷.

Em uma situação hipotética em que um dado contrato de emprego foi terminado, e não existem dúvidas quanto aos direitos considerados absolutamente indisponíveis, mas apenas em relação aos valores dos créditos decorrentes dessa relação, é totalmente possível que o eventual litígio seja submetido à jurisdição privada, afinal, nesse caso, não está se discutindo a existência do direito, mas sim sua valoração pecuniária.

Ademais, no supracitado exemplo, ainda que existam créditos decorrentes de direitos absolutamente indisponíveis, não havendo litígio que necessite versar sobre o conteúdo do direito em si, reconhecendo-o ou não em favor dos litigantes, mas apenas limitando a sua repercussão patrimonial, não há incompatibilidade com a jurisdição arbitral. Com relação a essa questão, seguindo uma perspectiva vanguardista, Luis de Lima Pinheiro entende que uma “pretensão tem natureza patrimonial quando é susceptível de ser objeto de uma avaliação pecuniária”³⁰⁸, ainda que seja decorrente de um direito indisponível. De igual modo, sequer a

³⁰⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 129-130.

³⁰⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 38.

³⁰⁸ PINHEIRO, Luis de Lima. Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais). **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**. Ano 64, vol. I/II, Nov/2004. Disponível em:

indisponibilidade absoluta de um direito seria susceptível de afastar a jurisdição arbitral, se as partes optarem por discutir apenas as repercussões financeiras decorrentes deste direito.

Se tais argumentos não forem suficientes, observa-se que a própria legislação trabalhista cria uma série de opções de solução de conflitos através de consensualidade entre as partes, aos instituir, no âmbito do processo do trabalho, a conciliação como princípio procedimental, conforme Artigos 846, 850, 852-E, dentre outros constantes na CLT.

Além disto, a Lei 13.467 de 2017, denominada Reforma Trabalhista, flexibilizou a ideia de indisponibilidade absoluta dos direitos de forma tácita, ao permitir que o empregado hipersuficiente possa dispor sobre certos direitos em patamar equiparado ao da autonomia coletiva, como é possível perceber da leitura do Artigo 444, parágrafo único da CLT. A esse empregado, em razão de critério meramente econômico, foi permitida ainda a submissão de litígios ao juízo arbitral, através de pactuação da cláusula compromissória, por previsão inserida no Artigo 507-A da CLT.

Em 2005, em razão das diversas previsões legislativas que à época já autorizavam a mitigação do princípio da indisponibilidade de direitos, o Tribunal Superior do Trabalho chegou a entender pela compatibilidade da arbitragem nas demandas individuais de trabalho, em que pese esse não ser o posicionamento hoje aplicado. Senão, vejamos:

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

É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que prevêm expressamente sua disponibilidade, como v. g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7º da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos.

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

Após a dissolução do pacto, no entanto, não há se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que empregado não mais está dependente do empregador.”^{309 310}

É possível compreender então, que a utilização do princípio da indisponibilidade de direitos na esfera trabalhista não é suficiente para inferir a incompatibilidade dos dissídios individuais trabalhistas com a arbitragem em razão da matéria.

4.4 A SENTENÇA ARBITRAL E SEU CONTROLE DE LEGALIDADE

Sentença é, nos termos do Artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil, o pronunciamento através do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, resolvendo o mérito que lhe foi apresentado ou o extinguindo, quando for o caso. É, portanto, o pronunciamento através do qual o juiz outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes³¹¹, sendo assim delimitada tanto em razão do seu conteúdo (que analisa ou não o mérito do processo), como do seu efeito (por fim àquela fase jurisdicional)³¹².

Em relação a sua origem, a sentença pode ser judicial ou arbitral, porque a Lei de Arbitragem, em seu Artigo 31, equiparou as duas em relação aos efeitos, razão pela qual a sentença arbitral condenatória tem natureza de título executivo³¹³. Assim como a sentença judicial, a sentença arbitral é o pronunciamento através do qual o julgador põe fim ao processo, podendo ter natureza terminativa ou definitiva³¹⁴.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista Nº 165000-41.1999.5.15.0003. Recorrente: Serviços Especializados de Vigilância Industrial e Bancária LTDA. – SEBIL. Recorrido: Dauri Bernardino Alves. Relatora: Juíza Conv. Maria Doralice Novaes. Brasília, DJ 30 de set. de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/305f179b4573c12c24e4ef1d11e0a32a>. Acesso em: 18 de fev. de 2021.

³¹⁰ Em que pese aqui se concordar com a compatibilidade da arbitragem com os dissídios individuais trabalhistas, bem como com o posicionamento firmado em relação a indisponibilidade dos direitos no julgado referenciado, não se acompanha o entendimento de que a vulnerabilidade do empregado é cessada quando do término do contrato de trabalho, embora se entenda que, após o término do contrato de trabalho ela não pode ser utilizada como óbice para o exercício da autonomia privada quanto a escolha do meio de solução do conflito.

³¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 336.

³¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.803.

³¹³ JABARDO, Cristina Saiz; ALVES, Mariana Cattel Gomes; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. A sentença arbitral e seus desafios. IN: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Psquot. **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.316.

³¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 337.

Além de ser classificada como terminativa ou definitiva, a sentença arbitral também pode ser qualificada como declaratória, constitutiva ou condenatória³¹⁵, tendo esta última, natureza de título executivo, como já foi visto.

Nos termos do Artigo 24 da Lei de Arbitragem, A sentença arbitral deverá ser manifestada através de documento escrito, tendo como requisitos obrigatórios, nos termos do Artigo 26, Incisos I a IV, e parágrafo único, da mencionada Lei: (a) o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; (b) os fundamentos da decisão, em que serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; (c) o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; (d) a data e o lugar em que foi proferida; (e) assinatura por um árbitro ou por todos eles.

Além de decidir o conteúdo do litígio, a sentença arbitral irá dirimir questões de ordem processual, conforme previsto no Artigo 27 da Lei Brasileira de Arbitragem, definindo, caso não tenha sido feito na convenção de arbitragem, a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas procedimentais, eventual condenação por litigância de má-fé e outros encargos incidentes sobre o conflito estabelecidos pelas partes. Assim, o procedimento arbitral tem como matriz central o exercício da autonomia privada dos litigantes que, através dela, podem determinar todas as regras procedimentais a serem aplicadas para a solução da lide. Também não seria diferente no que diz respeito ao prazo para apresentação da sentença.

Em que pese a Lei de Arbitragem ter estabelecido prazo para apresentação da sentença arbitral no *caput* do seu Artigo 23, nada impede que as partes estabeleçam prazo específico, podendo, inclusive, ao longo do procedimento, estabelecer consensualmente a suspensão do procedimento ou a prorrogação do prazo para apresentação da sentença, se julgarem necessário.

Não existe controle judicial da sentença arbitral como requisito de validade dela, tanto é que, como já foi afirmado, a sentença arbitral teve seus efeitos equiparados à sentença judicial por força de lei. Porém, essa autonomia existente entre a sentença arbitral e o Estado-Juiz não é absoluta, pois “carente a jurisdição arbitral de *imperium*, ou seja, de titularidade do poder de exercitar legalmente força pública para a efetivação de suas decisões no plano

³¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.323.

empírico, restou ela dependente da colaboração da jurisdição estatal para o atingimento de seu total escopo.”³¹⁶

Essa ausência de coercibilidade do juízo arbitral exige que, havendo resistência de uma das partes na execução de atos essenciais para a instrução processual, a jurisdição estatal seja acionada para fazer cumprir as determinações do juízo arbitral. É o que ocorre em caso de resistência de uma das partes na instituição da arbitragem, ou em caso de ausência de testemunha sem justo motivo, conforme, respectivamente, os Artigos 7º e 22, §2º, da Lei de Arbitragem. Mas, a possibilidade de interferência da jurisdição estatal no procedimento arbitral não reside apenas na questão da ausência de coercibilidade desta, mas, principalmente, na possibilidade de o Poder Judiciário examinar a validade da sentença arbitral, podendo decretar a sua nulidade sempre que preenchida uma das hipóteses previstas nos Incisos do Artigo 32 da Lei de Arbitragem³¹⁷.

São hipóteses de nulidade da sentença arbitral, nos termos do Artigo 32, Incisos I a VIII: (a) quando for nula a convenção de arbitragem; (b) quando a sentença foi emanada de quem não podia ser árbitro; (c) não contiver os requisitos do Art. 26 dessa Lei; (d) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (e) quando for comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (f) for proferida fora do prazo, respeitado o disposto no Art. 12, Inciso III dessa Lei (hipótese em que a parte concede prazo de 10 dias para prolação da sentença); (g) forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Como a sentença judicial não comporta, via de regra³¹⁸, recursos com efeito devolutivo, em virtude do que propõe o Artigo 18 da Lei de Arbitragem, sendo possível apenas a oposição de embargos de declaração³¹⁹ e a preclusão temporal para interposição desta ferramenta, ou já tendo ela sido julgada, a sentença arbitral torna-se imutável, revestindo-se de qualidade equivalente à coisa julgada material³²⁰. Assim, caso a parte entenda que se faz

³¹⁶ ARMELIN, Donaldo. Ação de Nulidade da Sentença Arbitral. IN: RODRIGUES, Daniel Colnago; LAZARI, Rafael de; SANTOS, Silas Silva. (Orgs.) *Processo Civil Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Gerson Amaro de Souza*. São Paulo: Lualri Editora, 2018, p. 531.

³¹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

³¹⁸ É possível que as partes estabeleçam, quando da instituição da arbitragem, a possibilidade e interposição de recurso com efeito devolutivo, ou seja, que tenha como objetivo revisar a matéria pronunciada pelo juízo arbitral, uma vez que a jurisdição arbitral tem seus procedimentos delimitados pelos jurisdicionados.

³¹⁹ Nos termos do Artigo 30 da Lei de Arbitragem, são cabíveis embargos de declaração, a fim de corrigir eventual erro material, sanar eventual obscuridade, dúvida ou contradição no pronunciamento, ou ainda para que se pronuncie o juízo arbitral sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a sentença arbitral.

³²⁰ ARMELIN, Donaldo. Ação de Nulidade da Sentença Arbitral. IN: RODRIGUES, Daniel Colnago; LAZARI, Rafael de; SANTOS, Silas Silva. (Orgs.) **Processo Civil Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Gerson Amaro de Souza**. São Paulo: Lualri Editora, 2018, p. 532.

necessário pleitear o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral, deverá propor ação desconstitutiva no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, ou da decisão que julgou os embargos de declaração, previsão expressa no Artigo 33, §1º da Lei 9.307/96.

A ação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum ordinário, conforme previsão do Artigo 33, §1º da Lei de Arbitragem, sendo, portanto, competente, para o seu julgamento o juízo singular³²¹, tendo a ação natureza desconstitutiva, em virtude da supressão do ato maculado, no caso, da sentença³²².

O prazo exíguo que o legislador atribuiu para o ajuizamento da supracitada ação prestigia a celeridade que se espera da jurisdição privada e a expectativa de que rapidamente seja estabilizada a solução imposta à causa³²³.

Para compreender a relevância da ação de desconstituição da sentença na aplicabilidade da jurisdição privada nos dissídios individuais trabalhistas, faz-se necessária uma digressão sobre algumas das hipóteses de nulidade, aqui já destacadas anteriormente.

A relevância dos pontos selecionados para essa análise reside no fato de eles evidenciarem que a jurisdição arbitral é passível de controle de legalidade, ainda que externo, principalmente em situações em que os direitos dos trabalhadores podem se mostrar susceptíveis de lesão.

A primeira hipótese de vício do julgado encontra-se na nulidade da convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem, como já afirmado anteriormente, é um negócio jurídico que decorre do exercício da autonomia privada das partes e que acaba por afastar a jurisdição estatal da solução do conflito. Por ser hipótese de nulidade de negócio jurídico, que resultará em vício de ordem processual, a patologia deve ser analisada sob a perspectiva do direito material.³²⁴

Se é negócio jurídico, a convenção de arbitragem será nula quando não forem observados os requisitos previstos no Artigo 166 do Código Civil, ou ainda, quando for verificada simulação na sua pactuação, nos termos do Artigo 167 do Código Civil. Devem ser observados, ainda, os requisitos da convenção arbitral previstos na própria Lei de Arbitragem, quais sejam aqueles já ressaltados neste trabalho.

³²¹ *Ibidem*, p 534.

³²² *Ibidem*, p 537.

³²³ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.388.

³²⁴ *Ibidem*, p. 390.

Assim, se um dos pactuantes da convenção de arbitragem for (a) absolutamente incapaz, ou o (b) objeto do litígio for ilícito, impossível ou indeterminável, ou ainda, (c) se o motivo determinante para que seja firmado a convenção de arbitragem for ilícito, (d) sem observar a forma prevista em lei, ou (d) alguma solenidade que a Lei de Arbitragem exige para a sua validade, (e) existindo qualquer objetivo de fraldar imperativo legal, ou, por fim, se (f) a lei proibir a prática da convenção taxativamente, ou se (g) a convenção for simulada, será considerado nulo o negócio jurídico.

Fazendo uma digressão à realidade do direito do trabalho, dentre as hipóteses de nulidade do negócio convencional supracitadas, uma merece destaque, que é a simulação. Simulação é, pois, o não dizer a verdade na declaração de vontade³²⁵, sendo “o intencional e propositado desacordo entre a vontade declarada (tornada exterior) e a vontade interna (pretendida concretamente pelo declarante), fazendo com que seja almejado um fim diverso daquele afirmado”³²⁶.

Ela pode ser absoluta, quando o negócio é praticado para não ter eficácia, existindo por mera aparência³²⁷. Por exemplo, na hipótese de o empregador simular a existência de procedimento arbitral, imposto ao empregado como condicionante para pagamento das verbas rescisórias, mesmo sabendo que hoje este não pode suprimir a via estatal em razão da jurisprudência do TST, com o objetivo de inviabilizar a busca pela jurisdição estatal pelo empregado, fazendo-o acreditar que seu direito de ação já foi ali esvaziado.

Já a simulação relativa, é aquela em que há um ato jurídico perfeito, mas que a exteriorização da vontade do agente foi maculada³²⁸, ou seja, ele, em verdade, não queria aquele resultado. Um exemplo de simulação relativa é a denominada lide simulada, que ocorre, por exemplo, quando o empregador obriga ou condiciona o empregado a ajuizar reclamação trabalhista, com o objetivo de receber suas verbas rescisórias não pagas voluntariamente, indicando, por diversas vezes, um advogado para acompanhar o empregado, a fim de operacionalizar ou facilitar a realização de acordo dando plena, total e irrevogável quitação à relação de emprego. Para isso, insere cláusula penal de baixo percentual, dentre outras tentativas de conduta que têm por objetivo fraudar as relações de emprego e o próprio Poder Judiciário Estatal.

³²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 128.

³²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 623.

³²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

³²⁸ *Ibidem*, p. 624.

Dos exemplos citados acima, é possível perceber que a simulação da jurisdição, seja ela estatal ou privada, é prática que precisa ser vigiada, contudo, é difícil de ser reprimida preventivamente, posto que depende do exercício da vontade, ainda que maculada, dos agentes.

Os juízes do trabalho atuam de forma vigilante em relação a lides simuladas, principalmente na homologação de acordos judiciais e extrajudiciais, sendo esta uma forma de controle de eventual tentativa de simulação através da via jurisdicional estatal. Dentre as medidas adotadas pelos juízes, está a designação de audiência para formalizar a aquiescência do empregado com os termos do acordo, cientificando para ele as consequências da tratativa, os termos e parcelas propostos etc.

No âmbito da arbitragem, essa prevenção quanto à simulação da lide se torna mais complicada, uma vez que o juízo arbitral é exercido em razão da plena autonomia das partes, sendo dever do árbitro apenas salvaguardar a paridade de armas e a observância dos princípios constitucionais fundamentais para o procedimento, não tendo este como garantir que existiu uma simulação quando da convenção de arbitragem.

Levando em consideração que o árbitro, no exercício da sua atividade, é equiparado ao funcionário público, inclusive no que diz respeito aos aspectos penais, uma vez visualizada eventual estado de suscitação de dúvidas quanto à fidedignidade da vontade ali manifestada, ele deve adotar todas as medidas cabíveis para garantir a higidez do procedimento e evitar eventual fraude processual.

Contudo, ainda que o árbitro tenha atuado em total vigilância, havendo a simulação, e não tendo ela sido descoberta no curso do procedimento arbitral, a previsão de possibilidade de ajuizamento de ação para desconstituição da sentença representa, principalmente se admitirmos a arbitragem em dissídios individuais, uma forma de materialização do direito fundamental ao acesso à justiça.

É importante registrar que a existência de medida para desconstituição da sentença arbitral não deve ser vislumbrada como justificativa de uma vulnerabilidade da jurisdição privada, afinal as sentenças pronunciadas pelo Poder Judiciário Estatal também são passíveis de controle de legalidade, contudo interno, através de ação rescisória, em que pese a notória diferenciação das hipóteses de cabimento entre elas³²⁹.

³²⁹ ARMELIN, Donaldo. Ação de Nulidade da Sentença Arbitral. IN: RODRIGUES, Daniel Colnago; LAZARI, Rafael de; SANTOS, Silas Silva. (Orgs.) Processo Civil Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Gerson Amaro de Souza. São Paulo: Lualri Editora, 2018, p. 533.

Assim, no tocante à desconstituição da sentença arbitral, em razão de eventual simulação, a jurisdição privada é resguardada de proteção equânime em relação à jurisdição estatal, uma vez que o legislador se preocupou em estabelecer medida para combater tal ilegalidade.

Outra hipótese de nulidade da sentença arbitral que merece destaque é aquela relativa aos limites da sentença em razão do que foi estipulado na convenção de arbitragem.

De acordo com o discutido anteriormente, é a convenção de arbitragem, seja ela cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que delimita a matéria a ser apreciada e a forma como o procedimento será desenvolvido. Ao se pronunciar, o árbitro deve se limitar aos parâmetros estipulados nesse instrumento. Ultrapassando-os ou deixando de analisar alguma matéria, a sentença deverá ser, respectivamente, recortada e desconstituída ou complementada.³³⁰

As sentenças que não observam os limites estabelecidos na convenção de arbitragem classificam-se em *ultra petita* ou *extra petita*³³¹.

A sentença *ultra petita* é aquela na qual o juiz, quando da prolação da sentença, ultrapassa os limites da pretensão entregue, quando do impulso pelo autor da tutela jurisdicional.³³² No caso da arbitragem, o árbitro deve observar, quando do pronunciamento em sentença, os limites da pretensão estabelecidos na convenção de arbitragem.

Hipoteticamente, imagine-se que, em um conflito individual de trabalho, as partes, empregado e empregador, resolver resolvem pelo uso da arbitragem como solução e estabelecem que haverá limitação na incidência de encargos e multas, quando da apuração do débito. Se em sentença, o juízo arbitral estipula incidência de encargos e multas fora dos parâmetros estabelecidos na convenção, haverá julgamento *ultra petita*.

