



Comitê Brasileiro de Arbitragem

Revista Brasileira de
ARBITRAGEM

**A possibilidade de emprego da arbitragem para a resolução
de alguns dissídios trabalhistas individuais.
Comentário ao acórdão prolatado pelo TRT da 1ª Região
no RO 0011289-92.2013.5.01.0042**

FABIANE VERÇOSA

Volume XIV Number 56

2017

ISSN: 1806809X

A Possibilidade de Emprego da Arbitragem para a Resolução de Alguns Dissídios Trabalhistas Individuais. Comentário ao Acórdão Prolatado pelo TRT da 1ª Região no RO 0011289-92.2013.5.01.0042

SUMÁRIO: I – Julgado; II – Comentário.

I – JULGADO

Justiça do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Processo nº 0011289-92.2013.5.01.0042 (RO)

Recorrente: Andre Henrique Buchheim, Banco BTG Pactual S.A.

Recorrido: Andre Henrique Buchheim, Banco BTG Pactual S.A.

Relator: Desembargador do Trabalho Enoque Ribeiro dos Santos

RECURSO DO RECLAMADO – PRELIMINAR DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – TRANSAÇÃO ENVOLVENDO DIREITOS TRABALHISTAS – POSSIBILIDADE

O fundamento principal para justificar que os direitos trabalhistas são indisponíveis/irrenunciáveis tem fulcro na hipossuficiência/vulnerabilidade do trabalhador. E, é exatamente por isso que o próprio TST, ainda que timidamente, já vem admitindo a arbitragem nos casos em que não se vislumbra esta hipossuficiência, deixando claro que tal indisponibilidade/irrenunciabilidade não é absoluta. Fato é que nem todos os direitos trabalhistas são, a todo tempo, indisponíveis, pois, se assim o fossem, jamais poderiam ser objeto de transação ou mesmo de negociação coletiva de trabalho. Aliás, se todos os direitos gozassem de uma indisponibilidade absoluta intangível, haveria, certamente, um entrave à evolução da ordem jurídica e social. Na verdade, não há que se falar em indisponibilidade absoluta de qualquer direito em abstrato, pois é, no caso concreto, que o Judiciário vai aferir se aquele direito é ou não indisponível, analisando-o e ponderando-o com os demais direitos, princípios e normas presentes no ordenamento jurídico. No caso em questão, a magistrada sentenciante afastou a cláusula de arbitragem prevista no contrato celebrado entre o autor e o réu utilizando como fundamentos a “inafastabilidade da jurisdição” e a “indisponibilidade dos direitos trabalhistas”. Quanto à inafastabilidade da jurisdição, esta não é violada com a aplicação da arbitragem, pois o decidido pelo árbitro evidentemente poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário. E no que tange à indisponibilidade dos

direitos trabalhistas, se esta tem fulcro na hipossuficiência/vulnerabilidade do trabalhador, então, obviamente, não tem aplicabilidade no presente caso, eis que o autor era um alto executivo do banco réu, verdadeiro *alter ego* e detentor de expertise e *brain-power* financeiro, com vultosos ganhos mensais e vasto conhecimento na área, razão pela qual não se vislumbra qualquer hipossuficiência/vulnerabilidade por parte dele, mas sim sua paridade com a parte adversa. Aliás, é justamente no setor do conhecimento e da informação que a relação jurídica de dependência muitas vezes se inverte, ou seja, é o empregador que fica dependente ou refém do empregado dotado do expertise e neurônios privilegiados, que dá um diferencial ao seu negócio, proporcionando-lhe elevados ganhos financeiros, levando-o a celebrar pactos e aditivos para a manutenção de tais empregados laborando a seu favor. Entendo também que os direitos indisponíveis do empregado se mantêm ao longo de todo o contrato de trabalho, pois, a partir da ruptura deste há uma transmutação dos direitos indisponíveis do empregado em créditos, na esteira do que expressa o art. 11 da CLT e o art. 7º, inciso XXIX da CF/1988, o que permite até mesmo a transação entre as partes em juízo ou fora dele. Portanto, havendo instrumento alternativo entre os canais de acesso ao sistema de justiça, que não se confunde com acesso à jurisdição, que, na verdade constitui-se em apenas um entre os vários outros disponíveis ao empregado na seara laboral, deve-se privilegiar os demais meios de pacificação dos conflitos individuais e coletivos de trabalho e não rechaçá-los como fez o juízo monocrático, porque de nada vale o discurso, corroborado pelo CPC/2015, se, diante dos casos concretos, na prática, o judiciário ao invés de acolhê-los, os afasta. *Preliminar acolhida.*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que são partes Banco BTG Pactual S.A. e Andre Henrique Buchheim, como recorrentes, e os Mesmos, como recorridos.

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença de Id. d50b026, replicada no Id. 2703Bcf, e integrada pela decisão de Id. D512bdc, replicada no Id. Cfda828, prolatadas pela magistrada ELETICIA MARINHO MENDES GOMES DA SILVA, da 42ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, o banco réu, e o autor, adesivamente, interpõem recursos ordinários, respectivamente nos Ids. dca6d9b e c652c9a.

O réu, em seu recurso, formula os seguintes tópicos:

Em preliminar:

- a) Nulidade da sentença por cerceio de defesa;
- b) Convenção de arbitragem.

No mérito:

- a) Acordo de não competição – Cláusula de não concorrência;
- b) Pré-contratação de horas extras;
- c) Horas extras;
- d) Participação nos lucros e resultados.

O autor, por sua vez, em seu recurso adesivo, formula os seguintes tópicos:

- a) Intervalo intrajornada;
- b) Trabalho em domingos e feriados;
- c) Indenização pela perda de uma chance;
- d) Assédio moral;

Contrarrazões do autor no Id. 42E7fd6, e do banco réu no Id. 6ca4cd7, sem preliminares.

Deixei de remeter os autos ao douto Ministério Público do Trabalho em razão de a hipótese não se enquadrar na previsão de sua intervenção legal (Lei Complementar nº 75/1993) e/ou das situações arroladas no Ofício PRT/1ª Região nº 214/13-GAB, de 11.03.2013.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

RECURSO DO RÉU

O recurso encontra-se tempestivo.

A parte está adequadamente representada.

Custas e depósito recursal devidamente recolhidos (Ids.cabae1 e 9eb54d1).

Não houve a ocorrência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer.

Conheço do recurso por preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

RECURSO ADESIVO DO AUTOR

O recurso encontra-se tempestivo.

A parte está adequadamente representada.

Custas pelo reclamado.

Não houve a ocorrência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer.

CONHEÇO do recurso por preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

MATÉRIA PRELIMINAR

RECURSO DO RECLAMADO

Preliminar de convenção de arbitragem quanto ao “acordo de não competição – Cláusula de não concorrência”

Alega o banco réu que essa Justiça Especializada não seria competente para apreciar o denominado “acordo de não competição/cláusula de não concorrência” em razão da existência de cláusula de arbitragem quanto a ele, prevista no contrato firmado entre as partes.

A magistrada sentenciante assim fundamentou acerca da questão:

“Rejeito a aplicação da cláusula de arbitragem invocada pela ré, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas aos quais não se aplica a arbitragem.”

Inicialmente, quanto ao tema, cumpre transcrever algumas considerações feitas por este Relator no artigo “*Aplicabilidade da Arbitragem nas Lides Individuais do Trabalho*”, de minha autoria. (Revista LTr: Legislação do trabalho; Volume: v. 80; Número: n. 1; Paginação: p. 56-62)

“Com o assoberbamento e exaurimento do Poder Judiciário como um dos canais preferenciais de acesso ao sistema de justiça, em uma sociedade conflituosa como a nossa, é natural que o legislador pátrio busque e incorpore as inovações processuais civis de outros sistemas jurídicos para o atendimento do mandamento constitucional da razoável duração do processo, de forma a, pelo menos, tentar reduzir a vergonhosa duração real de tramitação de nossos processos nas searas civis e trabalhista.

Como falar para um pai de família que seu processo trabalhista poderá durar até vinte anos, se o empregador se utilizar de todo instrumento recursal disponível e protelatório à disposição, na medida em que até o advento do novo Código de Processo Civil não existe capital de giro mais em conta que o passivo trabalhista?

Daí a imperativa necessidade de se criar meios alternativos, inovadores, ousados, de resolução de conflitos individuais e coletivos que provoquem uma mudança no presente estado de coisas na seara processual trabalhista, do modo a promover uma espécie de *turning point* (ponto de inflexão) no sistema atualmente vigente, no sentido de dar-lhe maior celeridade e eficácia.

Conceito

Alfredo Ruprecht afirma que ‘arbitragem é um meio de solução de conflitos pelo qual as partes, voluntária ou obrigatoriamente, levam suas dificuldades ante um terceiro, obrigando-se a cumprir o laudo que o árbitro ditar’.