Ainda hipoteticamente, se as partes convencionam que o juízo arbitral irá apreciar matéria relacionada a horas extras, adicional noturno e acúmulo de função e, quando do pronunciamento, a sentença versa sobre intervalos intrajornada e interjornada, estará diante de uma sentença *ultra petita*, uma vez que a tutela apreciada vai além daquela estabelecida na convenção de arbitragem.

Já a sentença *extra petita*, é aquela em que se concede algo diferente do que foi pedido pelo autor³³³, e no caso da arbitragem, divergente do que foi estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem.

³³⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 394.

³³¹ *Ibidem*, loc. cit.

³³² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.832.

³³³ *Ibidem*, p.830.

Assim, ainda hipoteticamente, se as partes convencionam que o juízo arbitral irá apreciar matéria relacionada à quantificação de indenização por dano moral, ocorrido em razão de dispensa discriminatório, e, ao invés de quantificá-lo, o juízo prolate sentença determinando a reintegração do empregado com a anulação do ato de dispensa, configura-se um julgamento *extra petita*.

No caso da sentença *ultra petita*, haverá invalidade apenas da parte da sentença que extrapolou os limites estabelecidos na convenção de arbitragem, enquanto, na sentença *extra petita*, a desconstituição da sentença deve atingir todo o conteúdo da decisão³³⁴.

Tais critérios de desconstituição parcial ou integral da decisão são os mesmos aplicáveis às sentenças prolatadas pela jurisdição estatal, que também não podem deixar de observar os limites estabelecidos na petição inicial pelo autor. Havendo possibilidade de desconstituição da sentença, o pronunciamento que ultrapasse ou divirja dos limites da convenção de arbitragem, uma vez impulsionado o poder judiciário, garante às partes da relação de emprego as mesmas proteções processuais garantidas nesse tocante pela jurisdição estatal. Além disso, garante-se o direito de reserva em relação à apreciação pela jurisdição estatal de eventual matéria que não tenha sido objeto de arbitragem. pois, caso uma parcela não tenha sido objeto da arbitragem, não havendo sido estipulada eventual quitação do contrato de trabalho na convenção de arbitragem, nada impede que o empregado busque o Poder Judiciário, ou até mesmo o juízo arbitral, para dirimir conflitos relacionados a outros direitos decorrentes da mesma relação de emprego.

Ainda sob a perspectiva da desconstituição da sentença arbitral em razão dos limites da convenção de arbitragem, há que se notar que ela também limita os procedimentos a serem observados pelo árbitro e pelas partes no curso da arbitragem³³⁵. Não sendo os procedimentos estabelecidos na convenção de arbitragem seguidos, é possível pleitear a desconstituição da sentença que ficará comprometida por inobservância do devido processo arbitral.

É possível perceber, então, que o controle de legalidade oportunizado às partes que fazem opção pela jurisdição estatal é mais uma comprovação da seriedade do procedimento, principalmente em razão da sua ampla extensão de hipóteses de nulidade, que podem ser aplicadas sem qualquer embaraço, nas hipóteses de submissão de dissídios individuais trabalhistas a essa jurisdição.

³³⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 394.

³³⁵ *Ibidem, loc. cit.*

4.5 ARBITRAGEM COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 elencou, dentre os direitos fundamentais ali expressos, o Direito Fundamental ao Acesso à Justiça em seu Artigo 5º, Inciso XXXV, ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, todo cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, não poderia ser impedido de recorrer ao Estado-Juiz para resolver um litígio.

Contudo, como salienta Wilson de Souza³³⁶, é preciso compreender o direito fundamental ao acesso à justiça para além de um direito como porta de entrada ao Poder Judiciário, mas também como uma garantia de acesso a uma jurisdição justa, que observe o devido processo legal, a celeridade, economia processual, ou seja, que observe todos os princípios constitucionais processuais e que represente, de forma efetiva, uma solução de conflito equitativa, ou seja, justa.

Nessa perspectiva, para Mauro Capeletti, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encorado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.³³⁷

O direito fundamental de acesso à justiça carrega consigo uma carga axiológica muito mais extensa do que aquela expressa na literalidade do texto constitucional, uma vez que, transcende a ideia de direito à postulação, ou acesso à jurisdição, representando, em verdade, o direito a um julgamento que garanta uma segurança procedimental para ambas as partes e, conseqüentemente, um julgamento imparcial. O conceito de acesso à justiça, jurisdição e poder jurisdicional estão intrinsecamente ligados, uma vez que o primeiro tem o condão de garantir constitucionalmente o acesso ao segundo, definitivamente, de forma equânime, enquanto o terceiro tem a legitimidade para operacionalizá-los.

Segundo Fredie Didier Jr.³³⁸, jurisdição “é uma função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”.

³³⁶ SOUZA, Wilson Alves de Souza. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011. p.25

³³⁷ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

³³⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 189.

O exercício da supracitada função é legitimado por lei, a terceiros imparciais, que terão poder jurisdicional para exercer a jurisdição³³⁹. No Brasil, a jurisdição foi praticamente monopolizada pelo Estado, através do exercício do Poder Judiciário, existindo poucas exceções de jurisdição privada, como é o caso da arbitragem.³⁴⁰

Como a resolução de conflitos por meios privados necessita de consentimento do Estado, através do exercício da atividade legislativa, ou seja, autorização legal, no Brasil, a jurisdição privada é vista como um instrumento alternativo de resolução de conflitos³⁴¹.

No caso da arbitragem, a própria Lei 9.307/96, especificamente em seu Artigo 1º, confere-lhe jurisdição para a solução de litígios, desde que versem sobre direitos denominados disponíveis. Assim, é possível afirmar que a arbitragem tem jurisdição que é privada³⁴².

A arbitragem não é um equivalente jurisdicional³⁴³ e sim, jurisdição, uma vez que a decisão arbitral fica estável pela coisa julgada em caso de ultrapassado o prazo de 90 dias para proposição de ação de impugnação da sentença arbitral, nos termos do Artigo 33, §2º da Lei de Arbitragem.

Ao enfrentar o tema da jurisdição arbitral, através do Recurso Especial Nº 1.550.260 – RS, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela primazia do juízo arbitral em detrimento da jurisdição do Poder Judiciário, quando houver previsão contratual de convenção de arbitragem. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALSIDADE CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. ASSINATURA. FALSIDADE. ALEGAÇÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ.1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar a ação declaratória que deu origem ao presente recurso especial tendo em vista a existência de cláusula arbitral nos contratos objeto da demanda.2. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. 3. A consequência da existência do compromisso arbitral é a

³³⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 192.

³⁴⁰ SOUZA, Wilson Alves de Souza. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011. p.25

³⁴¹ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **O princípio da inafastabilidade de jurisdição e a resolução de conflitos**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 52.

³⁴² ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Mediação e arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho. **Revista Trabalho e Doutrina**. São Paulo: Saraiva, nº 4, set/1997, p. 69.

³⁴³ Equivalentes jurisdicionais são, segundo Fredie Didier Jr., “formas não jurisdicionais de solução de conflitos. São chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.”, como é o caso da mediação. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 189.

extinção do processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil de 1973.4. Recurso especial provido.³⁴⁴

Partindo do pressuposto de que a arbitragem tem jurisdição, é preciso compreender se ela, como tutela privada, é capaz de garantir o direito fundamental de acesso à justiça, na sua máxima axiológica, ou seja, como instrumento de entrada, operacionalização e saída equânime para efetivação da justiça. Essa é a questão que será discutida em seguida.

Quando se fala em acesso à justiça, a primeira leitura do Artigo 5º, Inciso XXXV da CFRB remete o leitor à ideia de direito de ação, ou direito de jurisdição³⁴⁵. Por isso, durante muito tempo se falou em direito fundamental de acesso à justiça, exclusivamente como garantidor ativo do mister da jurisdição, como expressão destinada à tutela de direitos³⁴⁶. Dessa forma, o direito fundamental de acesso à justiça, no seu desdobramento³⁴⁷ supracitado, é denominado como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou princípio da inafastabilidade de jurisdição que significa dizer “que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, nem mesmo por lei”³⁴⁸.

É importante perceber que, nem sempre, a jurisdição é exclusiva do Estado-Juiz e, portanto, do Poder Judiciário. É o que acontece no caso da arbitragem que é regida por lei própria a qual autoriza a sua utilização como forma de solução de conflito. No entanto, uma vez firmada a cláusula compromissória, optando por valer-se da arbitragem como forma de solução do conflito, as partes não podem se esquivar da jurisdição privada pactuada, submetendo a demanda ao poder judiciário, o que poderia representar uma renúncia em abstrato³⁴⁹.

É possível que, em caso de resistência de uma das partes em firmar o compromisso arbitral, nos termos do Artigo 7º da Lei 9.307/96, seja acionado o Poder Judiciário para substituir a vontade da parte relutante para fixar as regras do compromisso arbitral através de sentença.

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.550.260 – RS**. Recorrente: Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe. Recorrido: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 20 mar 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639740&num_registro=201402050562&data=20180320&formato=PDF. Acesso em: 10 de fev. de 2021.

³⁴⁵ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 166.

³⁴⁶ REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**. Ano 41, vol. 258, ago/2016, p. 43.

³⁴⁷ *Ibidem, loc.cit.*

³⁴⁸ SOUZA, Wilson Alves de Souza. *Op. cit.*, p. 166.

³⁴⁹ GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A arbitragem no direito trabalhista: um desafio a ser enfrentado. *In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018, p. 352 – 353.

Por conta da impossibilidade de ajuizamento de demanda no Poder Judiciário, em caso de pactuação de Cláusula Compromissória, questionava-se a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, sob o fundamento de haver ali uma violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, enquanto desdobramento do direito fundamental de acesso à justiça, conforme previsto no Artigo 5º, inciso XXXV da CFRB.

A tese supracitada chegou ao Supremo Tribunal Federal, através de Arguição Incidental em Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira, tombada sob o nº SE 5.206, oportunidade em que foi concluído o julgamento, entendendo pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem,

“por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).”³⁵⁰

O Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional é um direito dos jurisdicionados, contudo não obriga que todos os litígios sejam submetidos à apreciação do poder judiciário, em verdade, tal princípio destina-se, especialmente, ao legislador que não pode, e nem deve, criar normas que não oportunizem a apreciação, pela via jurisdicional, de lesão ou ameaça de direito³⁵¹.

É importante lembrar ainda que a sentença ou laudo arbitral não é totalmente imune ao controle do Poder Judiciário, uma vez que, comprovada a existência de alguma das situações elencadas no Artigo 32 da Lei de Arbitragem, será possível a decretação de nulidade da sentença arbitral pela via judicial que determinará, nos termos do Artigo 33, §2º da mencionada Lei, “se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral”.

Se o legislador oportuniza que os jurisdicionados façam a opção pela arbitragem como via de solução de conflito, tendo esta sido legitimada com a função jurisdicional, não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, uma vez que a opção de juízo arbitral nada mais é do que um exercício da autonomia privada do indivíduo, que escolhe qual a melhor tutela para solução do seu conflito.

Como já mencionado, seguindo os ensinamentos de Wilson de Souza, o direito fundamental de acesso à justiça não representa apenas o não impedimento do exercício do

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 254**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm>. Acesso em 09 de fev. de 2021.

³⁵¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *IV*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.97.

direito de ação, mas também a garantia de que, uma vez acionada a tutela jurisdicional, esta deverá observar garantias processuais para que às partes sejam oportunizados direitos equânimes. Além da questão relacionada ao direito de ação, existem outros pontos que precisam ser enfrentados no que diz respeito ao acesso à justiça sob a perspectiva aqui proposta, inclusive no que tange à opção da jurisdição privada, sendo esses pontos de cunho educacional, cultural e econômico³⁵².

A questão educacional no que se refere ao acesso à justiça está diretamente ligada a uma controvérsia democrática, porque a falta de conhecimento da população em relação aos seus direitos, bem como à dificuldade de acesso à informação segura, fazem com que o cidadão ignore os direitos que tem, desconheça eventual violação desses direitos, o que, conseqüentemente, resulta na ausência de busca da tutela para sanar tal infração³⁵³.

A dificuldade de acesso ao conhecimento é um problema que a tutela jurisdicional não pode resolver de forma eficaz e ampla, afinal não cabe a ela prover e garantir de forma primária o direito à educação. Contudo, o poder jurisdicional pode, e deve, oportunizar e garantir instrumentos necessários para fornecer informação aos jurisdicionados quanto ao processo e seus procedimentos.

Caso as partes não estejam assistidas por advogados, cabe ao árbitro e/ou aos integrantes dos órgãos arbitrais, tirar todas as dúvidas dos litigantes sobre os procedimentos ali adotados, esclarecendo todas as controvérsias necessárias para garantir a efetivação do acesso à justiça, antes da opção pelo juízo arbitral, durante o procedimento e, inclusive, quando do seu término.

A adoção da supracitada postura, em que pese não representar uma solução plena para a questão educacional, serve para diminuir os impactos da desigualdade social, causada por questões políticas e estruturais.

Já o problema cultural, no que diz respeito ao acesso à justiça, está diretamente ligado a um cultivo da desconfiança que gira em torno da figura do advogado³⁵⁴. Na arbitragem, o preconceito gira em torno da confiabilidade na jurisdição privada em razão da figura do julgador, ou seja, do árbitro. O fato é que, por confiar demasiadamente na tutela estatal, em razão de questões políticas que não serão objeto do presente trabalho, o cidadão brasileiro seja tentado a acreditar que a tutela privada sempre privilegiará aquele que detém o poder econômico, embora entenda que o Estado-Juiz é imparcial.

³⁵² SOUZA, Wilson Alves de Souza. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 25.

³⁵³ *Ibidem*, p. 26.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 31.

O árbitro, juiz de fato e de direito na jurisdição arbitral, será o responsável para garantir que o devido processo constitucional³⁵⁵, devendo atuar com “imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção”, conforme reza o Artigo 13, §6º da Lei 9.307/96. Caso tais deveres não sejam observados, assim como acontece na tutela estatal, é possível adotar medidas para desconstituir o julgamento, ou afastar o julgador.

Tal preconceito com a figura do árbitro, e com a arbitragem em si, não tem qualquer fundamento. Afinal, são as próprias partes que decidem, em conjunto, nos termos do Artigo 13, §1º da Lei de Arbitragem, quem será o árbitro responsável pelo julgamento do litígio, podendo, inclusive, nomear mais de um, desde que sempre em número ímpar. É possível ainda, caso as partes não queiram escolher o árbitro, optar pelas regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, conforme previsão do §2º do Artigo 13 da Lei de Arbitragem.

Se os próprios interessados escolhem os árbitros, ou decidem quais regras serão utilizadas no processo de escolha, notadamente, não existe justificativa para eventual desconfiança quanto à fidedignidade da conduta dos julgadores. Contudo, como já esclarecido, caso ainda assim o julgador deixe de atuar dentro dos limites previstos no Artigo 13, §6º da Lei 9.307/96, este poderá ser afastado por impedimento e suspeição, ou a sentença poderá ser anulada.

Assim como no Código de Processo Civil³⁵⁶, a Lei de Arbitragem também tratou do impedimento e suspeição dos árbitros, a fim de garantir que o julgador seja pessoa imparcial e independente. Uma vez presente qualquer uma das hipóteses de impedimento ou suspeição, o árbitro tem a obrigação de se retirar do julgamento.

Além de incluir as hipóteses, impedimento e suspeição aos árbitros, a Lei 9.307/96 também estabelece, com o objetivo de garantir a imparcialidade do julgador, o dever de revelação, previsto no §1º do Artigo 14, e o direito de recusa anterior e posterior à nomeação, previstos no §2º do mencionado Artigo.

O dever de revelação, consiste no compromisso do árbitro em revelar, antes do aceite do encargo, nos termos do §1º do Artigo 14 da Lei de Arbitragem, “qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”. Esse dever é considerado contínuo, ou seja, deve perdurar durante todo o procedimento arbitral³⁵⁷. Isso quer

³⁵⁵ GOMES, Fernanda Theodoro Gomes. A violação ao contraditório efetivo e a consequente nulidade da sentença arbitral. *In*: LUCOS, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; NET, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Orgs). **Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Forense, 2018, p.870.

³⁵⁶ Vide artigo 144 e seguintes do Código de Processo Civil.

³⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 254.

dizer que, se um fato novo surgir e o árbitro julgue-o relevante para a fidedignidade do julgamento, este deve comunicar às partes, ainda que não seja hipótese legal de impedimento ou suspeição.

É possível perceber, portanto, que o procedimento arbitral adota uma série de precauções para garantir que o julgador seja imparcial e independente, prevendo, inclusive, hipóteses mais amplas de proteção nesse sentido. É preciso ter em vista ainda que a confiança “permeia o instituto da arbitragem, notadamente na relação árbitro/partes, pois ela é o principal vetor que viabiliza a resolução dos conflitos fora da égide estatal.”³⁵⁸

No que tange à questão econômica, a arbitragem se revela deveras diferente do Poder Judiciário, uma vez que a jurisdição estatal é um serviço público que acaba por cobrar taxas para prover o seu funcionamento, ao passo que a jurisdição privada, em que pese atuar em função pública, não é um serviço público, e sim privado.

Quando as partes fazem a opção pela busca da tutela privada, elas têm em vista que deverão arcar com as despesas decorrentes dessa opção. Em contraponto, levando em consideração esse investimento na jurisdição privada para a solução do conflito, as partes poderão gozar de um julgamento mais célere, levando em consideração as necessidades e especificidades do objeto do litígio, o que, notadamente, não acontece na jurisdição estatal, que segue um procedimento preestabelecido³⁵⁹.

Ao contrário do que acontece na jurisdição estatal, na jurisdição privada, os altos custos para manutenção da máquina jurisdicional não podem ser utilizados como justificativa para uma lentidão na condução do processo, ao contrário, a adoção de tutela privada, em verdade, tem como um dos objetivos esquivar-se da morosidade do poder judiciário.

Não se pretende aqui minimizar a questão da despesa com a jurisdição privada, inclusive, porque tal questão será enfrentada de forma mais aprofundada no próximo capítulo, especificamente nas demandas individuais trabalhistas. O que se pretende demonstrar é que, por ser a jurisdição privada uma opção e não a regra, os jurisdicionados, ao escolherem esse caminho, assumem o ônus da contratação de um serviço privado que, embora exerça uma função pública, não tem o dever constitucional de garantir ferramentas econômicas para viabilizar o acesso a ele, como acontece na jurisdição estatal.

³⁵⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Dever de revelar do árbitro. **Revista de arbitragem e mediação**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, ano 10, vol. 36, jan/mar 2013, p. 221-222.

³⁵⁹ Em que pese o Artigo 190 do Código de Processo Civil autorizar que as partes estipulem mudança no procedimento judicial, quando o objeto da ação for compatível com a autocomposição, esta não é uma prática disseminada, por isso afirma-se a existência de um procedimento preestabelecido como regra.