Carlos Alberto Etala, por seu turno, conceitua arbitragem como ‘um procedimento de solução das lides de trabalho, mediante a qual as partes, de comum acordo, designam uma pessoa alheia a elas – o árbitro – para que resolvam em um prazo determinado as questões controvertidas que lhes submetem voluntariamente a sua decisão’.

Vemos, desta forma, que a arbitragem, diferentemente da mediação e da conciliação, impõe a presença de um árbitro, ou seja, um terceiro de livre escolha dos litigantes, que, de comum acordo, podem estabelecer até mesmo o direito ou os princípios gerais de direito para a solução da controvérsia.

O instituto da arbitragem apresenta-se como um dos mais importantes instrumentos de resolução de conflitos nos Estados Unidos da América, o qual opera diferentemente das formas do sistema legal das Cortes de justiça e das agências administrativas.

Vejamos, agora, de forma sucinta, que o instituto da arbitragem, desde seu advento entre nós, com a Lei nº 9.307/1996, vem gradualmente densificando sua importância e participação como forma de resolução de conflitos, em especial no Direito Coletivo do Trabalho, no qual foi erigido a instituto constitucional, no art. 114, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Porém, o que se busca neste pequeno espaço é o seu reconhecimento como instrumento competente, legítimo e cabível para a resolução de demandas individuais trabalhistas [...].

O desenvolvimento do instituto da arbitragem no Direito Brasileiro

É de reconhecimento geral e legal, da doutrina e da jurisprudência sobre a legitimidade, cabimento e competência do instituto da arbitragem para a resolução de conflitos coletivos de trabalho, após sua inserção no art. 114, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 114, § 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004)

Já em 2000, a Lei nº 10.101/2000 (Participação nos Lucros e Resultados das empresas), contemplava este instituto, em seu art. 4º:

‘Art. 4º Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:

I – mediação;

II – arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Redação dada ao inciso pela Lei nº 12.832, de 20.06.2013, DOU de 21.06.2013, com efeitos a partir de 01.01.2013)

§ 1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.

§ 2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes.

§ 3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes.

§ 4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.’

A Lei nº 11.442/2007 (lei do transporte rodoviário de cargas) também apresentou a seguinte inovação:

‘Art. 19. É facultado aos contratantes dirimir seus conflitos recorrendo à arbitragem.’

A Lei Complementar nº 75/1993, em seu artigo 84 também apresenta o instituto da arbitragem como um dos veículos de solução de conflitos de atribuição e competência do *Parquet* Laboral:

‘XI – atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho.’

A nova Lei dos Portos, Lei nº 12.815/2013, que revogou a Lei nº 8.630/1993, apresenta os artigos alusivos à arbitragem:

‘Art. 37. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35.

§ 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

§ 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes.

§ 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes, e o laudo arbitral proferido para solução da pendência constitui título executivo extrajudicial.

§ 4º As ações relativas aos créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra.’

Da mesma forma, as LC 123/2006 e LC 147/2014, também valorizaram o instituto da arbitragem, da conciliação e da mediação:

‘Da Conciliação Prévia, Mediação e Arbitragem

Art. 75. As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos.

§ 1º Serão reconhecidos de pleno direito os acordos celebrados no âmbito das comissões de conciliação prévia.

§ 2º O estímulo a que se refere o caput deste artigo compreenderá campanhas de divulgação, serviços de esclarecimento e tratamento diferenciado, simplificado e favorecido no tocante aos custos administrativos e honorários cobrados.’

O Estatuto da Defensoria Pública da União (LC 80/1994), também inseriu como funções institutos deste órgão federal, o instituto da arbitragem:

‘Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada ao inciso pela Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009, DOU 08.10.2009)

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada ao inciso pela Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009, DOU 08.10.2009)’

A Lei Pelé (Lei nº 9.615/2008), também recebeu inovações da Lei nº 12.395/2011, que acrescentou-lhe os seguintes artigos:

‘Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva.

Parágrafo único. A arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.’

Mais recentemente o novo CPC – Código de Processo Civil caminho na mesma direção, ao introduzir, em seu art. 3º:

‘Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

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

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

Observa-se que a própria Lei induz que os instrumentos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados em todas as suas fases, não apenas pelos agentes políticos encarregados do processo, como também por aqueles que participam da demanda.

E, ainda neste desenvolvimento, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, veio acrescentar alguns dispositivos à Lei nº 93.097/1996, bem como valorizar o papel dos árbitros, por meio de inovações legais, das quais citamos:

‘Art. 1º [...]

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.’ (NR)

‘DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.'

'CAPÍTULO IV-B

DA CARTA ARBITRAL

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.'

Com base neste breve retrospecto histórico não é difícil constatar que o instituto da arbitragem e o papel dos árbitros vêm sendo gradualmente valorizados em virtualmente todos os ramos do Direito e, é com fulcro neste fundamento que defendemos a plena aplicabilidade do instituto para a resolução de demandas individuais de trabalho.” (Revista LTr: Legislação do trabalho; Volume: v. 80; Número: n. 1; Paginação: p. 56-62).(grifei)

No mesmo sentido, da possibilidade de arbitragem envolvendo direitos trabalhistas, transcrevo os seguintes julgados, *in verbis*:

“ARBITRAGEM – TRANSAÇÃO ENVOLVENDO DIREITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS – POSSIBILIDADE – Arbitragem. Transação envolvendo direitos individuais trabalhistas. Possibilidade. A indisponibilidade dos direitos do empregado existe somente durante a vigência do contrato de trabalho, quando se presume encontrar-se o obreiro em uma situação de subordinação e dependência econômica que o impede de manifestar a sua vontade sem vícios. Findo o contrato de trabalho, esta indisponibilidade não mais existe, uma vez que o empregado já não se encontra subordinado ao empregador, nem também depende deste para a sua sobrevivência, estando, deste modo, em condições de livremente manifestar a sua vontade, o que inclusive possibilita a celebração de conciliação na Justiça do Trabalho, conforme dispõe o parágrafo único do art. 831 da CLT.” (TRT 5ª R. – RO 0001482-62.2013.5.05.0551 – 5ª T. – Rel. Des. Paulino Couto – DJe15.09.2014)

“ARBITRAGEM – HARMONIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO – ANÁLISE CASUÍSTICA – MATUREZA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Não se pode reputar apriorística e absolutamente incompatível com o Direito do Trabalho a eleição de entidade arbitral idônea, após a extinção contratual, como meio alternativo de solução do conflito surgido entre as partes. Obviamente, havendo indícios de vício de vontade, a decisão arbitral não impedirá a apreciação da demanda pelo Judiciário, sendo nula de pleno direito, por força do art. 9º da CLT. Caso contrário, seguro da higidez da vontade manifestada pelo empregado, o juiz do trabalho poderá lhe emprestar eficácia liberatória equivalente à quitação passada pelo

empregado perante a entidade sindical, ou seja, em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, à luz da Súmula nº 330 do TST e do art. 843 do Código Civil. Tudo isso porque a arbitragem não atinge a essência cogente dos direitos trabalhistas, que remanescem incólumes na pactuação e no transcurso da relação empregatícia, mas apenas os efeitos pecuniários de alguns deles, que já são, diuturnamente, transacionados na Justiça do Trabalho e nas Comissões de Conciliação Prévia, por exemplo, sendo certo que a indisponibilidade não depende da qualidade do terceiro que intermedia o acordo. Em suma, a Justiça do Trabalho tem a maturidade necessária para, encampando a terceira onda renovatória do processo, harmonizar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas com a arbitragem, coibindo, casuisticamente, eventuais abusos e fraudes, como sempre fez ao tutelar as diversas formas de conciliação, judicial e extrajudicial, que circundam as relações de trabalho. (TRT 3ª R., RO 01714200807503007 0171400-67.2008.5.03.0075, Relator: Convocada Gisele de Cassia Macedo, 5ª T., Data de Publicação: 08.06.2009)”

Trazendo a discussão para o direito comparado, tem-se que vários países, com avançadas legislações trabalhistas, já vem adotando e prestigiando a arbitragem em seus respectivos ordenamentos jurídicos, senão vejamos:

- a) Na Alemanha, o árbitro exerce função pública em instituições de natureza extrajudicial, os Contratos Coletivos de natureza jurídica são sujeitos a arbitragem. E os de âmbito geral são submetidos à livre negociação. Prevalece, na Alemanha, uma Comissão formada por trabalhadores ou por Delegados Judiciais que funcionam junto à Organização Interna da Empresa. (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38104/solucoes-alternativas-de-conflitos-a-arbitragem-aplicada-aos-dissidios-trabalhistas>)
- b) Na Espanha, a Lei nº 36/1998 define que por meio da Convenção arbitral as partes obrigam-se ao juízo arbitral, excluindo do Judiciário as questões submetidas ao árbitro. (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38104/solucoes-alternativas-de-conflitos-a-arbitragem-aplicada-aos-dissidios-trabalhistas>)
- c) Na França, a Convenção Coletiva ou o Acordo Coletivo de Trabalho pode prever um procedimento contratual de arbitragem (arts. L-525-1 a L-525-9 Cod. Trabalho). Assim, a arbitragem é um ato de vontade dos representantes das categorias. (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38104/solucoes-alternativas-de-conflitos-a-arbitragem-aplicada-aos-dissidios-trabalhistas>)
- d) Austrália e Nova Zelândia adotam o sistema arbitral compulsório. (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38104/solucoes-alternativas-de-conflitos-a-arbitragem-aplicada-aos-dissidios-trabalhistas>)

- e) No México a maior parte dos conflitos trabalhistas tem solução pela Junta de Conciliação e Arbitragem, que pertence ao Poder Executivo. Então, temos aqui uma arbitragem pública não exercida pelo Poder Judiciário, mas, sim, pelo Executivo. (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38104/solucoes-alternativas-de-conflitos-a-arbitragem-aplicada-aos-dissidios-trabalhistas>)
- f) No Chile, a arbitragem foi Instituída pela Lei nº 19.069/1991. A arbitragem é facultativa e pode ocorrer durante qualquer fase da negociação coletiva; obrigatória, no entanto, nos conflitos com greve em atividades essenciais. (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38104/solucoes-alternativas-de-conflitos-a-arbitragem-aplicada-aos-dissidios-trabalhistas>)
- g) Na Argentina, a arbitragem foi promovida pelo Ministério do Trabalho através da Lei nº 14.786/1958; após tentativa frustrada de mediação, o mediador convida as partes a que se submetam a uma arbitragem, tendo o laudo arbitral os mesmos efeitos das convenções coletivas. Existe, também, a equidade sobre conflitos como salário, condições de trabalho, que não sejam fixados por lei. (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38104/solucoes-alternativas-de-conflitos-a-arbitragem-aplicada-aos-dissidios-trabalhistas>)
- h) No Uruguai, reconhece-se a validade de cláusulas arbitrais desde o Tratado de Direito Processual de 1889. Posteriormente, o país foi o primeiro, entre os Membros do MERCOSUL, a ratificar os acordos internacionais relativos à arbitragem.

Em nosso país, o principal fundamento que embasa a posição contrária à aplicabilidade da arbitragem nas lides individuais de trabalho se relaciona ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que assim dispõe:

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

Assim, os defensores da não aplicabilidade do instituto da arbitragem nos dissídios individuais do trabalho fundamentam que, como os direitos trabalhistas são indisponíveis/irrenunciáveis, a eles não se poderia aplicar a arbitragem.

Por conseguinte, o argumento para justificar que os direitos trabalhistas são indisponíveis/irrenunciáveis tem fulcro na hipossuficiência/vulnerabilidade do trabalhador. E é exatamente por isso que o próprio TST, ainda que timidamente, já vem admitindo a arbitragem nos casos em que não se vislumbra esta hipossuficiência, deixando claro que tal indisponibilidade/irrenunciabilidade não é absoluta (AIRR 37500-70.2009.5.15.0090, Rel. Min. Caputo Bastos, Órgão Julgador: Quinta Turma, Data de publicação: 03.03.2017)

Fato é que nem todos os direitos trabalhistas são, a todo tempo, indisponíveis, pois, se assim o fossem, jamais poderiam ser objeto de transação ou mesmo de negociação coletiva de trabalho. Aliás, se todos os direitos gozassem de uma indisponibilidade absoluta intangível, haveria, certamente, um entrave à evolução da ordem jurídica e social. Na verdade, não há que se falar em indisponibilidade absoluta de qualquer direito em abstrato, pois é, no caso concreto, que o Judiciário vai aferir se aquele direito é ou não indisponível, analisando-o e ponderando-o com os demais direitos, princípios e normas presentes no ordenamento jurídico.

No caso em questão, a magistrada sentenciante afastou a cláusula de arbitragem prevista no contrato celebrado entre o autor e o réu utilizando como fundamentos a “inafastabilidade da jurisdição” e a “indisponibilidade dos direitos trabalhistas”.

Quanto à inafastabilidade da jurisdição, esta não é violada com a aplicação da arbitragem, pois o decidido pelo árbitro evidentemente poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário.

E, no que tange à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, se esta tem fulcro na hipossuficiência/vulnerabilidade do trabalhador, então, obviamente, não tem aplicabilidade no presente caso, eis que o autor era um alto executivo do banco réu, verdadeiro *alter ego* do empregador, possuidor do *brainpower* e expertise financeiro, com vultosos ganhos mensais (Ids. 44645Ef, b2e4b67, d852b66) e vasto conhecimento na área, razão pela qual não se vislumbra qualquer hipossuficiência/vulnerabilidade por parte dele, mas sim sua paridade com a parte adversa.

Aliás, é justamente no setor do conhecimento e da informação que a relação jurídica de dependência muitas vezes se inverte, ou seja, é o empregador que fica dependente ou refém do empregado dotado do expertise e neurônios privilegiados, que dá um diferencial ao seu negócio, proporcionando-lhe elevados ganhos financeiros, levando-o a celebrar pactos e aditivos para a manutenção de tais empregados laborando a seu favor.

Entendo também que os direitos indisponíveis do empregado se mantêm ao longo de todo o contrato de trabalho, pois, a partir da ruptura deste há uma transmutação dos direitos indisponíveis do empregado em créditos, na esteira do que expressa o art. 11 da CLT e o art. 7º, inciso XXIX da CF/1988, o que permite até mesmo a transação entre as partes em juízo ou fora dele.

Portanto, havendo instrumento alternativo entre os canais de acesso ao sistema de justiça, que não se confunde com acesso à jurisdição, que, na verdade constitui-se em apenas um entre os vários outros disponíveis ao empregado na seara laboral, deve-se privilegiar os demais meios de pacificação dos conflitos individuais e coletivos de trabalho e não rechaçá-los como fez o juízo

monocrático, porque de nada vale o discurso, corroborado pelo CPC/2015, se, diante dos casos concretos, na prática, o judiciário ao invés de acolhê-los, os afasta.

Por todo o exposto, reputo válida a cláusula compromissória 10.9.1 (pág. 69) firmada entre as partes para submeter questões relacionadas ao “acordo de não competição – cláusula de não concorrência” à arbitragem, e, por conseguinte, ACOLHO a preliminar arguida para reconhecer a incompetência desta Justiça Especializada para apreciar a questão antes de submetida ao Juízo arbitral, anulando-se a sentença na parte que julgou o “acordo de não competição – cláusula de não concorrência”, e extinguindo-se o pedido, sem resolução do mérito, com espeque no art. 485, VII do CPC.

Prejudicados os pedidos recursais contidos nos tópicos “Da Cláusula de Não Concorrência” (recurso réu) e “Da Perda da Chance e do Seu Caráter Subjetivo” (recurso do autor).

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Assim narrou o reclamado:

“O MM. Juízo de origem entendeu por, durante a audiência de instrução, acolher a contradita à testemunha da reclamada arguida pelo autor, sob os protestos da reclamada, mediante o fundamento de que a referida testemunha teria interesse na causa, por ter sido Diretor Estatutário da ré na época da prestação de serviços.”

Com base nos argumentos acima, argui o réu cerceio de defesa.

Decido.

Sem razão.

O mero exercício de cargo de confiança, por si só, não torna a testemunha suspeita. No entanto, no presente caso, a testemunha contraditada, ex-diretor estatutário do banco réu, e que possui ações deste no valor de aproximadamente 200 milhões de reais, evidentemente tem interesse na causa, se equiparando ao próprio empregador, sendo certo que eventual execução contra o réu pode, inclusive, se voltar contra tal testemunha. Em assim sendo, reputo ter agido com acerto o Juízo de primeiro grau em acolher a contradita.