No que diz respeito ao procedimento arbitral, ou seja, os trâmites para operacionalização da arbitragem, desde o seu início até a decisão arbitral, ele também deve oportunizar o acesso à justiça, no sentido de trazer ferramentas que sejam justas para ambas as partes.

A Lei de Arbitragem prevê, no *caput* do seu Artigo 21, que o procedimento arbitral será estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, isso quer dizer que os próprios litigantes “podem criar um procedimento especialmente para a solução dos seus litígios, podem reportar-se a regras de um órgão arbitral institucional (ou a regras de processo constantes de algum código ou lei) ou podem deixar a critério do árbitro disciplinar o procedimento.”³⁶⁰

A flexibilidade de ajustamento do procedimento pelas partes não significa que o exercício da jurisdição arbitral não enfrente com seriedade e comprometimento a sua função, ao contrário, a própria Lei de Arbitragem estipula, no §2º do Artigo 21, que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” Assim, independente do procedimento a ser escolhido pelas partes, eles sempre deverão observar os princípios procedimentais básicos previstos no Artigo 21, §1º da Lei de Arbitragem, a fim de garantir a efetivação do acesso à justiça nessa jurisdição privada.

Às partes deverá ser oportunizado o exercício da ampla defesa e do contraditório, assim como os atos procedimentais devem ser cientificados às mesmas para que elas se preparem e adotem as medidas cabíveis. A produção de provas deve ser oportunizada para as partes de forma equânime, devendo as provas serem produzidas por ambas as partes de forma lícita etc.

A inobservância dos supracitados preceitos fundamentais básicos no que diz respeito ao procedimento arbitral, que são garantias de ordem pública, assim como acontece na tutela estatal, poderá ensejar nulidade processual, nos termos do Artigo 32, Inciso VIII da Lei de Arbitragem, resultando na nulidade da sentença arbitral, com a sua consequente desconstituição³⁶¹.

Como já foi mencionado aqui, é preciso que, além da garantia do direito de ação, os meios de saída da tutela jurisdicional também sejam observados. Para isso, é preciso não só garantir o devido processo legal durante a instrução do processo arbitral, mas também faz-se

³⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 290.

³⁶¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.386.

necessário que, uma vez finalizados os trâmites preparatórios para o julgamento, haja o respeito a preceitos fundamentais no percurso e após a prolação da decisão.

Assim, para garantir a efetividade do direito fundamental do acesso à justiça, é indispensável que, dentre outras situações que não serão estudadas aqui, haja julgamento em tempo razoável, com decisões fundamentadas, e que o julgamento seja justo e as decisões sejam eficazes.

O Artigo 23 da Lei 9.307/96 determina que a sentença, ou laudo arbitral, seja proferido no prazo estipulado entre as partes, oportunidade em que poderão dispor sobre lapso temporal que o árbitro terá para julgar a controvérsia, o que poderá ser contado da data da assinatura do compromisso arbitral, ou se for o caso, da data da primeira ou última audiência, do término da instrução processual, ou do acontecimento de outro evento a ser estipulado pelas partes. Se as partes optarem por não convencionar o prazo para que a sentença seja proferida, será aplicada a previsão temporal do caput do Artigo 23 da Lei de Arbitragem, que é de seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Nada impede que, havendo necessidade, de comum acordo, as partes e o árbitro entendam pela prorrogação do prazo para apresentação da sentença arbitral³⁶².

É preciso, contudo, ter em vista que o tempo estimado de julgamento do litígio não fica a cargo do árbitro e sim, das partes que, ao optarem pelo procedimento a ser adotado na instrução do processo, ditarão o tempo de duração razoável dele. Se optarem pela adoção de um procedimento complexo, deverão ter em vista que o desenvolvimento procedimental será mais alongado, e o revés valerá para as situações em que as partes optarem por procedimento mais sincrético³⁶³.

Não seria diferente com o prazo para apresentação da sentença arbitral que pode ser prorrogado, estipulado no curso do procedimento e até suspenso, seguindo a mesma premissa de todo o procedimento arbitral, ou seja, vontade das partes.

Assim, a duração razoável do processo e do seu julgamento depende, na arbitragem, do que for estipulado pelas partes.

A sentença arbitral deverá ser fundamentada, conforme previsão do Artigo 26, Inciso II da Lei de Arbitragem, “onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”.

³⁶² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 342.

³⁶³ *Ibidem*, p. 340 – 341.

A fundamentação da sentença é elemento fundamental para que seja garantido o acesso à justiça, uma vez que a ausência de fundamentação dificulta a apresentação de qualquer insurgência em face dela. Isso quer dizer que, nas palavras de Wilson Souza, “decisão arbitrária no fundo é denegação de justiça, de modo que há direta relação entre o princípio da fundamentação das decisões judiciais e o direito de acesso à justiça”³⁶⁴.

Para observação precisa do direito fundamental de acesso à justiça, é preciso ainda que seja garantido o duplo grau de jurisdição. O duplo grau de jurisdição é um princípio implícito na Constituição Federal de 1988 e assegura às partes, ao menos, um recurso, independentemente da posição hierárquica do órgão jurisdicional de competência originária³⁶⁵.

Na jurisdição contenciosa, as partes são antagônicas, porque os litigantes almejam a vitória em face de seus adversários, objetivo que para eles representa um imperativo da mais indubitável justiça. Sobre essa questão, Araken de Assis afirma que “de outra parte, à sociedade interessa, sobretudo, restaurar a paz social –finalidade precípua do processo e que sobrepuja os interesses individuais das partes”.³⁶⁶

A formulação de um duplo grau de jurisdição, ou seja, de uma reanálise da causa por outro órgão do Poder Judiciário, deriva da necessidade de o poder jurisdicional apresentar uma solução para as partes antagônicas do processo que demonstre um compromisso com a solução do conflito, de modo a oportunizar insurgências em fase de uma primeira decisão³⁶⁷. A garantia desse duplo grau de jurisdição é, no direito moderno, quase que um acalento para as partes no sentido de que, caso não se conformem com a primeira decisão, não deixarão de ser amparadas pela mão da jurisdição que oportunizará uma revisão da decisão, a fim de garantir um julgamento, supostamente, justo.

Dessa forma, ao operacionalizar uma solução que afaga a angústia das partes, decorrente do medo da não apreciação justa em instância única e, conseqüentemente, de um julgamento equitativo, o direito ao duplo grau expressa procedimento de equilíbrio³⁶⁸. O direito ao duplo grau de jurisdição afasta do Poder Judiciário eventual responsabilidade em razão da insatisfação das partes, ao demonstrar que oportunizou uma reapreciação da matéria. Contudo, a ideia de que a reanálise do feito por outro órgão do Poder Judiciário, que não acompanhou de

³⁶⁴ SOUZA, Wilson Alves de Souza. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 287.

³⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 16 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 120-121.

³⁶⁶ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

³⁶⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁶⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro, Volume I: Parte Geral: Fundamentos e distribuição de conflitos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 341

perto a instrução processual, será mais aprofundada, é, notadamente, ilusória, pois, no que tange à matéria de fato, o magistrado não teve contato com a sua produção, e em relação às questões de direito, isso “dependerá do perfil do magistrado –mais ou menos aplicado às suas funções”³⁶⁹.

Em razão do que foi exposto, ressalte-se que o duplo grau de jurisdição não representa, exclusivamente, a reapreciação da decisão por órgão ou instância superior, não sendo os recursos os únicos meios de controle das decisões.

A impugnação das decisões pode acontecer através dos sucedâneos recursais, a exemplo do pedido de reconsideração e de ações autônomas de impugnação, no caso da arbitragem com limites previstos no Artigo 32 da Lei 9.307/96³⁷⁰, situações que revelam, também, expressões do direito ao duplo grau de jurisdição.

Existe ainda, na Lei de Arbitragem, previsão de oposição de embargos de declaração em caso de erro material da sentença, ou, caso haja necessidade de ser esclarecida eventual obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, havendo necessidade de que o árbitro se pronuncie sobre o ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. É o que declara o Artigo 30 e Incisos da supramencionada Lei.

É importante entender que o direito fundamental de acesso à justiça não se confunde com o direito ao duplo grau de jurisdição³⁷¹, tanto é que o direito ao duplo grau não é absoluto e irrestrito, podendo sofrer limitações³⁷². Este é o caso dos dissídios individuais trabalhistas, submetidos ao rito sumário, que têm o direito de revisão da sentença, limitado a questões decorrentes da matéria constitucional, conforme previsão do Artigo 2º, §4º da Lei 5.584/70.

Caso, ainda assim, se adote o entendimento de que os recursos são fundamentais para a efetivação do duplo grau de jurisdição, opinião que não é a seguida no presente trabalho, partindo do pressuposto de que na arbitragem são as partes que estipulam as regras do procedimento, embora não seja comum, os jurisdicionados podem estabelecer que “a matéria levada à comissão de arbitragem poderá ser objeto de reexame por outro colegiado de árbitros”³⁷³.

³⁶⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

³⁷⁰ LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 162.

³⁷¹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro, Volume I: Parte Geral: Fundamentos e distribuição de conflitos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 498-492.

³⁷² DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 16 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 122.

³⁷³ *Ibidem, loc. cit.*

Dessa forma, as partes jurisdicionadas na arbitragem podem pactuar o exercício do duplo grau de jurisdição horizontal, ou seja, exercido por órgão da mesma hierarquia, mas de composição diversa, como ocorre nos Juizados Especiais, em que o recurso é analisado por uma turma composta por juízes de primeiro grau³⁷⁴.

Por fim, faz-se necessário observar a problemática da efetividade das decisões. Conforme já exposto exhaustivamente neste trabalho, não basta propiciar o acesso ao órgão jurisdicional, garantir o devido processo legal, se, ao final, a decisão proferida não tiver efetividade. Por questões óbvias, a tutela jurisdicional não tem como garantir, de forma absoluta, a efetividade de suas decisões, uma vez que eventos alheios a sua vontade podem impedir a sua execução.

Assim, a inviabilidade de execução da sentença, principalmente daquela em que há condenação em pecúnia, é uma realidade no poder judiciário brasileiro, inclusive na justiça do trabalho. Por isso, o Poder Judiciário Trabalhista está sempre buscando medidas para tornar mais eficaz a execução e, ao mesmo tempo, incentivando a resolução de conflitos através da conciliação.

O fato é que, uma vez proferida a sentença, ou mesmo apresentada, como é o caso do juízo arbitral, espera-se que ela seja cumprida voluntariamente, em virtude do princípio da boa-fé. Nas demandas submetidas ao juízo arbitral, tal expectativa é ainda mais presente, dado o relacionamento entre os jurisdicionados que fizeram a opção por resolver o conflito pela via arbitral, escolhendo em conjunto o árbitro e os procedimentos a serem adotados.

Entretanto, isso não quer dizer que a legislação arbitral não prevê eventuais descumprimentos de sentença, ao revés, para compelir o vencido relutante, diversos são os mecanismos de coação não processuais, que conferem à decisão arbitral uma força inusitada, tornando o seu inadimplemento muito penoso³⁷⁵.

Dentre os supramencionados mecanismos não processuais de coação para cumprimento da sentença arbitral, destacam-se: a construção de uma imagem negativa formada em relação ao inadimplente; os custos e riscos do processo estatal de impugnação dos laudos; e as sanções corporativas que, em algumas situações, impede o devedor de atuar em rede credenciada, operacionalizando um verdadeiro boicote³⁷⁶.

³⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 16 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 123.

³⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 381.

³⁷⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Porém, caso o inadimplente, mesmo após a adoção de todos os meios não processuais de coação, insista em não cumprir efetivamente com as determinações da sentença arbitral, é possível que o jurisdicionado busque o amparo do Estado-juiz, posto que a sentença arbitral é um título executivo, é o que prevê o Artigo 31 da Lei 9.307/96.

É possível perceber, dessa forma, que a jurisdição privada arbitral adota mecanismos para garantir a seus jurisdicionados o efetivo acesso à justiça, operacionalizando o acesso à tutela privada, a adoção de todos os meios necessário para que seja observado o devido processo legal, bem como para que a sentença tenha efetividade. Além disto, são adotados diversos instrumentos que garantem, em caso de impossibilidade de execução forçada, a busca pelo amparo da tutela jurisdicional estatal.

5 A COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM OS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS EM FACE DA AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

Como já visto até aqui, a arbitragem é um meio de solução de litígios na forma de heterocomposição, introduzido sistematicamente ao ordenamento brasileiro, através da Lei 9.307 de 1996 que, como mecanismo privado de resolução de conflitos, teve atribuída, por força de lei, e posteriormente por convalidação jurisprudencial, natureza jurisdicional.

A opção pelo uso da arbitragem se dá através do exercício da autonomia privada dos pactuantes que devem ser pessoas plenamente capazes e deverão instituir, de comum acordo, todas as normas procedimentais a serem aplicadas para a solução do conflito, escolhendo, inclusive, quem será o juiz de fato e de direito, a ser denominado árbitro.

Na jurisdição arbitral, somente poderão ser objeto de tutela os direitos de natureza patrimonial disponíveis, que serão delimitados através da convenção de arbitragem, pacto que poderá se materializar através de compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Desse modo, as sentenças proferidas pelo juízo arbitral são equivalentes àquelas proferidas pelo Poder Judiciário, não sendo passíveis de revisão judicial, mas apenas de controle de legalidade em caso de nulidade, dentro das hipóteses previstas na própria Lei de Arbitragem.

A Constituição Federal de 1988 trouxe previsão expressa de hipótese de submissão de conflito trabalhista coletivo à jurisdição arbitral, contudo é silente em relação aos litígios individuais, o que suscitou posicionamentos divergentes sobre a possibilidade de submissão deles à arbitragem.

Embora existam permissivos legais que autorizam a arbitragem de conflitos individuais de trabalho em situações específicas, como é o caso do empregado hipersuficiente e dos trabalhadores portuários, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é quase uníssona quanto à incompatibilidade da jurisdição arbitral com os dissídios individuais de empregado, utilizando, para esses casos, como justificativa, os fatores e fundamentos limitadores da autonomia negocial, como será estudado na seção subsequente.

Por entender que oportunizar às partes a escolha do método de solução de conflito jurisdicional, que será utilizado em seus litígios, significa efetivar o direito fundamental de acesso à justiça, inclusive o princípio da inafastabilidade jurisdicional, neste capítulo será feita uma análise da arbitrabilidade subjetiva, em razão da figura dos jurisdicionados.

Assim, sendo a arbitrabilidade subjetiva a análise da arbitrabilidade em razão da pessoa, delimitando quem pode ser submetido à arbitragem, no que tange às relações de

emprego, é importante recortar o estudo à figura do empregado, uma vez que ele é a figura vulnerável da relação de emprego, para comprovar que os fatores e fundamentos limitadores da autonomia negocial do empregado não são óbice jurisdição arbitral.

5.1 A AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO COMO FUNDAMENTO DA INCOMPATIBILIDADE DA ARBITRABILIDADE DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento pela incompatibilidade da arbitragem como forma de resolução de conflitos oriundos de relações de emprego. Observe-se, então, uma das decisões da 3ª Turma do Tribunal nesse sentido:

"RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos – inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora. 4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-79500-61.2006.5.05.0028, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 29/05/2009).³⁷⁷

Tal posicionamento vem se reiterando ao longo dos anos, já tendo a Subseção I, Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, entendido pela

³⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista de nº 79500-61.2006.5.05.0028**. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF – 25 de mar. De 2009. DEJT 25 de mai. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/2b667bc563c233d64dd6c6789f4efcb3>. Acesso em 22 de fev. de 2021.

supracitada incompatibilidade, assim também os acordos firmados perante o juízo arbitral não são revestidos da eficácia da coisa julgada, senão vejamos:

"RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. INVALIDADE. QUITAÇÃO GERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. A jurisprudência desta Corte superior vem-se firmando no sentido de que é inválida a utilização de arbitragem, método de heterocomposição, nos dissídios individuais trabalhistas. Tem-se consagrado, ainda, entendimento no sentido de que o acordo firmado perante o Juízo Arbitral não se reveste da eficácia de coisa julgada, nem acarreta a total e irrestrita quitação das parcelas oriundas do extinto contrato de emprego. Precedentes desta Corte superior. Recurso de embargos a que se nega provimento" (E-RR-217400-10.2007.5.02.0069, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 03/05/2013).³⁷⁸

A 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento de Recurso de Revista de relatoria do Ministro Alexandre Agra Belmonte, se manifestou afirmando que a discussão sobre a compatibilidade da arbitragem com dissídios individuais de trabalho sequer comporta mais debates naquele Tribunal, conforme ementa abaixo:

"RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO ARBITRAL. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO INDIVIDUAL DO TRABALHO. Recurso fundamentado em violação legal e constitucional e divergência jurisprudencial. A matéria não mais comporta discussão no âmbito desta Corte em face das reiteradas decisões no sentido da inaplicabilidade da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Precedentes. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido" (RR-1083-74.2012.5.05.0193, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 29/04/2016).³⁷⁹

Resumidamente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) utilizou, como fundamentos para concluir pela incompatibilidade do juízo arbitral para resolver conflitos individuais de trabalho, as seguintes justificativas: (a) a hipossuficiência do empregado, tratada, neste trabalho, como vulnerabilidade; (b) ausência do exercício pleno da autonomia da vontade do empregado no curso do contrato de emprego e após sua extinção, inclusive quando da celebração de convenção de arbitragem; (c) a irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos individuais dos empregados³⁸⁰.

O TST entende que, nas relações de emprego, existe um desequilíbrio entre os contratantes, por esse motivo, existe o princípio da proteção, para reduzir a desigualdade

³⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Divergência Jurisprudencial 217400-10.2007.5.02.0069**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Lelio Bentes Correa. Brasília, DF, 25 de abr. de 2004. DEJT 03 de mai. De 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/daa0b83701ddb72b51b3f8a4e8301fdc>. Acesso em 22 de fev. de 2021.

³⁷⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 083-74.2012.5.05.0193**, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília- DF, 27 de abr. de 2016. DEJT 29 de abr. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c3a0ba6914da2e41d9860c12783aa61f>. Acesso em 22 de fev. de 2021.

³⁸⁰ A questão da arbitrabilidade objetiva, ou seja, aquela em razão da matéria, já foi devidamente analisada em capítulo anterior, motivo pelo qual não será abordada novamente neste capítulo.

existente no dia a dia do contrato. Sendo o empregado vulnerável e passível de lesão em decorrência da desigualdade entre ele e o empregador, a limitação da autonomia negocial é método através do qual tenta-se reduzir essa disparidade. Se o empregado é vulnerável, tanto durante o contrato de emprego, como após a sua extinção, sua autonomia encontra-se limitada não apenas quando do curso do contrato, mas também quando da busca da tutela jurisdicional para a solução do conflito. Em razão disso, o Tribunal Superior do Trabalho entende que:

“Assim, *a priori*, a tese da viabilidade da arbitragem nos dissídios individuais pode ser interessante, mas, na prática, desconsideram as dificuldades naturais que o empregado, isoladamente, vai enfrentar.