Nesse sentido vem se posicionando o C. TST, *in verbis*:

“RECURSO DE REVISTA – CERCEAMENTO DE DEFESA – CONTRADITA DE TESTEMUNHA QUE EXERCE CARGO DE ALTA FIDÚCIA – GERENTE GERAL – PODERES DE MANDO E GESTÃO – SUSPEIÇÃO – O exercício de cargo de confiança, por si só, não torna suspeita a testemunha, por absoluta ausência de

previsão em lei. Entretanto, quando o Juiz verifica que a referida testemunha possui cargo de alta fidúcia, a se equiparar ao próprio empregador, por possuir amplos poderes de mando e gestão, resta caracterizada a suspeição prevista no art. 405, § 3º, IV, do CPC. Recurso de revista não conhecido. Quando a testemunha O exercício de cargo de confiança, por si só, não torna suspeita a testemunha, por absoluta ausência de previsão em lei. Entretanto, quando o Juiz verifica que a referida testemunha possui cargo de alta fidúcia, a se equiparar ao próprio empregador, por possuir amplos poderes de mando e gestão, resta caracterizada a suspeição prevista no art. 405, § 3º, IV, do CPC. Recurso de revista não conhecido.” (TST, RR 288-83.2012.5.03.0012, Ministro Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Órgão Julgador: 6ª Turma, Data de Publicação: 26.03.2014)

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO – NULIDADE PROCESSUAL – CONTRADITA DE TESTEMUNHA – GERENTE FINANCEIRO DA AGÊNCIA – PODERES DE MANDO E GESTÃO – SUSPEIÇÃO – O exercício de cargo de confiança, por si só, não torna suspeita a testemunha, por absoluta ausência de previsão em lei. Entretanto, quando o Juiz verifica que a referida testemunha tem interesse na solução da lide, como nos casos em que se equipara ao próprio empregador, por possuir amplos poderes de mando e gestão, resta caracterizada a suspeição prevista no art. 405, § 3º, IV, do CPC. No caso, o eg. Tribunal Regional registra que a testemunha apresentada pelo reclamado exercia o cargo de Gerente Financeiro da Região de Porto Alegre, com maior fidúcia do que os empregados de maior escalão que trabalham em agências bancárias, notadamente gerentes administrativos e gerais, condição que acentua os poderes nos quais o empregado é investido e denota o seu interesse no litígio. Recurso de revista não conhecido. (-)” (Processo: ARR 1220-81.2011.5.04.0302, Data de Julgamento: 06.11.2013, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08.11.2013)

“CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE TESTEMUNHA SUSPEITA – Não configura cerceamento de defesa o indeferimento da oitiva de testemunha que possui interesse, ainda que mediato, na solução do litígio. Na hipótese dos autos, é fato incontroverso que a testemunha era supervisor de controle do desenvolvimento e custo do produto, tendo a Corte de origem consignado, ainda, que a referida testemunha, ouvida como informante, – admitiu exercer cargo de confiança, com autonomia (mesmo que limitada) para contratação e dispensa de empregados, possuindo poderes para negociar contratos em nome da empresa –, resultando claro o seu interesse no deslinde da reclamatória. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (-)” (Processo: AIRR 111540-02.2008.5.03.0087, Data de Julgamento: 16.10.2013, Relator Desembargador Convocado: José Maria Quadros de Alencar, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18.10.2013)

“RECURSO DE REVISTA – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – ACOLHIMENTO DE CONTRADITA DA TESTEMUNHA INDICADA PELA RECLAMADA – OCUPANTE DE CARGO DE CONFIANÇA COM ALTO GRAU DE FIDÚCIA – Não há cerceamento do direito de defesa quando se acolhe a contradita da testemunha por ocupar cargo de confiança

com alto grau de fidúcia. Precedentes. Recurso de revista a que não se conhece. (-).” (Processo: RR 655-21.2010.5.04.0022, Data de Julgamento: 10.04.2013, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12.04.2013)

Rejeito.

MÉRITO

RECURSO DO RÉU

HORAS EXTRAS (E PRÉ-CONTRATAÇÃO)

Assim decidiu o Juízo de primeiro grau acerca da questão:

“Alega a parte autora que laborava em média, das 09hs às 20hs, com intervalo de 30 minutos para alimentação, de segunda à sexta-feira, bem como em todos os feriados nacionais, estaduais e municipais (à exceção do natal – 25/12, congregação universal – 01/01 e na semana santa), razão pela qual tais dias deverão ser remunerados com adicional de 100%.

Postula, ainda a concessão integral do intervalo para refeição, o período de 1 hora diária é igualmente devido.

Aduz, ainda que aos domingos, o reclamante teria que verificar a abertura dos mercados financeiros na Oceania e Ásia, cujo fuso horário de aproximadamente 12 horas a frente do horário brasileiro, razão pela qual realizava serviços em sua residência, através de sistema de informática disponibilizado pela reclamada, oportunidade nas quais trabalhava, em média, das 19:00hs às 22:00hs, sem intervalo para refeição, sendo devido este período com adicional de 100%.

Com efeito, alegou o reclamante que até setembro de 2009, a ré quitava horas extras de forma fixa e pré-contratada, conforme se denota da cópia da CTPS na página de anotações de salários sob o ID 4830020 – Pág. 02, o que é vedado pelo disposto na Súmula 199, item I, do C. TST, razão pela qual postula a incorporação das horas extras pré-contratadas ao salário do autor e, por conseguinte, serem pagas as horas extras realizadas acima da 8ª diária e/ou 44ª semanal com a nova base de cálculo.

Alegou, ainda, que após setembro/2009, a ré suprimiu o pagamento das horas extras, inclusive as fixas, razão pela qual desde então o labor extraordinário jamais foi remunerado, apesar da manutenção da jornada de trabalho, razão pela qual postula as horas extras trabalhadas acima da 8ª diária e/ou 44ª semanal.

Em defesa, a reclamada alegou que o Reclamante ocupava cargo de elevada posição hierárquica na ré, não se submetendo, por esta razão, a qualquer controle de horário, sendo aplicável, no caso, o art. 62, II, da CLT, tendo em vista que o autor ocupou cargo como ‘Director’ (no Brasil o equivalente a Vice-Presidente), exercendo até o final do seu contrato a posição de Trader.

Aduz ainda que as funções desempenhadas pelo autor eram de altíssima fidúcia, em razão das complexas operações financeiras, valores vultosos envolvidos e sigilosas estratégias mantidas por estes profissionais, que podem gerar perdas ou ganhos em cifras milionárias, em razão disso, o reclamante era isento de qualquer tipo de controle de horário, seja escrito e/ou visual.

Com efeito, alega que o autor possuía liberdade para administrar seu tempo de trabalho dentro das necessidades e em alinhamento com os fusos horários de outros países, tudo para que pudesse ‘operar’ de forma adequada, podendo, obviamente, controlar completamente seus horários de almoço e de descanso. No que tange aos feriados, a reclamada aduz que o autor trabalhava em mercados internacionais e, por conta disto, tinha que se adequar as aberturas de tais mercados, combinando os dias de feriados, bem como, por outro lado, em outras ocasiões gozava de folgas, especialmente nos feriados dos Estados Unidos da América.

Alega, ainda que recebia determinada parcela denominada “horas extras”, sendo certo que a última anotação ocorreu em 01/09/2008 pela empresa anterior (pertencente a outro grupo econômico – GRUPO UBS – de origem estrangeira), o que estaria prescrito. Tendo em vista o depoimento pessoal do preposto da reclamada que confessou que foram pré-contratadas as horas extras pela 1ª empregadora do autor.

Assim, entendo aplicável no presente caso a Súmula nº 199 do C. TST, a saber: TST Enunciado nº 199 – Res. 5/1985, DJ 10.05.1985. – Nova redação – Res. 41/1995, DJ 17.02.1995 – Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 48 e 63 da SBDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 Serviço Suplementar – Bancário – Pré-Contratação de Horas Extras – A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento), as quais não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário. (ex-Súmula nº 199 – alterada pela Res. 41/1995, DJ 21.02.1995 – e ex-OJ 48 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996)

I – Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas. (ex-OJ 63 da SBDI-1 – inserida em 14.03.1994).

Destarte, ante o teor do depoimento pessoal do preposto da reclamada de que foram pré-contratadas as horas extras pela 1ª empregadora do autor, verifico, assim, que os valores pagos pela acionada a título de horas extraordinárias apenas remuneravam as jornadas normais de trabalho do reclamante (oito horas diárias), sendo devido o pagamento a partir da oitava hora laborada, com o adicional de labor suplementar, observados os períodos imprescritos.

Outrossim, em relação a jornada de trabalho, o depoimento do reclamante informou que: “que laborava de 9h as 20h, com 30min de intervalo, de segunda a sexta; que todos os domingos laborava de 19h as 22h através de sistema remoto de sua residência; que laborava em todos os feriados nacionais com exceção da Páscoa (sexta-feira da paixão), natal; que nos feriados laborava de 09h as 20h com 30 min de intervalo; que não recebia pagamento em dobro ou folga com-

pensatória; que na contratação já foi ajustado a pré-contratação de horas extras; que após 30min/1h da compra e venda de ações tinha que registrar no sistema da ré para controle da reclamada; que nos feriados laborava na sede da ré.”

Em seu depoimento o preposto informou:

“o autor era gestor; que havia outras pessoas na equipe do autor que tinham qualificação inferior a dele mas o autor não as chefiava; que não sabe a qual cargo o autor estava subordinado, mas era ao Sr. Emanuel; que há sistema de risco no qual devem ser cadastradas as ações a serem compradas ou vendidas; que não há aprovação ou reprovação pelo sistema; que a decisão cabia ao reclamante; que não sabe a média de valores geridos pelo autor por dia; que o autor laborava de 09h as 20h, de segunda a sexta com 1h de intervalo; que o autor não laborava aos domingos; que foram pré-contratadas as horas extras pela 1ª empregadora do autor.

Entretanto, a prova oral demonstrou que o autor não tinha poderes para admitir, punir, ou demitir funcionários, o que denota que o autor, apesar do cargo de direção, não possuía autonomia ou poder de mando e gestão na reclamada, não havendo possibilidade de enquadrá-lo na hipótese do art. 62, II, da CLT.

Assim, o preposto da reclamada confessou em seu depoimento que apesar do autor ser gestor e que inclusive havia outras pessoas na equipe do autor que tinham qualificação inferior à dele, sem que fossem chefiadas pelo reclamante, bem como não soube esclarecer a qual cargo o autor estava subordinado, mas era ao Sr. Emanuel, o que demonstra que apesar do cargo de direção, não possuía autonomia ou poder de mando e gestão na reclamada.

Ante a ausência de cartões de ponto e da não comprovação da função de mando e gestão do art. 62, II da CLT, fixo a jornada de trabalho do autor, conforme depoimento pessoal do preposto da reclamada, nos limites da causa de pedir: de segunda a sexta, de 09:00h às 20:00h, com 1 hora de intervalo.

Julgo, portanto, procedente o pedido de declaração de nulidade da pré-contratação de horas extraordinárias, na forma da Súmula nº 199, do C. TST, observados os períodos imprescritos e, por conseguinte, o pagamento, como extraordinárias, acima da oitava hora trabalhada.

Defiro, portanto, as horas excedentes a 8ª diária e 44ª semanal, acrescidas de 50%, não se computando na apuração do módulo diário, as horas já computadas na apuração do módulo semanal.

Defiro, ainda, o reflexo das horas extras nas parcelas de repouso semanal remunerado, 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio, e FGTS + 40%.

Incabível adicional de 100% para os domingos e feriados por não comprovados o labor nesses dias.

Somente deverão ser computados, no cálculo das horas extraordinárias, os dias efetivamente trabalhados, desconsiderados os períodos de férias, suspensão contratual, faltas ao serviço e demais ausências da parte autora.

Para efeitos de reflexos nas verbas trabalhistas, deverá ser observado o número de horas efetivamente prestadas e a ele deverá ser aplicado o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas.

Neste sentido a Súmula nº 347 do E. TST. Ressalto que a repercussão das horas extraordinárias em relação ao repouso semanal remunerado deve se dar tanto com relação ao trabalho extraordinário já quitado, quanto àquele ora deferido. Neste sentido, a Súmula nº 172 do C. TST.

Os repousos semanais remunerados acrescidos de horas extras não geram integrações nas demais parcelas salariais, uma vez que tal procedimento gera bis in idem, vedado pela legislação pátria.

Para o cálculo das horas extraordinárias deverão ser consideradas todas as verbas de natureza salarial, habitualmente pagas durante o pacto laboral e o divisor 220. Neste sentido a Súmula nº 264 do E. TST.”

Irresignado, recorre o réu aduzindo, em síntese, o seguinte:

“O d. juízo *a quo* entendeu que a preposta da recorrente confessou que foram pré-contratadas (sic) as horas extras, procedimento vedado pelo disposto na Súmula nº 199, item I, do C. TST, razão pela qual entendeu que os valores pagos pela recorrente a título de horas extraordinárias apenas remuneravam as jornadas normais de trabalho do recorrido.

O fundamento para a condenação foi a anotação que consta na CTPS do autor (ID 4830020 – Pág. 01) de pagamento de ‘salário’ mais ‘hora extra’, a partir de 01.09.2003.

Ora, considerando-se que o recorrido foi admitido em 11.08.2003, não se pode cogitar de pré-contratação de horas extras, pois a anotação da carteira faz referência ao mês de setembro, posterior a contratação.

Não está tipificada, pois, a pré-contratação, como previsto na Súmula nº 199. Por outro lado, a referida anotação somente perdura até 01.09.2008 (ID 4830020 – Pág. 2). O próximo lançamento na CTPS do recorrido, em de setembro de 2009 não traz nenhuma anotação de pagamento de salário + hora extra.

[...]

A r. sentença guerreada deferiu o pagamento de horas extras além da oitava diária afastando, por completo, o exercício de cargo de confiança pelo Recorrido ao fundamento de que o recorrido não possuía poderes para admitir, punir ou demitir funcionários. Equivocado o entendimento esposado pela r. sentença.

Isto porque, não há a menor dúvida que durante todo o período imprescrito o recorrido ocupou cargos de altíssimo escalão, atuando como Trader da área de IB-Equity Trading, como ‘Director’ da instituição (no Brasil o equivalente a Vice-Presidente), exercendo até o final do seu contrato a posição de Trader. Esta atividade é de altíssima fidúcia, em razão das complexas operações financeiras, valores vultosos envolvidos e sigilosas estratégias mantidas por estes profissionais, que podem gerar perdas ou ganhos em cifras milionárias.

O próprio d. juízo *a quo* reconheceu que o cargo de direção do autor, contudo alegou não ser possível enquadrá-lo na hipótese do art. 62, II da CLT pelo fato do recorrido não possuir empregados a ele subordinados.”

Decido.

Sem razão.

Assim dispõe o art. 62, II da CLT, *in verbis*:

“Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I – [...]

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)” (grifei)

Sobre o tema, Gustavo Filipe Barbosa Garcia assim leciona:

“[...] Assim, para ser gerente o empregado deve ter poderes para representar o empregador, na tomada de decisões de grande relevância para a empresa, como admitir e dispensar empregados, aplicar penalidades disciplinares, efetuar compras e transações em nome da empresa. Evidentemente, para que se possa considerar o empregado como gerente, este também deve ter subordinados, a quem são passadas determinações e diretrizes a serem cumpridas.”

Além disso, não há como se aplicar a excepcional regra em questão quanto o empregado, ainda que se alegue ser “gerente”, tenha a sua jornada de trabalho controlada pelo empregador.” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Ed. Forense, São Paulo: 2014. p. 892)

Vólia Bomfim Cassar, por sua vez, assim esclarece sobre a matéria, *in verbis*:

“O principal poder do empregador é o de gerir a empresa com autonomia bem como o de disciplinar seus empregados. Desta forma, aquele empregado que tiver como função a de gestão da empresa, do setor ou filial, com total autonomia, é um alto empregado incluído no art. 62 da CLT, excluído do capítulo em estudo.”

E prossegue:

“Se insere no conceito de ‘gerente’ à luz do art. 62, II da CLT ‘os empregados com um ou mais dos poderes a seguir: atribuições de gestão, mando, fiscalização, podendo admitir, demitir, emitir cheques, efetuar compras, contratar, dis-tratar, representar o empregador perante credores, devedores, clientes, reparti-ções públicas, através de mandato outorgado pelo empregador ou não, podendo ter ou não subordinados’.

[...]

Atos deste tipo de empregado podem ocasionar enormes prejuízos, mas jamais colocam em risco a atividade do empregador e a sua existência” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 12. ed. Ed. Método, São Paulo: 2016. p. 661)

Pois bem.

No caso *sub examine*, a despeito de as provas dos autos apontarem no sentido de que o autor era um alto executivo do banco réu, diretamente subordinado ao Diretor Vice-Presidente da Cia (Id. f5160a1), não houve a comprovação do exercício dos poderes de gestão de que trata a exceção do art. 62, II da CLT, eis que, como bem fundamentou a magistrada sentenciante “a prova oral demonstrou que o autor não tinha poderes para admitir, punir, ou demitir funcionários, o que denota que o autor, apesar do cargo de direção, não possuía autonomia ou poder de mando e gestão na reclamada, não havendo possibilidade de enquadrá-lo na hipótese do art. 62, II, da CLT”.

Com relação à alegação acerca da pré-contratação de horas extras, constata-se que esta beira a falta da dialeticidade recursal, eis que, ao contrário do afirmado pelo banco recorrente, o Juízo de primeiro grau não a reconheceu com base apenas nas anotações na CTPS do autor, mas com base, principalmente, no depoimento do próprio preposto do réu, que confessou a pré-contratação sem fazer qualquer ressalva quanto ao período, dando a entender que se deu desde a admissão do autor.

Aliás, o referido depoimento vai ao encontro do que consta no próprio documento mencionado pelo réu (CTPS – Id. 4830020) na medida em que consta dele, como data de admissão, 01.09.2003, e já com a pré-contratação de horas extras, contrariando a versão do réu de que a admissão e a pré-contratação se deram em momentos distintos.

Nego Provimto.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS

O Juízo *a quo* assim decidiu acerca do tema:

“A participação nos lucros ou resultados (art. 7º, XI, da Constituição Federal vigente) se constitui em instrumento de integração entre capital e trabalho, bem como um incentivo à produtividade (Lei nº 10.101, de 2000). A apuração do seu valor está relacionada com o resultado obtido pela empresa em decorrência do trabalho desenvolvido por todos os seus empregados em um determinado ano.