Não se está afirmando que toda e qualquer negociação feita no seu âmbito será, necessariamente, distorcida, mas o perigo existe.

Há o perigo sim, de o instituto da arbitragem ser usado em dissídios individuais para inserir novas regras trabalhistas na relação de emprego, desviando-se de entendimentos sedimentados da Justiça do Trabalho.

Efetivamente, são inimagináveis os prejuízos que poderão assolar o trabalhador ante o perigo de se flexibilizar as normas trabalhistas, pois a arbitragem é realizada por intermédio de regras de direito livremente escolhidas pelas partes.”³⁸¹

Um dos argumentos para o posicionamento firmado pelo TST é a ausência de exercício pleno da autonomia negocial pelo empregado, motivo pelo qual é preciso compreender se ela realmente seria óbice para ele escolher pela jurisdição privada. Como já foi afirmado no presente estudo, utilizando como referencial a obra de Maurício Requião, a autonomia negocial do empregado é limitada em razão de fundamentos e fatores específicos. No caso do empregado, o fundamento limitador da sua autonomia é a vulnerabilidade que decorre da situação de susceptibilidade de lesão a que ele é passível em razão do desequilíbrio contratual existente.

Já os fatores limitadores da autonomia negocial do empregado são a lei e a ordem pública, aqui marcada por uma gama de princípios de natureza protecionista que são essenciais em razão do tipo contratual, bem como em decorrência da própria CLT que, em conjunto com legislações esparsas, impõe uma série de entraves à liberdade de contratar do empregado.

Passar-se-á, então, a estudar o fundamento limitador da autonomia e seus fatores limitadores para demonstrar que a autonomia negocial do empregado não é empecilho para a submissão de dissídios individuais de trabalho à arbitragem, para, ao final, apresentar proposta de compatibilização entre eles.

³⁸¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 175-07.2011.5.02.0073**. 2ª Turma. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília -DF, 30 de set. 09 de 2014. DEJT 10 de out. de2014. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/54d1eeb43c1c2db8559da14263f84e7d>. Acesso em: 22 de fev. 2021.

5.1.1 Os fatores limitadores da autonomia negocial do empregado e o princípio da inafastabilidade jurisdicional

Como já discutido anteriormente, o princípio da inafastabilidade jurisdicional é um desdobramento do direito fundamental de acesso à justiça, previsto no Artigo 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal e preceitua que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, ou seja, ao cidadão não poderá ser negado o direito à oportunidade da tutela jurisdicional para solução de um litígio, e ao legislador é vedada a criação de normas jurídicas que inviabilizem a apreciação, pela via jurisdicional, de lesão ou ameaça de direito³⁸².

Não sendo a jurisdição absolutamente exclusiva do Estado-Juiz e, portanto, do Poder Judiciário, sob a perspectiva do princípio da inafastabilidade jurisdicional, é possível proibir o uso da arbitragem em dissídio individuais de trabalho sem que haja previsão expressa nesse sentido? Existem fatores limitadores da autonomia negocial do empregado que impedem expressamente o uso da arbitragem como via de solução de conflitos?

Ao entender pela incompatibilidade da arbitragem com os direitos individuais do trabalho, o TST aduziu que o empregado tem sua autonomia negocial limitada, por isso ele não poderia optar pela jurisdição arbitral como forma de solução de conflitos individuais, posto que ali haveria um perigo de lesão. Dessa forma, o Tribunal entende que, tanto no momento da opção pela arbitragem, através da convenção de arbitragem, como no curso do procedimento arbitral, o empregado não estaria no gozo pleno da sua autonomia, e que isso seria suficiente para inviabilizar a jurisdição arbitral.

Não existe na Lei de Arbitragem, nem na Consolidação das Leis do Trabalho, ou em outra legislação esparsa qualquer, vedação à submissão dos dissídios individuais provenientes de relação de emprego a arbitragem, ao contrário, a legislação infraconstitucional é silente nesse sentido. Nem a própria Constituição Federal de 1988 trouxe qualquer tipo de proibição ao uso da arbitragem nas relações individuais de trabalho, em que pese trazer autorização expressa para demandas coletivas.

A supracitada autorização, contudo, não pode ser interpretada no sentido de inviabilizar o uso do meio de solução de conflito para demandas individuais, uma vez que tal raciocínio não encontra qualquer fundamento legal, afinal existem previsões

³⁸² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.97.

infraconstitucionais de arbitralidade em dissídios individuais, ainda que específicos.³⁸³ Assim, a Lei de Arbitragem delimita o conteúdo e os sujeitos que podem ser submetidos a essa jurisdição, especificando que, para uma pessoa submeter uma demanda ao juízo arbitral, é preciso que ela seja capaz de contratar, ou seja, para optar pela arbitragem, é preciso que a parte esteja no exercício pleno da sua capacidade civil.

Sabe-se que o Código Civil, em seu Artigo 3º, elenca, como absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil, os menores de dezesseis anos, sendo, de outro modo, relativamente incapazes, nos termos do Artigo 4º dessa legislação: (a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (b) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (c) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (d) os pródigos. Dessa forma, parece que, ao analisar a compatibilidade ou não da arbitragem como forma de solução dos conflitos individuais de emprego, o TST não atentou para a distinção existente entre capacidade jurídica e autonomia negocial.

Capacidade jurídica é a “atribuição da possibilidade de ser sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direitos e obrigações de ordem civil”³⁸⁴. Ao passo que, autonomia negocial, como já visto, é a liberdade individual de autodeterminação nos negócios jurídicos que é limitada pelo Estado, através de prescrições dispostas no ordenamento jurídico para que não seja exercida de forma exagerada. De tal modo, é admissível que um indivíduo seja plenamente capaz, entretanto, em determinada relação, tenha sua autonomia negocial limitada por força de lei, como acontece com o empregado no contrato de trabalho em razão da sua vulnerabilidade.

Nessa perspectiva, o empregado é pessoa plenamente capaz ou relativamente incapaz e tem sua autonomia negocial limitada em relação ao contrato de emprego, não podendo negociar determinados direitos sem que sejam observados limites previstos na própria legislação. O empregado capaz não encontra nenhuma restrição em relação ao exercício da sua capacidade para firmar contrato de emprego, ao passo que os empregados relativamente capazes necessitam da assistência de seus tutores ou pais para contratar, sendo anuláveis os contratos firmados sem observância de tal requisito.

Seja o empregado capaz ou relativamente incapaz, a sua autonomia negocial é limitada por lei, por isso não se podem confundir os institutos. Finalmente, apesar de terem a

³⁸³ GOMES, Fábio Rodrigues. Arbitragem e o Processo do Trabalho: Dois Lados de uma Mesma Moeda. In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 374.

³⁸⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano de validade. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

sua autonomia limitada no âmbito do negócio jurídico, denominado emprego, podem exercer os atos da vida civil, seja de forma plena, ou não.

A limitação da autonomia negocial do empregado encontra previsões legais imperativas, como, por exemplo, aquela constante no Artigo 468 da CLT. Ela também decorre de uma série de princípios previstos nas normas infraconstitucionais e no Artigo 7º da Constituição Federal. O fato de haver uma série de limitações à autonomia negocial do empregado, de forma expressa na legislação, não retira dele a sua capacidade de ser sujeito de direito e de exercer os atos civis decorrentes dessa condição.

Essa limitação tem como objetivo minimizar a vulnerabilidade do empregado no contrato, garantindo que ele não disponha de direitos mínimos, ou condições mais benéficas, por imposição do polo mais forte do contrato, o empregador. Contudo, tal limitação não impõe limite à capacidade civil do empregado, que continua existindo de forma plena. Não há, em razão dessa limitação, redução da condição de sujeito de direito do empregado.

Apesar de a capacidade jurídica e a autonomia negocial serem conceitos que guardam dada conexão, é preciso distingui-las, principalmente, ao analisar a questão da arbitrabilidade de dissídios individuais de trabalho, em razão da pessoa do empregado. Desse modo, por ser o empregado absolutamente capaz, ainda que tenha sua autonomia negocial limitada por disposições expressas na CLT e pela Constituição Federal, não há qualquer impedimento legal para a escolha da arbitragem como forma de solução do conflito decorrente de uma relação de emprego, uma vez que o requisito previsto na Lei 9.307/96 foi preenchido, qual seja, repita-se, a capacidade civil plena. Entretanto, caso o empregado seja pessoa relativamente incapaz, este não poderá se valer da arbitragem, em razão de vedação expressa, constante no Artigo 1º da Lei de Arbitragem.

Levando em consideração que a jurisdição é uma função una e indivisível, apesar de ser exercida de forma distribuída para melhor atender os jurisdicionados³⁸⁵, não é possível pensar em separação entre jurisdição estatal ou privada. Ao recepcionar a jurisdição arbitral como meio de solução de conflito, o legislador apenas ampliou a distribuição da função jurisdicional, oportunizando aos jurisdicionados a adoção desse meio. Se a jurisdição é una e não existe divisão entre jurisdição privada e estatal, entender pela incompatibilidade da arbitragem, sem que haja previsão expressa nesse sentido, representa uma violação ao direito fundamental de acesso à justiça, em razão do princípio da inafastabilidade jurisdicional.

³⁸⁵ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 240.

A lei que rege a jurisdição arbitral não impõe, como requisito para a arbitrabilidade, a existência do gozo de autonomia negocial plena, assim os fatores limitadores da autonomia negocial não representam, nesse sentido, óbice para o exercício da capacidade jurídica do empregado.

O princípio da inafastabilidade jurisdicional pressupõe que o exercício do direito de ação seja oportunizado através de qualquer jurisdição que tenha sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como é o caso da arbitragem. Assim, a arbitragem, como já afirmado no capítulo anterior, em que pese ser a jurisdição privada que privilegia a autonomia negocial dos pactuantes, que podem escolher pela melhor forma de conduzir o conflito, não pode ser vista como um campo de batalha sem regras, ao revés. Se as partes optaram pela jurisdição arbitral é porque, dentre outras, acreditam que é possível resolver o litígio de modo menos ostensivo, afinal, se os procedimentos a serem adotados são estabelecidos em conjunto, é notória a existência de uma colaboração mútua entre os interessados. O objetivo dessa ação é, acima de tudo, que se chegue a uma solução justa para o litígio.

Não parece juridicamente aceitável, por força do princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva que rege os contratos³⁸⁶, inclusive os de emprego, que exista presunção ampla e abstrata de possibilidade de eventual mácula na exteriorização da vontade do empregado a qual justifique uma limitação de ordem geral ao exercício de seu direito fundamental de acesso à justiça, afastando assim a jurisdição arbitral. Isso não quer dizer que precauções não precisam ser tomadas. É óbvio que todas as medidas necessárias para evitar abuso de direito por uma das partes devem existir, mas não de modo a limitar a oportunidade à jurisdição arbitral.

Se todas as situações em que existem chances de lesão aos direitos dos empregados fossem passíveis de inviabilizar o exercício do determinado direito, a tutela do direito individual do trabalho reduziria, de forma considerável, o poder diretivo do empregador. Por exemplo, o empregador é guardião de todos os registros do empregado, logo ele pode, facilmente, manipular todas as provas documentais de diversos descumprimentos ocorridos no curso do contrato de trabalho. Dessa forma, presumindo-se que os empregadores sempre agiriam de modo a fraudar os documentos provenientes das relações de emprego, as provas documentais não seriam recepcionadas nos processos trabalhistas. Ocorre, no entanto, que as relações privadas são regidas pelo princípio da boa-fé³⁸⁷ e não seria diferente no âmbito das relações de

³⁸⁶ PESSOA, Valton Doria. **A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 62.

³⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.20.

emprego. Assim, nas relações privadas, as condutas devem ser coerentes, não contraditórias, “exigindo-se um conteúdo mais ético que evite a frustração de expectativas legítimas”³⁸⁸.

Situações que geram uma maior susceptibilidade de lesão sempre vão existir em qualquer relação jurídica e precisam ser pensadas de modo a reduzir os riscos, contudo o perigo de lesão não pode constituir uma justificativa para limitar direitos. Afinal, como asseveram Rodolfo Pamplona e Tércio Souza:

Por fim, não custa lembrar que a submissão fraudulenta de demanda individual a arbitragem para frustração de direito assegurado pela legislação do trabalho, além de configurar eventual prática criminosa (art. 203 do CP), sem prejuízo do enquadramento da conduta no tipo penal descrito no art. 288 do Código Penal (associação criminosa), sujeita o infrator a ação civil pública (Lei n.7.347/85), inclusive com a possibilidade de cominação de multa e indenização por danos morais coletivos, além de obrigação de fazer ou não fazer, nesse caso sob a competência da Justiça do Trabalho³⁸⁹

Finalmente, é importante analisar a regra introduzida à CLT, pela Lei 13.467 de 2017, que criou permissivo de arbitrabilidade em dissídios individuais trabalhistas, sob a perspectiva da autonomia negocial do empregado. Assim, o Artigo 507-A da CLT, chancelou a arbitrabilidade individual de dissídios de emprego, estabelecendo que

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 supracitado Artigo criou requisitos específicos para que seja possível a submissão de um litígio individual à arbitragem, quais sejam: (a) critério econômico; (b) iniciativa do empregado ou a sua concordância expressa. Assim, ao afirmar que o empregado pode fazer a opção pela arbitragem e tomar a iniciativa pela adoção dela, o legislador fez cair por terra a concepção adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho de que o empregado não teria autonomia negocial plena no âmbito da jurisdição arbitral.

Nos termos do Artigo 507-A da CLT, não só o empregado tem autonomia para optar pela jurisdição estatal, como pode tomar a iniciativa pela jurisdição arbitral, não sendo possível a adoção dela sem a sua convalidação expressa. Não se está aqui propondo a discussão sobre a razoabilidade dos critérios previstos nesse Artigo e, quiçá, a sua constitucionalidade, afinal tal tema já foi enfrentado em subseção específica. Contudo, é preciso perceber que a lei prestigiou

³⁸⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Otávio Terceiro. A interpretação da Cláusula Compromissória da Arbitragem Trabalhista. In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 411.

³⁸⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 42.

a jurisdição arbitral, privilegiando, inclusive, a autonomia negocial do empregado para a busca de tal meio de solução de conflito, efetivando o princípio da inafastabilidade jurisdicional, no que diz respeito ao uso da jurisdição privada como forma de resolução de conflitos decorrentes das relações de emprego.

Não se pretende afirmar, no entanto, que o empregado tem autonomia plena para firmar convenção arbitral ilimitadamente e em qualquer momento contratual, ao contrário, o que se intenciona demonstrar é que, de modo geral, não existe incompatibilidade absoluta da arbitragem entre os dissídios individuais de trabalho, sendo preciso, apenas, o ajustamento dos termos e procedimentos para melhor adequá-la à realidade dos dissídios individuais de emprego. Além disto, os fatores limitadores da autonomia da vontade do empregado não podem ser utilizados como justificativa para afastar a jurisdição arbitral, mas como justificativa para ajustá-la à realidade e necessidade dessas relações sociais.

Esse ajustamento da jurisdição às necessidades das tutelas a serem apreciadas já existe na jurisdição estatal, tanto é que, em que pese ela seja una e indivisível, seu exercício é distribuído dentre diversos órgãos para melhor garantir o seu desempenho. A prova dessa especialização da jurisdição é a existência da Justiça do Trabalho que, como jurisdição estatal, tem procedimento próprio contemplado por uma série de princípios compatíveis com a realidade e necessidade de seus jurisdicionados.

5.1.2 A natureza adesiva do contrato de emprego e o compromisso arbitral como alternativa viável à higidez da manifestação de vontade

O contrato individual de trabalho, aqui denominado contrato de emprego, é um negócio jurídico privado, complexo, sinalagmático, consensual, personalíssimo, de trato sucessivo, oneroso, e dotado de complexidade³⁹⁰. Trata-se de um negócio jurídico decorrente da relação de emprego que pode ser acordado de forma expressa ou verbal, podendo, inclusive, nessa última hipótese, ocorrer de forma tácita. Apesar de ser um contrato em que as partes consensualmente optam pela existência de uma relação de emprego, da qual derivará obrigações e direitos recíprocos, isso não quer dizer que, em regra, o empregado possa discutir as condições de emprego no momento da contratação, impondo pré-requisitos para a sua admissão³⁹¹, assim como no curso do contrato de emprego.

³⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo, LTr, 2019, p. 618.

³⁹¹ MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p.103.

Como já foi afirmado, num país como o Brasil, em que há uma alta taxa de desemprego, a vulnerabilidade do empregado decorre, entre diversos outros fatores, da necessidade de ocupar um posto de trabalho. Assim, não há que se negar que é o empregador quem emprega, escolhe e dita as regras que serão aplicadas na sua atividade, observadas as previsões legais, cabendo ao empregado adequar-se a elas. Não podendo debater as cláusulas contratuais individuais ali propostas, nem, via de regra, impor requisitos para sua contratação, mas apenas aceitar as condições de trabalho ali propostas pelo empregador, o empregado tem, no ato da contratação, limitada a sua manifestação de vontade por questões de ordem políticas e sociais.

A supramencionada limitação não é uma limitação à autonomia da vontade imposta por lei, mas sim, uma limitação na manifestação da vontade, uma vez que, se o empregado, no ato de contratação, insurgir-se em relação a determinada condição com a qual não concorda, ele corre o risco de não ser contratado.

É lamentável, mas, dificilmente, o ordenamento jurídico conseguirá garantir que, na prática, no momento da contratação, o empregado não esteja em condição de vulnerabilidade, em razão da necessidade de ser contratado. Afinal, o empregador também é sujeito com autonomia negocial, podendo escolher quem vai ou não contratar, com base em critérios subjetivos e pessoais.

Há que se destacar, porém, que existem ações afirmativas que visam evitar a discriminação de pessoas que fazem parte de grupos historicamente excluídos, no ato da contratação, como é o caso das mulheres que não podem ser submetidas a exames que tenha como objetivo constatar a gravidez ou intenção de gestar. Contudo, de modo geral, é impossível que o legislador, e os órgãos fiscalizadores consigam evitar que, no ato da contratação, o empregado esteja em condição de desigualdade negocial, a ponto de se insurgir em relação a condições de emprego ofertadas, uma vez observados os limites mínimos impostos por lei.

Tal impossibilidade se dá porque as relações de emprego, em regra³⁹², são decorrentes de relações privadas, nas quais os contratantes têm autonomia e gestão dos seus negócios, não podendo o Estado intervir na escolha dos seus funcionários, mas apenas criar políticas públicas para evitar a discriminação de pessoas integrantes de grupos historicamente excluídos, como já foi destacado anteriormente. Não é possível, também, garantir que, no curso do contrato de trabalho, tal vulnerabilidade negocial deixe de existir, pois o empregado não tem interesse em voltar a pertencer à população que faz parte do contingente de desempregados.

³⁹² É possível que um trabalhador seja empregado público, contudo, a regra nos entes da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional é a contratação pelo regime estatutário.

A alta taxa de desemprego, associada à pouca oferta de postos de trabalho, é um dos fatores relevantes para que o empregado aceite praticamente qualquer tipo de condição de trabalho a fim de garantir uma renda familiar mensal e o sustento para sua família. No terceiro trimestre de 2020, o IBGE constatou a existência de 14 milhões de pessoas desempregadas no Brasil, o que representa uma taxa de 13,1% da população em situação de desocupação. A taxa de pessoas desalentadas, ou seja, pessoas que estão disponíveis para trabalhar, mas não procuram um posto de trabalho por não acreditarem que irão conseguir ser contratados, era de 5,9 milhões de pessoas.³⁹³ Já no terceiro trimestre de 2020, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, realizada pelo IBGE, constatou que, aproximadamente, 85,5 milhões de pessoas com idade superior a 14 anos estavam ocupadas, ou seja, se encontravam trabalhando, o que representa menos de 50% da população brasileira em condições de trabalho³⁹⁴.

A alta taxa de desemprego, somada a outros fatores, como a dificuldade de acesso à educação, informação, saneamento básico, a condições de moradia digna, e dificuldade de ascensão social, são marcantes no que diz respeito à potencialização da condição de vulnerabilidade contratual do empregado.

Os contratos de adesão são aqueles em que, segundo Orlando Gomes, “o conteúdo da relação jurídica bilateral seja predisposto por uma das partes, eliminada a discussão que precede normalmente a formação dos contratos”³⁹⁵. Dessa maneira, o contrato de adesão pode ser identificado pelo fato de uma das partes ter que aceitar em bloco, caso queira celebrá-lo, cláusulas pré-estabelecidas pela outra parte, aderindo a uma situação jurídica que já se encontra idealizada, antes mesmo da contratação, consentindo, assim, com a mera adesão ao conteúdo preestabelecido³⁹⁶.

É importante elucidar que o contrato de adesão não é uma modalidade contratual típica e autônoma em que o contrato tem um conteúdo específico³⁹⁷ e sim, uma forma de contratar peculiar e diferente daquela em que se celebra um contrato paritário ou negociável³⁹⁸. Por ser forma peculiar de contratar, é imperiosa a adoção de um método de interpretação

³⁹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 25 de fev. 2021.

³⁹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Indicadores para população de 14 anos ou mais de idade**. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Quadro_Sintetico/2020/pnadc_202011_quadroSintetico.pdf. Acesso em 25 de fev. 2021.

³⁹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 110.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 110 - 111.

³⁹⁷ Contrato de compra e venda, contrato de locação, contrato de arrendamento, contrato de comodato, etc.

³⁹⁸ COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 3, n. 8, jan-mar/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 120-121

singular com relação à manifestação da vontade do contratante aderente, bem como em relação às cláusulas contratuais gerais, com o objetivo de promover adequação do equilíbrio contratual. Para tanto, deve-se valer da boa-fé objetiva, que é critério interpretativo e cláusula geral dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro³⁹⁹. Além disto, o legislador não se manteve silente em relação à disparidade existente nos contratos de adesão, tanto é que não os ignora, como assevera Orlando Gomes:

Sabendo que inúmeras pessoas são forçadas a contratar, aderindo pura e simplesmente a um regulamento traçado soberanamente por pessoa que detém o monopólio virtual ou legal de determinado serviço, intervém através de medidas que se consubstanciam em interesse processo técnico: a regulamentação do contrato. Através de normas imperativas impede que o contratante privilegiado estipule arbitrariamente as cláusulas do contrato. As regras coativas incorporam-se automaticamente ao conteúdo da relação jurídica, cortando os possíveis e prováveis abusos.⁴⁰⁰

Em razão da associação de sua nomenclatura pela doutrina a termos, como vulnerabilidade, abusividade e protecionismo, durante muito tempo, tratou-se, de modo equivocado, o contrato de adesão como sinônimo de circunstância jurídica de consumo⁴⁰¹. Contudo, existem contratos tipicamente civis, que não têm natureza consumerista, mas são de adesão, como é o caso dos contratos de locação de shoppings centers, concessões, contrato de franquia, contrato de direito marítimo, dentre outros⁴⁰².

Diante de todas as características aqui expostas, é possível afirmar que o contrato individual de trabalho, aqui chamado de contrato de emprego, em regra, tem natureza de contrato de adesão⁴⁰³. Não se está aqui, no entanto, afirmando que absolutamente todos os contratos individuais de trabalho têm natureza de adesão; ao contrário, existem situações raras em que o empregado tem aptidão para negociar com o empregador, como é o caso dos jogadores de futebol, altos empregados, jornalistas que já alcançaram notabilidade, entre outros.⁴⁰⁴

Para Orlando Gomes, o contrato individual de trabalho, firmado com empresas de grande porte, seria uma hipótese de contrato de adesão, visto que, ao ser contratado, o empregado adere a regulamentos editados pelo próprio empregador, resultante de negociação interna com empregados ou associações representativas das categorias.⁴⁰⁵

³⁹⁹ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁰⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 114.

⁴⁰¹ MELO, Diogo L. Machado. Cláusula compromissória nos contratos de adesão e distinção entre relação de consumo e de não consumo na arbitragem: críticas ao veto à Lei n. 13.129/2015. *In*: CAHALI, Francisco José; FREIRE, Alexandre; RODOVALHO, Thiago. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 164 – 165.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 165

⁴⁰³ MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p.102.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p.103.

⁴⁰⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 118.

No presente trabalho, entretanto, acompanha-se o entendimento de Edilton Meireles, no sentido de que, geralmente, o “empregado adere ao que é proposto pelo empregador, seja nas pequenas empresas, seja, em especial, nas médias e grandes corporações, nas quais a organização não permite a celebração de contratos de empregos diversos dos padrões já pré-estabelecidos.”⁴⁰⁶ Também não é apenas no momento da contratação que o empregado adere às propostas do empregador, ele o faz durante todo o contrato de trabalho, limitando-se apenas a aceitá-las. Segundo Edilton Meireles, “quando o empregador impõe novas condições de trabalho (modificação do horário de trabalho, de funções, etc), limitando-se o empregado a aceitá-las ou a pedir demissão”.⁴⁰⁷ Em razão disso, existe vedação expressa na CLT proibindo alterações contratuais lesivas.

Uma cláusula contratual, quando ajustada livremente, estando os contraentes em pé de igualdade, não pode receber o mesmo tratamento jurídico daquela em que uma das partes apenas adere às disposições impostas pela outra parte, visto que nela existe uma certa tendência ao abuso⁴⁰⁸. É o que acontece nas relações de emprego e, especificamente, nos contratos individuais de trabalho. Não se pode negar, porém, que, na fase pré-contratual e no curso do contrato de emprego, o empregado tem sua condição de vulnerabilidade acentuada, razão pela qual a sua manifestação de vontade não pode ser exercida de forma plena.

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

No que diz respeito à cláusula compromissória, especificamente na legislação trabalhista, o Artigo 507-A da CLT, aquele que prevê a possibilidade de arbitragem para empregador financeiramente considerados hipersuficientes, adotou a mesma linha, autorizando a cláusula compromissória “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.”

Observa-se, assim, que o legislador, tanto na lei de arbitragem, quanto na CLT, entende que nos contratos de adesão é possível pactuar cláusula compromissória. Contudo, é preciso entender se os limites impostos pelo legislador para tal pactuação são compatíveis e razoáveis com a condição de vulnerabilidade do empregado.

⁴⁰⁶ MEIRELES, Edilton. *Op. cit.*, p.103.

⁴⁰⁷ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁰⁸ MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p.103.

Conforme já afirmado na subseção anterior, em relação ao sujeito, somente a incapacidade civil poderia afastar a arbitragem, contudo isso não quer dizer que o mesmo raciocínio se aplique à convenção de arbitragem. Não basta, dessa forma, ter capacidade jurídica para pactuar irrestritamente com qualquer modalidade de convenção de arbitragem. Que a arbitragem é compatível com os dissídios individuais de emprego não se tem dúvida, e é o que se tem defendido até aqui, entretanto é preciso analisar qual seria o meio e momento oportunos para a exteriorização da vontade do empregado pela jurisdição arbitral, a fim de evitar eventual lesão ou abuso de direito.

A cláusula compromissória, repita-se, é estipulação contratual prévia e escrita, ou seja, ela é anterior ao litígio, em que as partes se comprometem a submeter eventual e futura desavença à arbitragem. Essa cláusula pode ser denominada de “cheia”, oportunidade em que as partes estabelecem as regras da arbitragem desde o seu estabelecimento, ou “vazia”, na qual as partes se reservam ao direito de escolher os procedimentos mínimos para a resolução do conflito em caso de necessidade de instituição da arbitragem.⁴⁰⁹ É possível, contudo, que a arbitragem seja instituída apenas após o surgimento do litígio, através do compromisso arbitral, sem que haja estipulação prévia que obrigue as partes pelo uso da jurisdição arbitral. Esta parece ser mais viável e compatível com os dissídios individuais trabalhistas, conforme será demonstrado a seguir.

Apesar de se entender pela compatibilidade da jurisdição arbitral como forma de solução de conflitos decorrentes do contrato de emprego, não se pode olvidar que a opção por essa jurisdição se dá através de negócio jurídico, denominado de convenção de arbitragem. É fato que, na fase pré-contratual, bem como no curso do contrato de trabalho, o empregado está em situação de vulnerabilidade acentuada, uma vez que, como já foi discutido, ele não pode manifestar sua vontade de forma plena, livre e desembaraçada, sob pena de ser dispensado ou penalizado injustamente⁴¹⁰. Se não pode assim se manifestar de forma livre e desembaraçada, logo não pode firmar negócio jurídico que tenha como objetivo previsão de submissão de dissídio individual futuro e incerto à jurisdição arbitral. Não sendo, portanto, viável a pactuação de cláusula compromissória.

Parece que condicionar a validade da cláusula compromissória nos contratos de adesão a requisitos formais, quais sejam, a existência de termo escrito que comprove a iniciativa

⁴⁰⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; SOUZA, Magali Rodrigues. Arbitragem nas relações de trabalho: inovações decorrentes da Lei 13.467/2017. **Revista de Processo**. Ano 43, vol. 284, out/2018. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 543.

⁴¹⁰ Diversas são as práticas ilícitas adotadas por empregadores no sentido de constranger empregados a pedir o desligamento.

da parte, ou termo em que se destaque a ciência do empregado em relação à submissão eventual e futura à arbitragem, não resolve a questão da inexistência de manifestação de vontade livre e desimpedida em decorrência da vulnerabilidade do empregado. Ao contrário, os critérios instituídos como essenciais para a pactuação de cláusula compromissória apenas preenchem formalidades documentais, de nada impedindo que eles sejam assinados em decorrência da necessidade do empregado de ser contratado ou se manter no emprego.

Desse modo, é preciso que se oportunize ao empregado, quando do término do contrato de trabalho, ou quando do surgimento do litígio, a escolha pela jurisdição que melhor irá lhe atender, em observância ao princípio da inafastabilidade jurisdicional e, conseqüentemente, ao direito fundamental de acesso à justiça. Assim, a melhor opção para garantir a higidez na manifestação da vontade do empregado quando da opção pela jurisdição arbitral é o compromisso arbitral.

O compromisso arbitral, como já declarado, é firmado quando do surgimento do litígio, que pode acontecer no curso do contrato de emprego, ou quando do seu término. No entanto, não parece razoável que, no curso do contrato de emprego, o empregado possa optar, sem qualquer assistência, pela escolha da arbitragem como forma de solução do conflito, porque, como já salientado, a sua vontade ali não está sendo exercida de forma plena. Impedir, absolutamente, a opção pelo uso da jurisdição arbitral no curso do contrato de trabalho, já existindo um litígio, representaria uma violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Assim, nos casos em que o litígio surge no curso do contrato de emprego e precise ser resolvido naquela oportunidade, não sendo possível esperar o término do vínculo, como é o caso das matérias afetadas pela prescrição total, é possível que o problema da manifestação de vontade do empregado seja resolvido através da assistência sindical. Uma vez assistido pelo sindicato, o empregado estará acompanhado e será instruído por entidade que guarda fidedignidade, legitimidade e autonomia capazes de garantir que a opção pelo juízo arbitral ocorra sem vício de consentimento e que o empregado receba todas as informações necessárias antes, durante e quando do término do procedimento arbitral. Através da assistência sindical, o empregado poderá tirar todas as dúvidas sobre o procedimento arbitral, inclusive, garantindo que a associação de classe intervenha em caso de tentativa de abuso de direito.

É possível, ainda, que as Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, firmados entre sindicatos das categorias profissionais e econômicas, estabeleçam garantia de emprego para aqueles empregados que optarem pelo uso da via arbitral como forma de solução individual do conflito, a fim de evitar dispensa imotivada em razão do procedimento, ou quando do seu término. Assim, o compromisso arbitral no curso do contrato de trabalho prescindiria a

assistência sindical, não sendo possível a estipulação de cláusula compromissória, visto que só poderia ser estipulada a opção pela arbitragem após ou em seu curso. Nesse caso, se assistência sindical for capaz de resolver a questão da manifestação da vontade do empregado no curso do contrato de trabalho, não seria possível se valer dela para contratar cláusula compromissória? A resposta, contudo, é negativa.

Aqui se entende que, nas relações de emprego, a efetivação do princípio da inafastabilidade jurisdicional está condicionada à oportunidade de o empregado escolher qual jurisdição irá solucionar o litígio em razão do direito ou da parcela que está sendo discutida, observados os critérios de arbitrabilidade objetiva. Nessa perspectiva, não parece ser razoável obrigar contratualmente pessoa vulnerável a determinada jurisdição sem, nem ao menos, saber qual será o objeto do litígio. Pior seria, ainda, condicioná-lo a determinado procedimento, como ocorre no caso das cláusulas compromissórias cheias.

Os contratos de emprego, como já foi mencionado, são contratos complexos, de onde decorre uma multiplicidade de obrigações recíprocas, direitos e parcelas, o que torna difícil a previsão dos limites de um litígio futuro. Por isso, repita-se, discorda-se absolutamente da compatibilidade da cláusula compromissória com os dissídios individuais de emprego.

Quando do término do contrato de trabalho, a vulnerabilidade do empregado não carrega a mesma susceptibilidade de lesão, ou seja, ela é atenuada, ocorrendo, pois, o compromisso arbitral que pode ser firmado sem a necessidade de assistência sindical, em que pese esta não deva ser vedada, ao contrário, após o término desse contrato, o empregado não tem mais o medo de ser dispensado, uma vez que o “pior” já aconteceu. Portanto, pode recusar a opção pela arbitragem, caso considere que não é a melhor alternativa para ele, motivo pelo qual entende-se que o compromisso arbitral é a melhor alternativa para os dissídios decorrentes do contrato de emprego.

Vale salientar ainda que, nas hipóteses em que o empregador condicionar o pagamento das verbas rescisórias à submissão de dissídio por via arbitral, caso o empregado não concorde, e o pagamento não seja feito dentro do prazo legal, ou seja, de dez dias contados do término do contrato de trabalho, incidirá sobre as parcelas multa no valor do último salário do empregado, convertida em favor deste, nos termos do Artigo 477, §8º da CLT. Ademais, caso o empregado seja coagido a optar pela via arbitral e o faça por necessidade do recebimento das verbas que lhe são de direito, haverá, nesse momento, um vício de consentimento, capaz de autorizar pedido judicial de nulidade da sentença arbitral em razão de nulidade da convenção de arbitragem. Dessa forma, entende-se que o compromisso arbitral seria a alternativa viável

para garantir a higidez da manifestação da vontade do empregado, quando da escolha pelo juízo arbitral.

5.1.3 a vulnerabilidade do empregado e o princípio da igualdade no procedimento arbitral

O direito processual do trabalho é a ferramenta através da qual a jurisdição estatal tem delimitados os caminhos que deverá percorrer e observar para exercer a sua função, orientando as partes, procuradores e auxiliares da justiça, a fim de salvaguardar um procedimento justo, que observe os direitos fundamentais e, por fim, garanta a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Na jurisdição arbitral, os procedimentos a serem adotados no processo são delimitados pelas próprias partes, porque, como tratado em capítulo específico, é forma de solução de conflito exercida através da autodeterminação das partes, ou seja, da autonomia negocial delas. Ao contrário do que acontece na Justiça do Trabalho, a jurisdição arbitral não tem todos os procedimentos detalhados, minuciosamente, de modo a orientar o julgador e os jurisdicionados. O que existe, na verdade, são preceitos básicos que deverão ser observados para garantir um patamar mínimo organizacional e que velam pela segurança jurídica. Assim, a jurisdição arbitral pode seguir três caminhos em relação a seu procedimento, que será ajustado pelas partes, quais sejam: (a) criar um procedimento especial a ser aplicado especificamente naquele litígio; (b) reportar-se a regras de um órgão arbitral institucional, ou de legislação já existente; (c) deixar a critério do árbitro a delimitação do procedimento.⁴¹¹

Apesar de os procedimentos na jurisdição arbitral serem estabelecidos pela parte, através do exercício da autonomia negocial, entende-se que não deve existir presunção de igualdade material entre elas, uma vez que é possível que sejam arbitrados direitos decorrentes de contratos em que uma das partes é vulnerável, como acontece nos contratos de consumo e emprego.

No que diz respeito à igualdade e paridade de armas no procedimento arbitral, Carmona entende que existe uma diferenciação entre a jurisdição arbitral e a estatal, porque, na estatal, existem mecanismos que se preocupam com a transformação da igualdade formal em igualdade material, não ocorrendo da mesma maneira na arbitragem. Assim sendo, a igualdade proposta na Lei de Arbitragem seria uma igualdade denominada pelo autor de estática, e de

⁴¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 290.

difícil superação.⁴¹² Por acreditar que na arbitragem as partes se encontram normalmente em situação bastante equilibrada e optam espontaneamente pelo meio através do qual solucionarão seu conflito, ao contrário do que acontece na jurisdição estatal, a intervenção procedimental não se faz necessária como aquela existente no Poder Judiciário.⁴¹³ Nesse sentido, Carmona ainda entende que a paridade de armas é uma inquietação do juiz togado, e não do árbitro:

Assim, enquanto a paridade de armas é uma inquietação para o juiz togado - a ponto de a Lei 9.099/95 ter determinado que, comparecendo uma das partes acompanhada de seu advogado, caberá ao Estado proporcionar representação técnica para o adversário²² - o árbitro não deverá preocupar-se com o tema, estando na esfera de disponibilidade das partes nomear ou não advogados, pois pressupõe-se que os litigantes, ao escolherem a via arbitral, estejam bem informados sobre suas possibilidades e dificuldades, até porque elegeram livremente o procedimento que pretendiam ver aplicado à solução da controvérsia.⁴¹⁴

Nesse tocante discorda-se da opinião do supracitado autor, pois entende-se que a jurisdição, seja ela privada ou estatal, deve ser pensada e operacionalizada com base nos preceitos constitucionais fundamentais, dentre eles o da igualdade. Ainda que se pressuponha que na arbitragem exista uma independência mais acentuada das partes, que optam por retirar do Estado-Juiz a incumbência da resolução de um conflito, isso não quer dizer que a jurisdição privada pode ser alheia às necessidades dos indivíduos jurisdicionados e a suas vulnerabilidades. O pensamento deve ser diametralmente o oposto.