Alega o autor que a reclamada não quitou o pagamento da PLR referente aos anos de 2008 (vencimento em 2009) e 2011 (vencimento em 2012) e proporcional (7/12) do ano de 2012.

Em defesa, aduziu a ré que a fixação dos direitos à participação de metas (PLR) estão previstas nos acordos coletivos regularmente firmados com o Sindicato Profissional, sob os ID ec55574, ID 87b5bde e ID c1403bf.

Com efeito, alegou que a vontade das partes quanto à determinada matéria há de prevalecer, não só pela observância daquilo que foi livremente pactuado como pela possibilidade de fazer-se letra morta o dispositivo constitucional que a resguarda e que o recebimento da PLR se vincula diretamente com a avaliação individual de cada pessoa.

Aduz, ainda que em relação ao pleito do pagamento proporcional de 7/12 avos do ano de 2012 a cláusula décima primeira do acordo coletivo prevê que o pagamento da PLR proporcional é uma faculdade da Reclamada.

Com efeito, em seu depoimento pessoal, confessou o preposto da reclamada que o pagamento não ocorreu nos anos de 2008 e de 2011, bem como não soube especificar os quesitos e quantitativos da análise de tal performance dizendo que: ‘o autor não recebeu a PLR referente aos anos de 2008 e 2011 por não ter atingido a performance segundo avaliação do Sr. Emanuel, dentre outros; que não sabe especificar os quesitos e quantitativos da análise de tal performance’.

Destarte à luz do que preceitua o art. 843, § 1º da CLT e art. 385, § 1º do NCPC, aplico a *facta confessio* à ré quanto aos fatos desconhecidos pelo preposto, reputando a recusa a depor, presumindo verdadeiros os fatos narrados na petição inicial.

Outrossim, a teor do disposto no art. 818 da CLT c/c art. 373, II e III, do NCPC, incumbiria à ré comprovar os alegados fatos obstativos ao direito do autor ao recebimento da PLR, mormente ante o princípio da aptidão probatória; não tendo a reclamada, contudo, se desincumbido de seu ônus probatório.

Destarte, faz jus o autor ao recebimento da parcela de forma proporcional do PLR relativo ao ano de 2012, na esteira do entendimento consagrado pelo C. TST:

‘OJ-SDI1-390. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (DeJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010) Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.’ (grifo nosso).

Defiro, portanto, o pagamento da PLR ao autor referente ao ano de 2008, observado o período imprescrito, bem como referente ao ano de 2011 e proporcional aos meses trabalhados, no importe de 06/12 referente ao ano de 2012.”

Não concordando com a decisão *supra*, recorre o réu alegando, em síntese, o seguinte:

“A r. sentença recorrida condenou o recorrente a PLR referente aos anos de 2008, 2011 e proporcional ao ano de 2012, sob alegação de que houve confissão da preposta quanto ao desconhecimento dos quesitos e quantitativos da análise da performance do autor e não comprovação dos fatos obstativos ao direito do autor.

Com a devida vênia, necessária a reforma da r. decisão no particular, na medida em que a recorrente demonstrou documentalmente que o recorrido não atingiu a performance necessária nos anos de 2008 e 2011 para receber valores de PLR.

Inicialmente, no que se refere à confissão ficta da preposta da recorrente, necessário ressaltar que a confissão ficta gera apenas presunção relativa de veracidade, podendo ser afastada por prova em contrário existente nos autos. Ou seja, deve ser avaliada em consonância com todos os elementos de convencimento constantes dos autos.

Quanto a este aspecto, ressalte-se que a recorrente demonstrou, através da juntada das normas coletivas que vigoraram em 2007 e 2008 e 2011 e 2012 (documentos de IDs ec55574, 87b5bde e c1403bf) as regras que se referem a fixação dos direitos à participação de metas e os critérios para pagamento, indicadas nos Anexos I e II das respectivas normas, a saber:

[...]

Percebe-se, portanto, que são diversos critérios, inclusive de avaliação geral do empregado, sendo certo que, a depender da performance coletiva, mais também individual, o empregado ou executivo pode ou não receber a PLR, pois há vinculação direta com a avaliação individual de cada pessoa. Outrossim, o documento de ID a7e37bd, demonstra que o recorrido não atingiu a performance necessária no ano de 2011, conforme afirmado pela preposta em seu depoimento pessoal.

No que se refere ao ano de 2008, o balanço patrimonial juntado aos autos pelo próprio recorrido (ID 4830312) demonstram que não foram alcançados o índice de lucratividade previsto no anexo I da norma coletiva que vigorou em 2007 e 2008 (com validade/prorrogação para dois anos), juntada aos autos através de ID 87b5bde.

No que se refere ao pagamento proporcional de 7/12 avos do ano de 2012, cumpre ao Banco Reclamado invocar a cláusula décima primeira do acordo coletivo, na medida em que restou convencionado entre as partes que o pagamento da PLR proporcional é uma faculdade do Banco Reclamado. Evidentemente, esta negociação coletiva e a respectiva cláusula devem ser respeitadas, considerado a teoria do conglobamento, pois, em outras situações negociadas, os empregados obtiveram vantagens compensatórias, como ocorrem nas negociações entre as classes profissionais e empresariais.”

Decido.

Sem razão.

Quanto à Participação nos Lucros referentes a 2011, cumpre ressaltar que o documento mencionado pela ré (avaliação do autor – Id. A7e37bd) foi produzido unilateralmente por ela, motivo pelo qual o considero apócrifo.

Ainda que assim não fosse, da leitura dos acordos coletivos mencionados pela ré (em especial da cláusula 3.2 – p. 510) abstrai-se que a avaliação do empregado influencia apenas no fator multiplicador da participação nos lucros, e não na percepção ou não desta, de modo que ainda que o reclamante não tenha tido uma avaliação satisfatória do réu (doc. Id. a7e37bd) no período de 2011, ele faria jus à participação nos lucros, sem se aplicar, contudo, os fatores multiplicadores.

No que concerne ao período 2008, insta esclarecer que do documento mencionado pelo réu (balanço patrimonial – Id. 4830312) não há como se aferir se foi ou não cumprido o requisito constante da cláusula 1 do anexo 1 do Acordo de Participação nos Lucros referentes a 2007 (p. 520).

Por fim, quanto ao pagamento proporcional referente a 2012, correta a magistrada sentenciante em aplicar a inteligência da OJ 390 da SDI-1 do TST.

Dessarte, em consonância com a fundamentação supra, NEGO PROVIMENTO.

RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

INTERVALO INTRAJORNADA E TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS

O Juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos autorais concernentes ao intervalo intrajornada e ao trabalho realizados em domingos e feriados, fundamentando da seguinte forma:

“Incabível adicional de 100% para os domingos e feriados por não comprovados o labor nesses dias.

[...]

Considerando que a parte autora fruía 1 hora de intervalo intrajornada, não restou constatada transgressão ao art. 71 da CLT, razão pela qual julgo improcedente o pedido.”

Em seu recurso ordinário adesivo, o autor alega o seguinte:

“*Data venia*, equivocadamente o D. Juízo de Piso ao julgar improcedentes os pedidos de pagamento do intervalo intra-jornada (sic) e trabalho em domingos e feriados por entender que caberia ao obreiro fazer a prova das suas alegações.

Com efeito, a r. decisão de piso deferiu o pedido de pagamento de horas extras por entender que o reclamante não estava incurso na exceção do art. 62, II, da CLT, sendo certo que a jornada foi estabelecida conforme os parâmetros traçados no r. *decisum* recorrido 'Ante a ausência de cartões de ponto e da não comprovação da função de mando e gestão do art. 62, II da CLT', (grifamos) conforme se afere de ID 2703bcf – Pág. 7.

Todavia, ao apreciar os pedidos de pagamento de intervalo intrajornada e também de trabalho em domingos e feriados, o MM. Juízo de Piso entendeu que o autor não comprovou o labor nestas oportunidades, razão pela qual os julgou improcedentes.

Ao apreciar os declaratórios opostos pelo ora recorrente, o MM. Juízo de Piso complementou as razões de decidir afirmando que 'a circunstância de não terem sido juntados os cartões de ponto por si só não implica o acolhimento da jornada da inicial, mormente quando há fundada alegação de cargo de gestão, mesmo que ao final seja afastada a configuração de tal cargo em juízo'.

Permissa venia, tal fundamentação colide frontalmente com o disposto na Súmula nº 338, do C. TST, visto que o empregador que opta por enquadrar seu empregado no art. 62, II, da CLT, assume os riscos processuais da não juntada dos cartões de ponto na hipótese de ser afastada tal excludente legal.

Com efeito, os cartões de ponto se prestam justamente para consignação dos horários de entrada, saída, intervalo (ainda que pré-assinalado) e dos dias efetivamente laborados (inclusive sábados e domingos).

Portanto, a sua não apresentação leva ao reconhecimento dos fatos lançados na exordial, no tocante à supressão da pausa intervalar e o labor em dias destinados ao repouso. A jurisprudência não discrepa:

[...]

Pelo exposto, é que se requer o provimento do presente apelo para que sejam julgados procedentes os pedidos de pagamento de intervalo intrajornada (sic) e de trabalho em domingos e feriados."

Decido.

Com razão.

Não tendo sido o autor enquadrado na exceção do art. 62, II da CLT, e, não tendo o réu trazido aos autos os controles de frequência, deve-se presumir a jornada declinada na exordial como verdadeira, na forma do item I da Súmula nº 338, do TST. Lado outro, não trouxe o réu qualquer prova apta a ilidir tal presunção.

Logo, faz jus o reclamante ao pagamento das horas extras laboradas aos domingos e feriados, bem como ao pagamento de 1 hora/dia de intervalo intrajornada, na forma requerida na inicial.

Dou provimento ao recurso, no aspecto, para condenar o réu ao pagamento das horas extras laboradas aos domingos e feriados, bem como ao pagamento de 1h/dia de intervalo intrajornada, na forma da Súmula nº 437, I do TST, tudo a ser apurado em oportuna e regular liquidação de sentença.

Para as horas extras laboradas em domingos e feriados, deverá ser observado o disposto na Súmula nº 146 do C. TST c/c art. 9º da Lei nº 605/1949.

ASSÉDIO MORAL

Pretende o recorrente a reforma da sentença para que o réu seja condenado ao pagamento de uma indenização em virtude de Assédio Moral.

Em suas razões de recurso, assim aduz o reclamante:

“Ao longo do pacto laborativo, mais precisamente a partir do ano de 2011, o reclamante foi verdadeiramente assediado pela ré, sem qualquer razão legal, para que apresentasse suas declarações de imposto de renda, o que viola o seu direito constitucional de sigilo fiscal e até mesmo a sua intimidade.

Tal fato, aliás, é incontroverso, não tendo a ré negado tal cobrança.

Não exercia o reclamante qualquer cargo que exigisse, do ponto de vista legal, a apresentação de tais documentos. Portanto, a insistente cobrança de apresentação das suas declarações de renda afiguram-se verdadeira invasão à privacidade do empregado, ensejando o pagamento de indenização correspondente ao dano moral sofrido.”

Fundamentação: (ID 6132659) O Juízo *a quo* julgou improcedente referido pedido sob a seguinte

“Tem-se, portanto, que o assédio moral, também conhecido como *mobbing*, se caracteriza por uma conduta reiterada, de violência psicológica, desestabilizando e prejudicando o equilíbrio psíquico e emocional do empregado, com atitudes de perseguição, indiferença ou discriminação, deteriorando o meio ambiente de trabalho, podendo resultar em enfermidades graves como a depressão.

Outrossim, o reclamante informou que não houve ameaça formal de demissão, contudo se sentia constrangido e ameaçado com tal cobrança, pois seria dito que ele estava com pendência.

Verifica-se, portanto, que os fatos aduzidos pelo autor não se configuram em assédio moral, tendo em vista que o pedido de entrega de declaração de imposto de renda ou de assinatura de documentos, por si só, acarretam lesão a direitos extrapatrimoniais como honra e imagem, razão pela qual julgo improcedente o pleito.”

Decido.

Sem razão o apelante.

Em linhas preliminares, convém esclarecer que assédio moral, no ambiente de trabalho, é identificado como toda a conduta (comissiva ou omissiva), praticada por qualquer pessoa inserida na atividade econômica desenvolvida pelo empregador, independentemente de sua posição hierárquica, com escopo de constranger determinado funcionário, acarretando-lhe prejuízos morais e até materiais.

Nesse sentido, convém transcrever a seguinte lição de Alice Monteiro de Barros sobre o tema:

“Inicialmente, os doutrinadores definiam o assédio moral como ‘a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e frequente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, com quem mantêm uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego’.

‘O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Hoje é sabido que esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também o contrário, e mesmo entre colegas de trabalho, com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. O assédio moral não se confunde com outros conflitos, que são esporádicos, nem mesmo com más condições de trabalho, pois pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima’” (*Curso de direito do trabalho*, p. 872).

A gravidade do assédio moral, no entanto, reside na cruel maquiagem das lesões provocadas. O sofrimento é progressivo, embora muitas vezes lento, fazendo com o que a própria vítima se sinta culpada pela situação constrangedora por qual é obrigada a conviver. Isoladamente, são fatos até irrelevantes, mas a sua reiteração, sistemática, perversa e intencional, desestrutura emocionalmente qualquer ser humano médio.

Vale dizer que o empregador deve responder pelo adequado ambiente de trabalho, e isso não se restringe às condições materiais do ambiente, mas também quanto às condições “invisíveis”, nos termos do art. 932, III, do Código Civil, de aplicação subsidiária ao Direito Laboral.

Não se olvide, também, que o assédio moral, por vezes, decorre de autorização tácita do empregador, que ao se deparar com uma imediata majoração de seus lucros, estimula tais práticas abomináveis. Nesse caso, a responsabilização do empregador deve ser direta.

É nesse sentido que o Poder Judiciário, examinando tais questões, deve desestimular gestões organizacionais imbuídas desse espírito. Nessa linha de raciocínio, Marie-France Hirigoyen destaca que “as empresas são complacentes em relação aos abusos de certos indivíduos desde que isso possa gerar lucros e não dar motivos a um excesso de revolta” (HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. p. 101. In: Aguiar, André Luiz Souza. *Assédio moral: o direito à indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 73).

Na verdade, o comportamento abusivo, repetitivo, que esgota a capacidade do trabalhador, provoca danos, também, aos detentores dos meios de produção. Com a propagação da prática do assédio moral, de forma progressiva, a mão de obra, de uma forma geral, torna-se cada vez mais subestimada, desestimulada e com sua capacidade produtiva comprometida, traduzindo, a longo prazo, prejuízos inestimáveis àqueles que só veem a imediatidade do lucro.

Vale ressaltar que o assédio moral, entretanto, não está atrelado ao intuito lucrativo da empresa, apenas, e deve ser igualmente punido, em casos de simples caprichos de superiores hierárquicos ou prepostos, por exemplo.

Feitas essas ressalvas, e destacando-se que o que se visa reparar, de fato, são as lesões decorrentes do assédio moral, há que se esclarecer também a atribuição da responsabilidade pela indenização desses prejuízos.

Assim, para a efetiva caracterização do dano moral individual no Direito do Trabalho, é necessário que estejam presentes todos os elementos exigidos pelo ordenamento jurídico a fim de que se realizem, concretamente, os efeitos desejados contra o lesante.

A caracterização do direito à reparação do dano moral trabalhista depende, no plano fático, da concordância dos seguintes elementos: a) o impulso do agente (ação ou omissão); b) o resultado lesivo, *i.e.*, o dano; c) o nexo etiológico ou de causalidade entre o dano e a ação alheia; d) o ato ilícito (art. 186 do Código Civil) ou abusivo (art. 187 do Código Civil) do empregador ou seu representante.

De acordo com Fernanda Orsi Baltrunas Doretto, “o nexo de causalidade é o liame que une a conduta do agente ao dano experimentado pela vítima. Desse modo, o nexo de causalidade corresponde a um pressuposto essencial para que se proceda à reparação civil, vez que se mostra indispensável, ainda que se trate de responsabilidade objetiva” (DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. *Dano moral coletivo*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. p. 21).

Portanto, o dano moral individual, na seara trabalhista, tem natureza subjetiva. A sua caracterização no mundo dos fatos não prescinde de elementos vinculados ao sofrimento do lesado, tais como a dor moral, a humilhação, a vergonha, o constrangimento, enfim, todos os fatos ou atos que efetivamente tenham proporcionado uma lesão na alma ou no espírito do ofendido.

Dessa forma, o dano moral individual, por seu caráter subjetivo, leva em consideração a culpabilidade do ofensor, em seus desdobramentos de negligência ou imprudência, e escora-se no art. 186 do Código Civil Brasileiro e no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 5º [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].”