Por ser uma jurisdição privada, em que as partes podem exercer a autodeterminação de procedimentos, nela devem ser levadas em considerações as necessidades e peculiaridades dos indivíduos adversários, principalmente porque eles estão optando pela resolução de um conflito que prescinde, inicialmente, da mútua colaboração para o seu solucionamento. De outro modo, o que se espera, na arbitragem, é que exista uma colaboração mútua entre as partes.

No campo do direito processual, o princípio da igualdade se manifesta de modo diferente da interpretação destinada às relações sociais, uma vez que nele é importante garantir a paridade de armas, razão pela qual “o direito processual deve estar calcado na simetria entre as partes. Daí por que não se poderia dizer que a Justiça do Trabalho ou o processo do trabalho proteja qualquer das partes, em homenagem ao princípio da isonomia.”⁴¹⁵ No processo do trabalho, segundo Mauro Schiavi, as partes devem ter as mesmas oportunidades, sendo função

⁴¹² *Ibidem*, p. 296.

⁴¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 296.

⁴¹⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴¹⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 73-74.

do juiz garantir que exista a paridade de armas, assim como ele deve assegurar que o jurisdicionado mais forte não entorpeça o mais fraco⁴¹⁶.

Em que pese não ser aplicável subsidiariamente na arbitragem as normas previstas no Código de Processo Civil ou na Consolidação das Leis do Trabalho⁴¹⁷, isso não quer dizer que os princípios comuns à jurisdição estatal e a privada não podem ser interpretados sob a mesma ótica, afinal, como já afirmado neste trabalho, a jurisdição é una e indivisível.⁴¹⁸ Se o processo arbitral faz parte de um sistema jurisdicional, ainda que guardada independência e autonomia entre as jurisdições, ele precisa “estabelecer relações de troca com outros, no caso, com o do sistema processual estatal.”⁴¹⁹

O princípio da igualdade no processo arbitral não é, portanto, requisito de elegibilidade da parte para o uso dessa via, ou requisito de validade do negócio jurídico arbitral, mas uma norma de carga valorativa que deve orientar o exercício da função jurisdicional, especialmente no que diz respeito aos procedimentos ali adotados. Para além das questões técnico-processuais, é preciso lembrar que o princípio da igualdade é norma fundamental, prevista na Constituição Federal, que deve ser observada em todas as relações, inclusive nas privadas, em virtude da sua eficácia horizontal. Ainda que a arbitragem seja fruto de um acordo realizado entre as partes, não é dado a elas o direito de suprimir direitos fundamentais.

Uma vez que se chega à conclusão de que o princípio da igualdade na jurisdição arbitral também representa a necessidade de paridade de armas entre os jurisdicionados, é preciso entender de que forma esse princípio se operacionaliza no procedimento arbitral, visto que nele as regras são impostas pelas próprias partes e não pelo legislador. A resposta inicial é que esse procedimento se dá através do dever de colaboração entre as partes.

Antes de se analisar o ponto proposto, é fundamental esclarecer que a colaboração entre as partes não é a solução para todos os problemas provenientes de eventual desigualdade entre as partes de um processo, mas é o ponto pé inicial de onde poderá decorrer uma série de medidas, para que o procedimento seja justo e equânime, esclarecendo ainda que não está aqui se criando um cenário fantasioso em que se desconsidera a existência de um litígio, em que as partes têm interesse inicialmente diversos. Mas, para tanto, é preciso entender que, em um

⁴¹⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 45.

⁴¹⁷ Salvo se as partes optarem pela utilização das normas previstas nestas legislações.

⁴¹⁸ PATENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391f. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 66. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf. Acesso em: 25 de fev. 2021.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p 67.

ponto, os jurisdicionados concordam plenamente, ou seja, é o uso de uma jurisdição que prescinde do consenso em relação a seus procedimentos e, assim sendo, a colaboração entre eles para que a solução do litígio seja iniciada é requisito basilar do procedimento arbitral.

Conforme já discutido anteriormente, o empregado é pessoa vulnerável na relação de emprego, e esta vulnerabilidade decorre de diversos fatores, embora o empregador esteja em condição de superioridade, porque detém o poder econômico, documental, informacional, dentre outros privilégios na relação de emprego.

Se as normas procedimentais são ajustadas entre as partes e uma delas é vulnerável, é dever daquele que tem condições de privilégio não se favorecer da ignorância técnica do vulnerável a fim de se beneficiar. Isto posto, caso admita-se que, na arbitragem trabalhista, a assistência jurídica é dispensável, e que as partes têm capacidade postulatória, o empregador tem o dever de, ao ajudar os ritos procedimentais do empregador, observar regras mínimas relacionadas a sua condição de hipersuficiência. Por exemplo, nas relações de trabalho, é do empregador o dever de documentação, ou seja, cabe a ele guardar os recibos de pagamento e controlar o cumprimento de determinadas rotinas de trabalho, como os limites de jornada, fornecimento de equipamentos de proteção individuais, concessão de férias e seu pagamento tempestivos, dentre outros.

Quando do ajustamento das regras de distribuição do ônus da prova no procedimento arbitral, que envolve dissídio individual, não é razoável aceitar que caiba ao empregador fazer prova de parcelas ligadas ao dever de documentação do empregador, pois somente ele tem aptidão para produzi-las, sendo muito mais penoso para o empregado a produção dessas provas. Se é o empregador detém o dever de documentação, deve ser dele o ônus da prova em relação à matéria que decorre de tal dever.

O dever de cooperação é, contudo, um desdobramento do princípio da igualdade, não tendo força imperativa, em razão de ausência de previsão normativa nesse sentido. É, então, cláusula geral que deve ser observada, entretanto, em razão da sua carga valorativa, dependerá da interpretação que lhe é dada. Por isso, no caso dos dissídios individuais de trabalho submetidos à jurisdição arbitral, faz-se necessário que, pelo menos, a vulnerabilidade técnica seja amenizada. E a figura do árbitro? Ele também não deveria atuar, assim como o juiz togado, com o intento de reduzir a vulnerabilidade processual de uma das partes? Nesse caso, a resposta é positiva.

O árbitro, como juiz de fato e de direito, deve atuar no sentido de oportunizar às partes as mesmas condições de exercício de defesa no âmbito da tutela jurisdicional. A ele é

confiado o arbitramento da disputa. Dessa forma, espera-se que sua atuação seja pautada na imparcialidade.

Essa questão já foi, inclusive, abordada em seção do capítulo anterior, quando foi analisado o aspecto da jurisdição arbitral, como forma de acesso à justiça. Na oportunidade, chegou-se à conclusão de que, para a efetivação do acesso à justiça, é preciso que seja minimizada a deficiência informacional da parte vulnerável, sendo dever de todos os auxiliares da justiça atuarem nesse sentido, inclusive o árbitro.

5.1.3.1 A capacidade postulatória e a vulnerabilidade informacional do empregado

A capacidade postulatória é um pressuposto processual e está relacionada às partes e a sua aptidão de pedir e responder em juízo. É, portanto, uma capacidade específica que não está vinculada apenas à possibilidade de praticar atos materiais para conferir validade a determinados atos processuais, e também a aptidão técnica, sem a qual não é possível a realização do ato.⁴²⁰ Essa capacidade postulatória, na Justiça do Trabalho, se reflete através da expressão *jus postulandi*, como faculdade da parte de postular pessoalmente, sem o intermédio de um advogado.

Assim, sob a justificativa efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça na Justiça do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê a possibilidade de as partes postularem em juízo sem a necessidade do acompanhamento de um advogado.

O *jus postulandi* ntem sua previsão no artigo 791 da CLT: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.” Essa capacidade, contudo, não pode ser exercida de modo irrestrito, sofrendo limitações expressas na súmula 425 do TST: “O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.”

Na jurisdição arbitral, a capacidade postulatória também não está restrita ao intermédio de um advogado, em que pese as partes possam optar pela contratação de desse profissional, conforme autorização prevista no art. 21, §3º da Lei de Arbitragem. É possível perceber, desse modo, que, tanto na Justiça do Trabalho como no Juízo Arbitral, a figura do advogado não é tida como essencial para o processamento do litígio. Entende-se que esta opção

⁴²⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 393.

não foi a mais acertada no que diz respeito a dissídios individuais de emprego, como será demonstrado a seguir.

Para que haja paridade de armas em dado procedimento jurisdicional, é preciso que as partes detenham, no mínimo, a mesma aptidão informacional e técnica da parte *ex adversa*, ou estejam assistidos por alguém que ajude a balancear tal sobrepeso. Dentre as vulnerabilidades do empregado, encontra-se a informacional, uma vez que, no âmbito das relações de emprego “a informação não é veiculada de forma precisa, clara e ostensiva ou, ainda que amplamente divulgada, não possui acesso uniforme, sendo retirada em alguma medida pelo empregador”.⁴²¹ Se a vulnerabilidade informacional, no âmbito das relações de emprego, acarreta uma desigualdade para o emprego, o mesmo não pode acontecer no âmbito da jurisdição.

No exercício da tutela jurisdicional, todas as informações precisam ser transmitidas ao empregado de forma concisa e coesa, permitindo a sua participação e atuação completa no processo, para que possa defender-se de modo adequado e pleno.

Como já afirmado anteriormente, em que pese não haver previsão expressa nesse sentido na Lei de Arbitragem, cabe ao árbitro e/ou aos integrantes das câmaras arbitrais, dirimir todas as dúvidas sobre os procedimentos adotados para a solução do conflito, antes da opção pela jurisdição arbitral, durante o procedimento, e, inclusive, quando do seu término. Ocorre que de nada vale o empregado ter acesso às informações se não souber operacionalizar as medidas necessárias para exercer o seu direito fundamental a ampla defesa e ao contraditório.

No ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do contraditório representa “um dos muitos consectários do direito das partes a um processo justo assim compreendido aquele que promova uma decisão adequada e efetiva, construída a partir do esclarecimento de uma relação dialética e cooperativa entre os sujeitos processuais”.⁴²² O exercício do contraditório, para se dar de forma plena, prescinde conhecimento técnico. O empregado não é detentor de conhecimento técnico processual, ao revés, em regra, a população brasileira tem um baixo índice de instrução no que diz respeito às normas constitucionais⁴²³. Não pode se considerar

⁴²¹ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 124.

⁴²² FINCATO, Denise Pires; CAMPOS, Amalia Rosa de. O Direito ao Contraditório e o Jus Postulandi no Processo Eletrônico da Justiça do Trabalho. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Vol. 93, nov.dez/2019. Porto Alegre: LexMagister, 2019, p. 38.

⁴²³ Pesquisa realizada pelo DataSenado em 2013 constatou que 50,8% dos entrevistados reconheceram ter conhecimento médio da constituição, 35,1% disseram ter baixo conhecimento, enquanto 7,8% julgaram não ter conhecimento nenhum. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/brasileiros-reconhecem-importancia-da-constituicao-cidada>. Acesso em: 25 de fev. de 2021.

que seja diferente no que diz respeito a regras procedimentais, que são tecnicamente complexas para um leigo.

A vulnerabilidade técnica do empregado, no curso do contrato de emprego, decorre da detenção pelo empregador dos meios de produção, do menor grau e instrução profissional do empregado e da limitação do labor pelo empregador, que é responsável pela gerência da prestação do serviço.⁴²⁴ Já na relação processual, a vulnerabilidade técnica do empregado decorre da sua falta de conhecimento em relação às normas jurídicas, e das consequências decorrentes dos institutos processuais.

Não se afirma aqui que o empregador é detentor de conhecimento técnico processual ou de direito como um todo, contudo, comparado com o empregado, em razão da sua capacidade financeira, ele tem maior aptidão para contratar assessoria jurídica necessária para instruí-lo previamente na busca da melhor solução para dado litígio. A esse respeito, Capeletti e Garth ressaltam que a capacidade financeira de uma das partes, em detrimento da dificuldade da outra em promover dispêndio com o processo, gera um desequilíbrio na paridade de armas, porque:

Pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados tem vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única parte, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio tornar-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.⁴²⁵

A capacidade postulatória, embora seja interpretada no sentido de promover o acesso à jurisdição, uma vez que não obriga as partes a contratar um advogado, pode, no desenrolar do processo, gerar uma disparidade entre as partes, com consequências processuais relevantes para elas. Por exemplo, um cidadão comum não conhece a regra de contagem de prazos processuais, não sabe quais são os pressupostos recursais, não detém conhecimento quanto a questões preliminares que podem ser arguidas em defesa, uma vez que impediriam ou prejudicariam o julgamento do mérito da ação, dentre diversos outros exemplos que poderiam ser descritos aqui.

A falta de conhecimento de ambas as partes, por si só já pode levar a desenrolares processuais não desejados. Mas o cenário pode ser ainda pior.

⁴²⁴ WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 120 – 122.

⁴²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21.

Se o empregador estiver acompanhado de advogado, e o empregado estiver no exercício da sua capacidade postulatória, a vulnerabilidade aqui já afirmada é potencializada. Afinal, uma das partes estará acompanhada de profissional detentor de notório conhecimento técnico, ao passo que a outra estará completamente desassistida. Se esse acompanhamento técnico de um advogado não fosse essencial para o desvendamento da aplicação das normas jurídicas, ele não seria obrigatório para ajuizamento de ações na maioria das sociedades modernas.⁴²⁶

O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho já vem sendo alvo de críticas há algum tempo, potencializando-se, contudo, com a institucionalização do Processo Judicial Eletrônico (PJE), que trouxe múltiplas exigências de ordem técnica, a exemplo: (a) necessidade de se ter acesso a aparelho de informática compatível com o sistema; (b) conhecimento intermediário do uso de computador; (c) cadastro específico para ingressar no sistema, não sendo possível que a parte acesse com a mesma liberdade que o advogado os autos processuais.

Se a complexidade de temas envolvendo um contrato de emprego já não fosse suficiente para justificar a necessidade de acompanhamento técnico especializado em litígios judiciais, no procedimento judicial trabalhista existe um momento processual que envolve especial conhecimento técnico: a audiência de instrução que, no processo do trabalho, é o momento em que existe alta concentração de atos processuais. É nela que o juiz geralmente tem o primeiro contato com o processo, que o depoimento das partes será colhido, que as testemunhas serão ouvidas, que o processo será saneado, que haverá o requerimento especial de provas, que as razões finais serão aduzidas, dentre outras circunstâncias.

Uma vez desacompanhada de advogado, por exemplo, a parte não sabe qual o momento processual oportuno para contraditar dada testemunha, quais são as suas atribuições probatórias, quais perguntas são pertinentes, como deve protestar eventuais perguntas que foram indeferidas pelo juiz etc. Portanto, uma série de questões de ordem técnica acabam sendo precarizadas pela falta de conhecimento da parte que não está acompanhada por advogado em demanda judicial no âmbito da justiça do trabalho. Essa situação também pode acontecer na jurisdição arbitral, em verdade, o cenário pode revelar-se mais acentuado nessa hipótese, , na jurisdição estatal, os procedimentos, via de regra, são estabelecidos previamente pelo legislador, ao passo que no juízo arbitral as partes podem determinar quais serão os procedimentos a serem adotados para a solução do litígio.

⁴²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 32.

Não aderindo a procedimento já existente no órgão arbitral que irá dirimir o conflito, e optando por estabelecê-los particularmente, o empregado, que não possui conhecimento técnico sobre normas de direito processual, encontrar-se-á em uma situação de vulnerabilidade acentuada. Ainda que as partes optem por aderir a regramento pré-estabelecido pelo órgão arbitral, diante da falta de conhecimento técnico do empregado, o que garante que aquele é o que melhor irá lhe atender? Apenas a confiança de que a outra parte esteja atuando em observância ao seu dever de colaboração na escolha de procedimento justo.

Como já afirmado anteriormente, o direito fundamental de acesso à justiça não se operacionaliza apenas sob a perspectiva do princípio da inafastabilidade jurisdicional, sendo fundamental a sua observância no curso do processo e quando do seu término. Assim, além da dificuldade que a parte tecnicamente leiga enfrentará quando da escolha do procedimento arbitral, no curso do processo, é possível que tal vulnerabilidade também seja acentuada, uma vez que, assim como no processo judicial, existem questões jurídicas que devem ser adotadas em observância a momentos processuais específicos, existem regras de distribuição do ônus da prova, dentre outras questões processuais de difícil compreensão para o empregado.

Uma vez assistido por advogado, o empregado tem sua vulnerabilidade técnica atenuada, de modo a poder exercer seu direito fundamental ao contraditório de forma mais paritária em relação ao empregador. Mas, e o pagamento dos honorários contratuais? E se o valor do dissídio for tão inferior que não justificar a contratação de um advogado?

Sabe-se que, no âmbito da justiça do trabalho, nas reclamações onde o empregado encontra-se em situação de desemprego, é usual entre os advogados contratar honorários sobre percentual do êxito obtivo no processo. As tabelas de honorários, elaboradas e aprovadas pela Ordem dos Advogados de cada Estado da Federação apresentam, inclusive, parâmetros mínimos de percentuais a serem cobrados⁴²⁷. Assim, é possível contratar advogado para atuar em litígios em trâmite no juízo arbitral em que exista possibilidade de obtenção de êxito, condicionando a ele o pagamento dos honorários. Levando em consideração a celeridade da jurisdição arbitral, a contratação sob o êxito dos dissídios se mostra, inclusive, mais atrativa para o advogado. É possível ainda que as partes pactuem, inclusive, honorários advocatícios sucumbenciais, nos mesmos moldes do artigo 791-A da CLT.

Na hipótese de impossibilidade de contratação de advogado privado, o empregado pode se valer do serviço de assistência judiciária gratuita, fornecido pelo sindicato de sua

⁴²⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DA BAHIA. **Tabela de honorários advocatícios**. Disponível em: <https://www.oab-ba.org.br/advogado/tabela-de-honorarios>. Acesso em 25 de fev. 2021.

categoria profissional, bastando, para tanto, que ele seja filiado a essa instituição, assim como ocorre nos litígios na Justiça do Trabalho.

5.2 AS DESPESAS PROCESSUAIS E AS FERRAMENTAS DE VIABILIDADE FINANCEIRA DO PROCEDIMENTO ARBITRAL PARA O EMPREGADO

Quando o tema é arbitragem, um dos pontos mais controversos são as despesas decorrentes dessa jurisdição, porque afirma-se que o procedimento arbitral é dispendioso se comparado com o processo judicial trabalhista, o que seria um empecilho real para o uso desse meio para a solução de conflitos individuais de trabalho. As disputas com a arbitragem abarcam taxa de registro, honorários dos árbitros, taxas de administração, todas elas estabelecidas pelos juízos arbitrais, que são entidades privadas e não estão vinculadas a nenhum limite legal para estipulação de sua tabela de custos.

Não tem como negar que, na realidade atual, a jurisdição arbitral em regra é mais dispendiosa do que a jurisdição estatal, que estabelece como custas processuais o percentual de 2% sobre o valor da condenação, observado o valor mínimo de R\$10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos), pois os juízos arbitrais não foram pensados e estruturados para arbitrar litígios trabalhistas, mas sim demandas comerciais, cíveis, envolvendo direito internacional, dentre outras. Ou, ainda, aqueles que arbitram disputas trabalhistas estruturaram-se para receber litígios envolvendo altos empregados ou demandas coletivas.

Em que pese haver uma variação entre os valores cobrados em cada câmara arbitral⁴²⁸, já existem instituições arbitrais que estão se adaptando à realidade de disputas individuais trabalhistas as quais demandam uma adequação das taxas e honorários compatíveis com a realidade do bem jurídico ali tutelado. Um exemplo dessa situação é a CAMES, que cobra uma taxa fixa de R\$500,00 (quinhentos reais), incluídos os honorários dos árbitros, para solução de demandas trabalhistas no valor de até R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais).⁴²⁹

⁴²⁸ A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP cobra uma taxa de administração mínima de R\$1.000,00 (mil reais), mais o valor mínimo por hora de R\$350,00 a título de honorários dos árbitros, Vide tabela da CIESP/FIESP disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>. / Enquanto a Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) cobra um valor de R\$ 103.750,00 para arbitrar disputa no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) com apenas um árbitro. Vide calculadora disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>.

⁴²⁹ Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES. **Tabela de arbitragem trabalhista**. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem-trabalhista/tabela-arbitragem-trabalhista/>. Acesso em 25 de fev. 2021.

Assim como qualquer jurisdição que precisa se adaptar às necessidades dos jurisdicionados e à realidade do bem jurídico tutelado por ela, a jurisdição arbitral precisaria se ajustar em caso de abertura para dissídios individuais de emprego. Assim, as câmaras arbitrais precisariam criar setores especializados, capazes de atender tais demandas, cobrando valores dentro da realidade dos jurisdicionados. E assim a CAMES vem procedendo.

Mas seria financeiramente interessante para instituições arbitrais acolher demandas em que o proveito econômico é menor? A redução das taxas e valores de honorários se justificaria pela quantidade de demandas. Só em 2020, segundo informação do TST⁴³⁰, foram recebidos 2.863.835 novos processos na Justiça do Trabalho. Parte dessas demandas poderia ser julgada através da jurisdição arbitral. Além disto, apesar da complexidade de parcelas em razão da sua multiplicidade, ao contrário, os dissídios trabalhistas, em regra, não envolvem a produção de provas complexas, nem procedimentos alargados. Ainda assim, caso entenda-se que as câmaras privadas não conseguiriam se adaptar à realidade dos dissídios individuais trabalhistas, nada impede que os sindicatos firmem parcerias com tais instituições, custeando as despesas de seus filiados.

Outra solução viável é que os sindicatos da categoria profissional criem, em parceria com os sindicatos da categoria econômica, câmara de arbitragem para resolver os litígios de seus filiados que poderiam, inclusive, aproveitar a própria estrutura física dessas entidades. Foi o que aconteceu entre o Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens do Estado de São Paulo e o Sindicato das Empresas de Transportes de Carga de São Paulo e Região que criaram a CATC – Câmara de Arbitragem do Transporte de Carga.⁴³¹ Em que pese o serviço dessa câmara não ser totalmente gratuito, os valores cobrados são compatíveis com aqueles fixados a título de custas pelo poder judiciário trabalhista, havendo, inclusive, um valor de taxa única em caso de resolução do conflito através de acordo, uma vez iniciado o procedimento arbitral.

Se essas soluções não forem suficientes para viabilizar e operacionalizar a acessibilidade dos empregados às câmaras arbitrais, é possível ainda que o Ministério Público do Trabalho crie um juízo arbitral no âmbito de sua estrutura para solucionar conflitos, como já acontece através dos centros de mediação implementados pela Resolução de nº 118/2014 do

⁴³⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho 2020.**

Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>. Acesso em 25 de fev. 2021.

⁴³¹ Vide site institucional da CATC – Câmara de Arbitragem do Transporte de Carga: <https://setcesp.org.br/catc/>

Conselho Nacional do Ministério Público⁴³². Esses centros de mediação são totalmente gratuitos e podem ser acionados através de requerimento simples formulado no site do Ministério Público do Trabalho de cada região. Entretanto, à exceção da alternativa do Ministério Público, o fato é que todas as demais câmaras arbitrais, inclusive aquelas criadas pelos sindicatos, cobram taxas para o arbitramento da disputa. Estando o trabalhador desempregado, como ele poderia custear tal despesa? Diversas são as soluções que podem ser adotadas.

Levando em consideração que os sindicatos das categorias profissionais fornecem uma série de serviços e benefícios a seus filiados, nada impede que eles forneçam também o serviço de arbitragem gratuitamente, ou arquem com a parte das despesas deles no procedimento arbitral. Além disto, é possível estabelecer que as despesas processuais serão pagas ao final do procedimento, quando do recebimento do valor ao qual o empregado fará jus. Ressalte-se que, em ambas as hipóteses, as despesas seriam rateadas entre empregador e empregado, o que reduziria o custo financeiro do procedimento para o trabalhador. Uma alternativa para essa situação seria que as despesas processuais ficassem a cargo do empregador. Mas, por que o empregador teria interesse nesse investimento?

A sistemática do pagamento das custas processuais na Justiça do Trabalho tem previsão no artigo 789 da CLT, não havendo ali distinção entre custas e demais despesas processuais (taxas, emolumentos, etc.)⁴³³. Isso quer dizer que as despesas processuais serão pagas através de valor único, ou seja, incidente sobre o valor da condenação, pagos pelo vencido ao final do processo.

Não existe comando legal que determine o rateio das custas em proporção à sucumbência, a previsão do §1º do artigo 789 da CLT é de que o vencido deverá arcar com as custas. Isso significa que, em caso de procedência parcial do pedido, é o empregador que irá arcar com as custas. Nesse cenário, o empregado somente pagaria as custas caso o julgamento fosse totalmente improcedente, ou ele fosse o reclamado na ação, não sendo este último cenário muito usual. Isso significa que, de qualquer forma, em regra, as custas processuais são arcadas pelo empregador na Justiça do Trabalho, ainda que pagas ao final do processo. Sendo assim, não haveria qualquer prejuízo para ele em aplicar a mesma sistemática no juízo arbitral.

⁴³² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução N° 118, DE 1º de Dezembro de 2014.** Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em 25 de fev. 2021.

⁴³³ Não estão incluídos aí os honorários advocatícios sucumbenciais e os honorários periciais, uma vez que não são despesas processuais obrigatórias.

A média de tempo de um processo trabalhista, segundo Relatório Geral da Justiça do Trabalho em 2019⁴³⁴, é de sete meses e vinte oito dias, desde a data do seu ajuizamento nas Varas do Trabalho até a prolação da sentença, enquanto nos Tribunais Regionais do Trabalho essa média sobe para dez meses e sete dias. Na fase de execução, o lapso temporal tem um crescimento vertiginoso, cuja média de duração é de quatro anos, dois meses e vinte e três dias. Já a arbitragem, segundo Relatório Anual de 2019 do Centro de Arbitragem e Mediação da CCBC⁴³⁵, tem uma duração média de 13,2 meses. Para o empregador, a manutenção de um processo judicial pode ser mais dispendiosa do que a solução ágil de um conflito na esfera arbitral.

Além disto, havendo necessidade de recurso, na esfera trabalhistas, o empregador deve realizar um depósito recursal que hoje pode chegar ao valor de R\$ R\$10.059,15, em caso de recurso ordinário, e R\$ 20.118,30, em caso de recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, sempre observados os limites da condenação. O aludido depósito, em que pese não ser despesa processual, tendo natureza de garantia do juízo, deve ser pago em parcela única, através de depósito judicial, sob pena de deserção.

Esse pressuposto recursal acaba por representar um dispêndio significativo para os pequenos e médios trabalhadores que, muitas vezes, não têm esses valores disponíveis. Por isso, a solução do conflito através de uma jurisdição mais célere, em que as partes podem estabelecer recursos com efeito devolutivo, sem necessidade de garantia do juízo, pode representar uma solução mais atrativa para o empregador. Além disso, o risco à condenação em honorário advocatícios sucumbenciais, para as empresas, em regra, não existe no juízo arbitral, uma vez que a lei não estipula condenação nesse sentido. Somente haverá esse tipo de condenação se as partes a estipulem quando da instituição da arbitragem.

Num cenário ideal, em que o acesso à justiça seria efetivado pelo Estado de forma eficaz, seria possível imaginar que a União Federal custeasse as despesas dos empregados na arbitragem, respeitando os mesmos critérios previstos no §3º do artigo 790 da CLT, ou seja, para empregados que tivessem patamar remuneratório igual ou inferior a 40% do teto dos benefícios fornecidos pelo Regime Geral de Previdência Social. Para operacionalizar tal

⁴³⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho, ano 2019**. Brasília – DF, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/26518944/RGJT+2019.pdf/f8c0ae2d-8247-b4d8-3479-2bbd1d821e4c?t=1593177429682>. Acesso em: 25 de fev. 2021.

⁴³⁵ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO CAM-CCBC. **Relatório anual 2019: fatos e números**. Disponível em: https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/49659/1594157004Relatrio_anual_de_Arbitragem_CAM-CCBC_2019_Portugus.pdf. Acesso em 25 de fev. 2021.

hipótese, imagina-se a criação de um convênio entre Estado e Juízos Arbitrais, os quais poderiam realizar cadastros oportunizando o acesso a tal benefício.

Percebe-se, portanto, que é possível adaptar à realidade dos juízos arbitrais as necessidades dos dissídios individuais de emprego, oportunizando a utilização dessa jurisdição para solução desses conflitos, de modo a garantir o acesso à justiça de forma acessível para o empregado.

5.3 PROPOSTA PARA COMPATIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AOS LIMITES DA AUTONOMIA NEGOCIAL DO EMPREGADO

Tento em vista o quanto já discutido neste trabalho, é possível perceber que não existe incompatibilidade da jurisdição arbitral com os dissídios trabalhistas em razão da autonomia negocial do emprego, sendo necessário apenas a instituição de critérios de adequação, para garantir a observância do contraditório pleno e o máximo acesso à justiça, conforme será proposto a seguir.

Inicialmente, é preciso estabelecer que o patamar remuneratório não deve ser utilizado como requisito para a utilização da arbitragem pelos empregados, em razão da clara diferenciação negativa criada por essa limitação que implica em violação ao princípio da igualdade. Assim, a capacidade civil plena é suficiente para autorizar que o empregado submeta seu dissídio individual à arbitragem.

Levando em consideração a natureza adesiva dos contratos de trabalho, bem como a limitação da manifestação da vontade plena do empregado nas fases pré-contratual e contratual, somente seria possível submeter litígios individuais de emprego à arbitragem através de compromisso arbitral, não sendo compatível o uso da cláusula compromissória.

Em caso de litígios que surjam no curso do contrato de trabalho, para que o empregado se valha da jurisdição arbitral, é preciso que ele esteja assistido pelo sindicato da sua categoria profissional, visto que este tem aptidão e força combativa suficiente para garantir que o litígio seja desenvolvido com fidedignidade, principalmente quando da estipulação do compromisso arbitral e das regras procedimentais.

Nos casos de opção pelo juízo arbitral quando do término do contrato de trabalho, em razão da atenuação da vulnerabilidade do empregado, a assistência sindical não seria obrigatória, em que pese sempre ser recomendada. Já no curso da arbitragem, o empregado deverá estar assistido por advogado, a fim de criar um equilíbrio em razão da sua vulnerabilidade informacional e técnica. Em caso de impossibilidade de contratação de um

advogado particular, o empregado pode se valer do serviço de assistência judiciária gratuita, prestado pelos sindicatos.

Para fins de homologação de acordo, é necessária a presença de ambas as partes, acompanhadas de seus respectivos advogados, oportunidade em que a minuta será lida em voz alta e devidamente explicada ao empregado que deverá externalizar oralmente a sua concordância.

No que tange às despesas com a jurisdição arbitral, é possível estabelecer alguns parâmetros a serem escolhidos pelas partes, ou em razão da situação de fato. Assim, num primeiro cenário, é possível se imaginar a aplicação na jurisdição arbitral da mesma regra existente na Justiça do Trabalho, que determina que as custas processuais serão pagas pelo vencido, ao final do processo. No caso de as partes não optarem por essa sistemática, é possível que as custas sejam rateadas, e a parte do empregado poderá ser custeada pelo sindicato da categoria profissional, desde que haja filiação. Tal opção, inclusive, incentivaria a adesão da categoria a seus sindicatos, criando um incentivo à participação nessas instituições.

Sugere-se, ainda, a criação de um convênio entre a União Federal e os Juízos Arbitrais para que sejam custeadas as despesas processuais obrigatórias dos empregados pelo Estado, desde que eles comprovem preencher os requisitos para obtenção do benefício da justiça gratuita na Justiça do Trabalho. Este seria um cenário ideal de efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

6 CONCLUSÃO

O conceito de autonomia sofreu diversas alterações e evoluções ao longo dos anos, isso se deu em razão de questões históricas, políticas e sociais, passando-se da ideia de autonomia como poder absoluto de autodeterminação, sem qualquer interferência do Estado, até a concepção atual de autonomia privada.

Autonomia privada é o poder de autodeterminação de um indivíduo em suas diversas relações sociais, estando ela limitada pelo ordenamento jurídico que estabelece parâmetros mínimos para evitar abusos de direito. A autonomia privada pode ser classificada em autonomia negocial e autonomia existencial.

A autonomia existencial é a liberdade de um sujeito em gerenciar sua vida pessoal de forma digna, ao passo que a autonomia negocial é a capacidade de um indivíduo autodeterminar as relações negociais que a estabelecem.

A aceção de autonomia privada está ligada aos limites do exercício do direito fundamental à liberdade e à necessidade de intervenção mínima nas relações sociais para se garantir um patamar de igualdade, através de um tratamento isonômico.

Em razão da inexistência de igualdade material entre as partes de determinadas relações sociais, causada por múltiplos fatores de vulnerabilidade, e especialmente em alguns negócios jurídicos, a ordem pública, aqui compreendida como conjunto de leis e princípios que regem o direito, limita a autonomia negocial da parte vulnerável, com o objetivo de evitar abusos da parte que está em condição de superioridade.

Nas relações de emprego, o empregado é vulnerável em razão de uma série de fatores, dentre eles: a) natureza adesiva dos contratos de emprego; b) subordinação jurídica; c) fatores históricos e sociais que determinaram a forma como a exploração do trabalho foi construída no Brasil. As vulnerabilidades do empregado podem ser acentuadas em razão de situações excepcionais, como a gravidez, acidentes de trabalho, deficiências, dentre outras. Em razão da sua condição de vulnerabilidade, o empregado não tem condições de exercer sua capacidade de autodeterminação de forma plena, sem que haja uma susceptibilidade de lesão, ou abuso de direito pela parte mais forte. Por causa de uma acentuada susceptibilidade de lesão, o empregado tem sua autonomia negocial limitada, tendo como fundamento a sua vulnerabilidade, e fatores de limitação, a lei e a ordem pública. Tal limitação tem como objetivo garantir um trabalho digno e decente.

Os fatores de limitação da autonomia negocial do empregado, que são a lei e a ordem pública, servem como operacionalizadores do princípio da igualdade, uma vez que

introduzem no ordenamento jurídico uma série de normas imperativas e valorativas que delimitam a capacidade de autodeterminação do empregado.

Com a entrada em vigor da Lei 13.467 de 2017, chamada popularmente de Reforma Trabalhista, houve uma flexibilização da autonomia negocial do empregado em razão de mudanças significativas nos limites da possibilidade de negociação do empregado, a exemplo da flexibilização dos bancos de hora, criação da figura do empregado hipersuficiente com autonomia individual, equiparada à autonomia coletiva, a possibilidade de fracionamento de férias, dentre outras.

Entre diversas questões relacionadas à autonomia negocial do empregado, uma delas, envolvendo o direito processual do trabalho, foi apreciada pelo Tribunal Superior do Trabalho, oportunidade em que foi firmado o posicionamento no sentido de entender incompatível a arbitragem com os dissídios individuais de trabalho em razão de três fatores: a) hipossuficiência do empregado (nesse trabalho, tratada de forma mais ampla sob a perspectiva da vulnerabilidade); b) ausência de exercício pleno da autonomia privada do empregado; c) irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos individuais do trabalho.

A exceção do argumento relacionado à arbitrabilidade objetiva, ou seja, ao conteúdo dos direitos que serão passíveis de arbitrabilidade, o TST se vale de fundamento e fatores limitadores da autonomia negocial do empregado para fundamentar a sua decisão.

A arbitragem é uma forma de solução de conflito privada, na qual as partes podem determinar os parâmetros a serem utilizados para a solução de dado conflito, escolhendo, inclusive, quem irá arbitrar, ou seja, proferir a decisão. Trata-se de um instrumento de jurisdição, não sendo um equivalente jurisdicional, visto que a ela foi atribuída, por lei, função jurisdicional, entendimento que foi convalidado pelo Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial de nº 1.550.260 RS.

O exercício da jurisdição estatal tem ligação com o instituto da autonomia negocial, visto que a forma pela qual a pretensão é entregue a esse tipo de jurisdição depende da pactuação de convenção de arbitragem, negócio jurídico que somente pode ser firmado em razão da autonomia das partes.

A convenção de arbitragem é dividida em dois tipos: a) cláusula compromissória; b) compromisso arbitral. Na primeira, convencionam-se a submissão de litígio futuro e incerto à jurisdição estatal, não havendo possibilidade de optar posteriormente pela jurisdição estatal, em virtude da forma vinculante do instrumento contratual. Já na segunda, a submissão ocorre quando do surgimento do litígio, oportunidade em que as partes resolvem submetê-lo ao juízo arbitral.

Somente os direitos patrimoniais indisponíveis podem ser objeto de arbitragem, não sendo possível arbitrar litígios que envolvem direitos da personalidade, direito à vida, dentre outros. Contudo, é possível que a arbitragem verse sobre pretensão pecuniária decorrente de litígio causado por direito indisponível, como é o caso de estipulação de indenização em razão de dada violação à honra de um sujeito.

Os trâmites processuais, ou seja, os procedimentos a serem adotados no curso da arbitragem serão escolhidos e pactuados pelas partes, que poderão: a) criar um procedimento próprio; b) aderir ao procedimento existente em dada instituição arbitral; ou c) utilizar procedimento previsto em lei. Essa é mais uma expressão da autonomia negocial das partes da arbitragem.

O árbitro é escolhido pelas partes e deverá ser pessoa imparcial, responsável pela apresentação da sentença arbitral, dentro do prazo estipulado pelas partes, ou, em caso de silêncio na convenção sobre o lapso temporal, no prazo previsto em lei.

A sentença arbitral é o pronunciamento através do qual o árbitro entrega a prestação jurisdicional pretendida pelas partes, podendo ter natureza terminativa ou definitiva, não sendo passível de revisão pelo Poder Judiciário para que lhe seja atribuída validade. É possível que a sentença arbitral sofra controle judicial externo, mas apenas no que diz respeito a sua legalidade, nos termos do Artigo 32 da Lei de Arbitragem, exclusivamente nas seguintes hipóteses: (a) quando for nula a convenção de arbitragem; (b) quando a sentença foi emanada de quem não podia ser árbitro; (c) não contiver os requisitos do Art. 26 dessa Lei; (d) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (e) quando for comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (f) for proferida fora do prazo, respeitado o disposto no Art. 12, Inciso III dessa Lei (hipótese em que a parte concede prazo de 10 dias para prolação da sentença); (g) forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. A ação de decretação de nulidade da sentença arbitral abarca, portanto, ampla extensão de hipóteses de nulidade que serão apreciadas pelo Poder Judiciário.

A jurisdição privada arbitral adota mecanismos para garantir a seus jurisdicionados o efetivo acesso à justiça, operacionalizando a adoção de todos os meios necessários para que seja observado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, bem como para que a sentença tenha efetividade. Além disto, são adotados diversos instrumentos que garantem o cumprimento da sentença e, em caso de ausência de cumprimento voluntário, a busca pelo amparo da tutela jurisdicional estatal.

Ao analisar a compatibilidade da arbitragem com dissídios individuais sob a perspectiva da arbitrabilidade subjetiva, ou seja, em razão da pessoa do jurisdicionado, o TST entendeu pela sua incompatibilidade em razão da vulnerabilidade do empregado e da ausência de exercício pleno da autonomia negocial, quando da convenção arbitral. Desse modo, o fundamento e os fatores limitadores da autonomia negocial foram basilares para posicionamento firmado, contudo, mereciam análise mais aprofundada.

A jurisdição é una e indivisível, e a ideia de que a ninguém será negada a oportunidade de escolha de determinada forma de solução de conflito jurisdicional, salvo se for vedada por lei está contida no conteúdo do princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer vedação ao uso da arbitragem em dissídios individuais de trabalho, não podendo a previsão constitucional de uso em dissídios coletivos ser usada como fundamento para negativa à jurisdição privada, posto que representaria violação ao princípio da inafastabilidade constitucional e, conseqüentemente, do acesso à justiça.

A Lei de Arbitragem, ao delimitar a pessoa do seu jurisdicionado, institui como requisito a capacidade civil plena, não havendo qualquer limitação em função da autonomia ou manifestação da vontade. Sendo pessoa plenamente capaz, não há qualquer imperativo que delimite o uso da arbitragem em dissídios individuais de emprego, salvo, repita-se, em caso de incapacidade relativa ou absoluta do empregado. A limitação da manifestação de vontade do empregado deve ser analisada sob a perspectiva da validade da convenção arbitral e não sob o enfoque da oportunidade jurisdicional.

Os contratos individuais de emprego têm natureza adesiva, porque as condições de trabalho são impostas pelo empregador quando da contratação, não sendo raro que o empregado manifeste sua vontade no sentido de insurgir-se quanto às regras previamente estipuladas pelo detentor de poder na relação, ou seja, o empregador.

A Lei de Arbitragem condiciona as cláusulas compromissórias nos contratos de adesão às seguintes situações: a) que o aderente tenha tomado a iniciativa de instituir a arbitragem; b) concordância expressa com a opção pela arbitragem através de documento anexo ao instrumento em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Entende-se que autorizar o empregado a escolher determinado meio jurisdicional em razão de litígio futuro e incerto, e contrato com complexidade de parcelas, obrigações e deveres recíprocos provenientes deste tipo de contrato, é uma violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Sendo a convenção de arbitragem um negócio jurídico, para que tenha validade a vontade das partes, ela tem que ser exteriorizada de forma livre e desembaraçada, o que em geral, não acontece na fase pré-contratual e durante o contrato, razão pela qual a cláusula compromissória não é compatível com os contratos de emprego. Por outro lado, já existindo o litígio, principalmente após o término do contrato de trabalho, é possível convencionar a arbitragem através de compromisso arbitral, oportunidade em que a vulnerabilidade do empregado é atenuada. Em caso de litígio no curso do contrato de emprego, a assistência sindical é fundamental para garantir a higidez do compromisso arbitral.

Para efetivar o direito fundamental de acesso à justiça, é preciso que, durante o procedimento arbitral, seja observado o princípio da igualdade entre as partes que se materializa no direito processual através da paridade de armas entre os jurisdicionados. Como não existe na arbitragem norma pré-estabelecida pelo legislador que detalhe os procedimentos de forma minuciosa, orientando o julgador e os jurisdicionados, sendo atribuição deles a instituição dos procedimentos, o dever de colaboração entre as partes é o mínimo que deve ser observado para efetivação do princípio da igualdade. É dever do empregador não se favorecer da ignorância técnica do empregado.

O dever de colaboração é cláusula geral que decorre do princípio da igualdade, contudo, prescinde da atenuação da vulnerabilidade técnica do empregado, posto que, apesar de a jurisdição arbitral ter como primado a consensualidade na sua instituição, o embate entre as partes existe. A vulnerabilidade técnica do empregado decorre da ausência de conhecimento jurídico e processual suficientes para delimitar qual seria o melhor procedimento para solução do litígio. Por isso, entende-se que a figura do advogado seria imprescindível nas demandas arbitrais.

Em que pese o *jus postulandi* facilitar o exercício do direito de ação, este pode prejudicar o empregado no curso do dissídio, em razão da sua falta de instrução quanto a procedimentos técnicos, como contagem de prazos, momento oportuno para impugnação de testemunha, distribuição do ônus da prova, dentre outros. Diante disso, entende-se como fundamental a figura do advogado, podendo o empregado se valer do serviço de assistência judiciária gratuita, prestado pelos sindicatos das respectivas categorias.

No que tange às despesas processuais obrigatórias e a viabilidade financeira do procedimento arbitral, é preciso que as instituições de arbitragem se adequem às necessidades dos jurisdicionados e ao bem jurídico ali tutelado, através da criação de setores especializados com taxas compatíveis com os dissídios.

Diversas são as soluções que viabilizariam financeiramente a arbitragem de dissídios individuais, a exemplo de: a) criação de câmaras de arbitragem através de parceria entre sindicatos; b) criação de câmaras arbitrais no âmbito do Ministério Público do Trabalho; c) instituição de cadastro de instituição arbitrais para concessão de benefício da justiça gratuita, conforme critério já aplicados na justiça do trabalho, com custeio da União Federal.

Assim, por entender que não existe uma incompatibilidade da arbitragem de dissídios individuais de emprego, mas sim, a necessidade de adequação do procedimento em alguns pontos específicos, propõe-se uma série de medidas necessárias para isso, o que mitigaria a vulnerabilidade do empregado, como ocorre na jurisdição estatal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELES, Ana Thereza. **Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida.** Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220/15867>. Acesso em: 20 de outubro de 2020

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Alteridade e rede no direito.** Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7564/1/ARTIGO_AlteridadeRedeDireito.PDF. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Diogo Rezende de. Novamente o Princípio da Adequação e os Métodos de Solução de Conflitos. *In:* TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos.** São Paulo: LTr, 2018.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. **A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro.** Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/9263>. Acesso em: 09 de jan. 2021.

ARMELIN, Donaldo. Ação de Nulidade da Sentença Arbitral. *IN:* RODRIGUES, Daniel Colnago; LAZARI, Rafael de; SANTOS, Silas Silva. (Orgs.) **Processo Civil Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Gerson Amaro de Souza.** São Paulo: Lualri Editora, 2018.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos.** 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro, Volume I: Parte Geral: Fundamentos e distribuição de conflitos.** 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AZEVEDO, André Jobim de. Os métodos adequados de solução de conflitos. Nova regência processual: Observações. Novel regência trabalhista. *In:* TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos.** São Paulo: LTr, 2018.

BOBBIO, Noberto. **Igualdade e Liberdade.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOFF, Leonardo. Contornos atuais da autonomia privada em face das situações jurídicas subjetivas existenciais. *In:* MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 jul. 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 de out. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.550.260 – RS**. Recorrente: Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe. Recorrido: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 20 mar 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1639740&num_registro=201402050562&data=20180320&formato=PDF. Acesso em: 10 de fev. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 254**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm>. Acesso em 09 de fev. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819. **Recorrente:** União Brasileira De Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. **Ellen Gracie. Brasília, DJ 27 out. 2006**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Divergência Jurisprudencial 217400-10.2007.5.02.0069**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Lelio Bentes Correa. Brasília, DF, 25 de abr. de 2004. DEJT 03 de mai. De 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/daa0b83701ddb72b51b3f8a4e8301fdc>. Acesso em 22 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista de nº 79500-61.2006.5.05.0028**. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF – 25 de mar. De 2009. DEJT 25 de mai. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/2b667bc563c233d64dd6c6789f4efcb3>. Acesso em 22 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 083-74.2012.5.05.0193**, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília- DF, 27 de abr. de 2016. DEJT 29 de abr. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c3a0ba6914da2e41d9860c12783aa61f>. Acesso em 22 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista Nº 165000-41.1999.5.15.0003**. Recorrente: Serviços Especializados de Vigilância Industrial e Bancária LTDA. – SEBIL. Recorrido: Dauri Bernardino Alves. Relatora: Juíza Conv. Maria Doralice Novaes. Brasília, DJ 30 de set. de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/305f179b4573c12c24e4ef1d11e0a32a>. Acesso em: 18 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 175-07.2011.5.02.0073**. 2ª Turma. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília -DF, 30 de set. 09 de 2014. DEJT 10 de

out. de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/54d1eeb43c1c2db8559da14263f84e7d>. Acesso em: 22 de fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 444**. Res. 185/2012. Brasília, DJ 26 nov. 2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-444. Acesso em: 08 out. 2020.

CABRAL, Érico Pina. **A “autonomia” no direito privado**. Revista de Direito Privado 19/83, 2004.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA – CAMES. **Tabela de arbitragem trabalhista**. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem-trabalhista/tabela-arbitragem-trabalhista/>. Acesso em 25 de fev. 2021.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307 /96**. 3. ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 23.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASSAR, VÓLIA. **Direito do Trabalho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO CAM-CCBC. **Relatório anual 2019: fatos e números**. Disponível em: https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/49659/1594157004Relatorio_anual_de_Arbitragem_CAM-CCBC_2019_Portugus.pdf . Acesso em 25 de fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução N° 118, DE 1° de Dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em 25 de fev. 2021.

COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 3, n. 8, jan-mar/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Otávio Terceiro. A interpretação da Cláusula Compromissória da Arbitragem Trabalhista. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

DAMIANO, Henrique. Formas extrajudiciais de solução dos conflitos individuais do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**. N. 21, jul/2003. Campinas: Escola da Magistratura, p. 143. Disponível em: https://trt15.jus.br/sites/porta1/files/fields/colecoesdotribunal_v/revista-do-tribunal-eletronica/2002/r-21-2002.pdf. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista de Direito Renovar**. n. 17, maio/ago, 2000, p. 11 *et seq.* Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8302>. Acesso em: 08 jul. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo, LTr, 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 16 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. **Revista LTr**. Ano 77, n 3, mar 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Luís Carlos Gomes. 2ed. São Paulo: Martins Fontes.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 14 ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Reinaldo de Francisco. **Relações de emprego e (in)disponibilidade dos direitos: proposta de modulação da autonomia da vontade**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-06032015-153707/pt-br.php>. Acesso em: 07 jul. 2020.

FERRI, Luigi. **LA AUTONOMIA PRIVADA**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FINCATO, Denise Pires; CAMPOS, Amalia Rosa de. O Direito ao Contraditório e o Jus Postulandi no Processo Eletrônico da Justiça do Trabalho. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Vol. 93, nov.dez/2019. Porto Alegre: LexMagister, 2019.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A arbitragem no moderno direito brasileiro do trabalho. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

FRANCO, Fernão Borba. Questões a respeito da discriminação positiva. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Apamagis, ano 2, n.5, 1998.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; SOUZA, Magali Rodrigues. Arbitragem nas relações de trabalho: inovações decorrentes da Lei 13.467/2017. **Revista de Processo**. Ano 43, vol. 284, out/2018. São Paulo: Ed. RT, 2018.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A arbitragem no direito trabalhista: um desafio a ser enfrentado. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

GOMES, Fábio Rodrigues. Arbitragem e o Processo do Trabalho: Dois Lados de uma Mesma Moeda. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Fernanda Theodoro Gomes. A violação ao contraditório efetivo e a consequente nulidade da sentença arbitral. *In*: LUCOS, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; NET, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Orgs). **Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Forense

GOMES, Orlando. **Contratos**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HERRERO, F. Javier. **A Ética de Kant**. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br>>. Acesso em: 15 de jan de 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

HUMBERTO, Theodoro Júnior. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HUPFFER, Haide Maria. **O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra direito e democracia de Jürgen Habermas**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleto-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf> Acesso em: 10 de jan. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2019**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26956-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2019>

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA- IBGE. **Desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 25 de fev. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA- IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Indicadores para população de 14 anos ou mais de idade**. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Quadro_Sintetico/2020/pnadc_202011_quadroSintetico.pdf. Acesso em 25 de fev. 2021.

JABARDO, Cristina Saiz; ALVES, Mariana Cattel Gomes; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. A sentença arbitral e seus desafios. IN: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Psquot. **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <https://faculdadeplus.edu.br/wp-content/uploads/2020/04/KANT-Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

KLEIN, Joel Thiago. **O Conceito Kantiano de Metafísica dos Costumes**. Disponível em: <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/viewFile/815/318>. Acesso em: 09 de jan. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.

LOPES, Mônica Sette. **A convenção coletiva e sua força vinculante**. São Paulo: LTr, 1998.

LOPES, Otávio Brito. A questão da discriminação no trabalho. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**. São Paulo: sage, v. 25, n. 307, jan. 2015.

LUNAS, Florencia. **Vulnerabilidad: la metáfora de las capas**. Jurisprudencia Argentina, IV, fascículo Nº 1, 2008, p. 8. Disponível em: http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metáfora_de_las_capas.pdf. Acesso em: 06 dez. 2020.

MALLET, Stêvão. **Dogmática elementar do direito de greve**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2015.

MALLET, Stevão. Igualdade, discriminação e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 76, n. 3, p. 96-120, jul./set. 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/18077/001_mallet.pdf?sequence=4. Acesso em: 12 jul. 2019.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Vol. 1, n. 1, jan/jun 1995. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Pedro A. Batista. Dever de revelar do árbitro. **Revista de arbitragem e mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 10, vol. 36, jan/mar 2013.

MEIRELES, Edilton. **A constituição do Trabalho: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

MEIRELES, Edilton. **Abuso de direito nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MELKEVIK, Bjarne. **Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito**. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 641 - 673, jul./dez. 2017, p. 648. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em 23. Abr. 2019.*

MELLO, Celson Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELO, Diogo L. Machado. Cláusula compromissória nos contratos de adesão e distinção entre relação de consumo e de não consumo na arbitragem: críticas ao veto à Lei n. 13.129/2015. *In: CAHALI, Francisco José; FREIRE, Alexandre; RODOVALHO, Thiago. Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *IN: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. **O marco conceitual da vulnerabilidade**. *Revista Sociedade em Debate*. Pelotas, 17 (2): 29-40, jul-dez, 2011, p. 32-33. Disponível em: <http://www.rsd.ucpel.tche.br/index.php/rsd/article/view/695>. Acesso em 03.dez.2020.

MORAES, Maria Celina Bodin De. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Dignidade Humana**. *In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MURADAS, Daniela. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERE, Valdete Souto (Coord.) **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. Série grandes temas de direito privado – vol. 6**. São Paulo: Método.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/download/429/348>, Acesso em: 30 de mar de 2020.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista brasileira de bioética**, v. 02, n. 02, 2006, p. 158. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>. Acesso em: 06 jul. 2019.

NODARI, Paulo César; SAUGO, Fernando. **Esclarecimento, educação e autonomia em Kant**. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/892> Acesso em: 10 de jan. 2021.

NOVA ACRÓPOLE. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. (áudio)Disponível em: <https://soundcloud.com/novaacrooplepalestras/audio-palestras> Acesso em: 10 de jan. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DA BAHIA. **Tabela de honorários advocatícios**. Disponível em: <https://www.oab-ba.org.br/advogado/tabela-de-honorarios>. Acesso em 25 de fev. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA, Bernardo Lima. Arbitrabilidade de conflitos trabalhistas. In: FREITAS, Edmundo Gouvêa; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. (Orgs.) **Processo, Direito e Modernidade: Estudos em Homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PATENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391f. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 66. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf. Acesso em: 25 de fev. 2021.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. RT, vol. 986, ano 106, 2017.

PEREIRA, Leone. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PESSOA, Valton Doria. **A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PINHEIRO, Luis de Lima. Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais). **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**. Ano 64, vol. I/II, Nov/2004. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/luis-de-lima-pinheiro-convencao-de-arbitragem-aspectos-internos-e-transnacionais/>. Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina: 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Direito Civil Constitucional. Caderno 3**. São Paulo: Malheiros

REICHELTE, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**. Ano 41, vol. 258, ago/2016.

REQUIÃO, Maurício. **Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares**. In: REQUIÃO, Maurício. Discutindo a autonomia. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Editoria Livraria do Advogado, 2008, p.22.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Mediação e arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho. **Revista Trabalho e Doutrina**. São Paulo: Saraiva, nº 4, set/1997.

ROMITA, Arion Sayão *apud* MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário Nº 00698-2007-107-03-00-4**. Quarta turma. Recorrente: José Antônio Novais Horta. Recorrido: Seculus Empreendimentos E Participações S.A. Relator: Júlio Bernardo Do Carmo. Julgado em 24 ago. 2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=686419&acesso=e505aab43f546ea30a3043f512e4c439>. Acesso em: 07 jul. 2019.

ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitralidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 33, ano 9, 2012.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **O princípio da inafastabilidade de jurisdição e a resolução de conflitos**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 52.

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Niterói: Impetus, 2013.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A supremacia do negociado em face ao legislado: a natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 84, n. 2, abr./jun. 2018, p.102. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/143733>. Acesso em: 07. jul. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetória e metodologia**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

SILVA, Denis Franco. **O princípio da Autonomia: da invenção à reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (org.). **Princípios de Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Saraiva, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de Souza. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em 07 de dez. de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovas, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho 2020**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>. Acesso em 25 de fev. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho, ano 2019**. Brasília – DF, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/26518944/RGJT+2019.pdf/f8c0ae2d-8247-b4d8-3479-2bbd1d821e4c?t=1593177429682>. Acesso em: 25 de fev. 2021.

TUPINAMBA, Carolina. Ao seu dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. In: TUPINAMBÁ, Carolina. (Coord.) **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

WYSYKOWSKI, Adriana. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.