Vale ressaltar, no entanto, que para se configurar o abalo moral, basta a simples constatação da ocorrência do fato ofensivo (*damnum in re ipsa*). Dispensa-se, portanto, a comprovação do efetivo prejuízo ao patrimônio ideal do ofendido, bastando demonstrar o resultado lesivo em tese e sua conexão com o fato causador para responsabilizar o agente, fazendo nascer a obrigação de pagar a indenização correspondente.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

“RECURSO DE REVISTA. [...] 2. DANOS MORAIS. TRABALHADOR RURAL. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS APROPRIADAS. No presente caso a egrégia Corte regional, com base na análise do suporte fático produzido nos autos, consignou que a reclamada deixou de fornecer aos seus funcionários instalações sanitárias e locais de refeições adequados, restando, portanto, configurado que as condições de trabalho eram precárias e não atendiam as necessidades básicas e fisiológicas humanas. Tais premissas são insuscetíveis de revisão pelo que dispõe a Súmula nº 126. Assim, diante do suporte fático entregue pelo Tribunal *a quo* não há de se questionar acerca da clara ocorrência de ofensa à dignidade da pessoa humana e aos bens incorpóreos do trabalhador diante das precárias condições de trabalho descritas. Trata-se, no caso, de *damnum in re ipsa*, ou seja, o dano moral é consequência do próprio fato ofensivo, de modo que, comprovado o evento lesivo (violação à honra e à dignidade do trabalhador), tem-se, como consequência lógica, a configuração de dano moral, exsurgindo a obrigação de pagar indenização, nos termos do

art. 5º, X, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido” (TST, RR 668-58.2012.5.09.0459, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 02.10.2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11.10.2013).

Ainda sobre o tema, ensina José Luiz Goñi Sein que “o pressuposto da indenização por dano moral é a existência do prejuízo, o qual se presume, sempre que se acredita na existência da intromissão ilegítima” (SEIN, J. L. G. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial. Madrid: Civitas, 1988. p. 313).

Feitas as considerações acima temos que, no caso em apreço, como bem salientado pelo Juízo *a quo*, “os fatos aduzidos pelo autor não se configuram em assédio moral, tendo em vista que o pedido de entrega de declaração de imposto de renda ou de assinatura de documentos, por si só, não acarretam lesão a direitos extrapatrimoniais como honra e imagem”.

Nego provimento.

DISPOSITIVO

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, CONHECER de ambos os recursos impostos e, por maioria, ACOLHER a preliminar de convenção de arbitragem arguida pelo réu, quanto ao pedido referente ao “acordo de não competição – cláusula de não concorrência”, reconhecendo a incompetência desta Justiça Especializada para apreciar a questão antes de submetida ao Juízo arbitral, anulando-se, por conseguinte, a sentença na parte que julgou o “acordo de não competição – cláusula de não concorrência”, e extinguindo-se o pedido, sem resolução do mérito, com espeque no art. 485, VII do CPC, por unanimidade, REJEITAR a preliminar de cerceamento de defesa, e, no mérito, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do autor para condenar o réu ao pagamento das horas extras laboradas aos domingos e feriados, bem como ao pagamento de 1h/dia de intervalo intrajornada, na forma da Súmula nº 437, I do TST, e, por maioria, NEGAR PROVIMENTO ao recurso do réu, tudo nos termos da fundamentação do voto do Excelentíssimo Desembargador Relator, que a este dispositivo passa a integrar. Prejudicados os pedidos recursais contidos nos tópicos “Da Cláusula de Não Concorrência” (recurso réu) e “Da Perda da Chance e do Seu Caráter Subjetivo”. Para as horas extras laboradas em domingos e feriados, deverá ser observado o disposto na Súmula nº 146 do C. TST c/c art. 9º da Lei nº 605/1949, mantendo-se os demais parâmetros fixados na sentença. Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados, ainda que não expressamente mencionados na decisão, nos termos da OJ 118 da SDI-I e da

Súmula nº 297, ambas do col. TST. Também, ficam advertidas as partes de que a interposição de embargos declaratórios para revolver fatos e provas, ausente qualquer omissão, contradição, obscuridade ou equívoco na análise dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal ensejará a aplicação da multa cominada no § 2º do art. 1026 do CPC.

Prejudicados os pedidos recursais contidos nos tópicos “Da Cláusula de Não Concorrência” (recurso réu) e “Da Perda da Chance e do Seu Caráter Subjetivo”.

Para as horas extras laboradas em domingos e feriados, deverá ser observado o disposto na Súmula nº 146 do C. TST c/c art. 9º da Lei nº 605/1949, mantendo-se os demais parâmetros fixados na sentença.

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados, ainda que não expressamente mencionados na decisão, nos termos da OJ 118 da SDI-I e da Súmula nº 297, ambas do col. TST.

Também, ficam advertidas as partes de que a interposição de embargos declaratórios para revolver fatos e provas, ausente qualquer omissão, contradição, obscuridade ou equívoco na análise dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal ensejará a aplicação da multa cominada no § 2º do art. 1026 do CPC.

Vencido o Desembargador Marcelo Augusto Souto de Oliveira, que rejeitava a preliminar de convenção de arbitragem arguida pelo réu, quanto ao pedido referente ao “acordo de não competição – cláusula de não concorrência”, e dava parcial provimento ao recurso do réu para excluir da condenação as horas extras.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2017.

Desembargador do Trabalho ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS
Relator

II – COMENTÁRIO

II.1 INTRODUÇÃO

Trata-se de caso que avulta em importância, especialmente por ser anterior à reforma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (doravante, a “Reforma da CLT”), com entrada em vigor em 11 de novembro de 2017. Como se sabe, o novo

art. 507-A da CLT¹, introduzido pela referida lei, autorizou expressamente o uso da arbitragem com vistas à resolução dos dissídios trabalhistas individuais, uma vez reunidas as condições ali enunciadas.

Com efeito, o acórdão *sub examine* é anterior à reforma da CLT, tendo sido prolatado em 11 de abril de 2017. E perfilha-se a entendimento até então pouco usual entre nossos pretores, optando por considerar válida a escolha do juízo arbitral para litígios laborais individuais. No caso concreto, a convenção de arbitragem recaía especificamente sobre o acordo de não competição/cláusula de não concorrência firmado entre as partes. No julgamento, realizado por *maioria* dos Desembargadores da 5ª Turma do TRT do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro), entendeu-se que o acordo de não competição/cláusula de não concorrência encerra direito disponível do empregado, o que se enquadra no art. 1º da Lei de Arbitragem².

Ainda a título de introdução, revela-se oportuno mencionar que o presente comentário não se presta a tecer observações sobre o julgamento das questões materiais de Direito do Trabalho no acórdão *sub examine*. O propósito destas notas restringe-se tão somente à discussão acerca da possibilidade da utilização da arbitragem para a solução dos litígios laborais individuais que o julgado especifica.

II.2 O CASO CONCRETO

André Henrique Buchheim ajuizou reclamação trabalhista contra seu ex-empregador, o Banco BTG Pactual S.A. O reclamante era um alto executivo do banco reclamado, diretamente subordinado ao Diretor Vice-Presidente daquela companhia. Já no curso da relação empregatícia travada entre as partes foi incluído no contrato de trabalho um acordo de não competência/cláusula de não concorrência. O referido acordo dispunha que as eventuais controvérsias dele oriundas seriam solucionadas por arbitragem.

Em sua reclamação trabalhista, o reclamante formulou diversos pleitos contra o reclamado, tais como os relativos a intervalo intrajornada, trabalho em domingos e feriados, assédio moral e indenização pela perda de uma chance.

Em sua defesa, o banco aduziu as matérias que entendeu pertinentes e, especificamente no que tange ao acordo de não competição/cláusula de não

1 “Art. 507-A. 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.”

2 Art. 1º da Lei nº 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

concorrência, arguiu preliminar de convenção de arbitragem, asseverando que a Justiça do Trabalho não detinha competência para apreciar a questão, em face da cláusula compromissória pactuada entre as partes no contrato de trabalho, a qual versava especificamente sobre o referido tema. Assim, o banco arguiu que tal questão somente poderia ser examinada pelo juízo arbitral.

Foi proferida sentença pela magistrada de primeira instância, Exma. Dra. Eletícia Marinho Mendes Gomes da Silva, da 42ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que assim se manifestou sobre a preliminar suscitada pelo reclamado: “Rejeito a aplicação da cláusula de arbitragem invocada pela ré, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a *indisponibilidade* dos direitos trabalhistas aos quais não se aplica a arbitragem” (grifamos).

O reclamado interpôs recurso ordinário contra a referida sentença, invocando, também em sede recursal, a preliminar de convenção de arbitragem. O reclamante, por sua vez, recorreu por meio de recurso adesivo.

II.3 O ACÓRDÃO

Antes do mais, é importante salientar que o em. Relator do acórdão, Exmo. Desembargador Enoque Ribeiro dos Santos, é autor de um artigo doutrinário sobre o tema, intitulado “Aplicabilidade da arbitragem nas lides individuais do trabalho”, o qual foi publicado na *Revista LTr: Legislação do Trabalho* (v. 80, n. 1, p. 56-62, jan. 2016) e que ele expressamente menciona no julgado. É de se reconhecer que consiste em hipótese rara um magistrado do trabalho interessar-se e debruçar-se sobre temas concernentes à arbitragem, mesmo na esfera acadêmica.

O Desembargador Relator inicia sua análise conceituando o instituto da arbitragem, para o que invoca a lição de alguns autores. Em seguida, menciona que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a arbitragem é amplamente aceita para solucionar dissídios trabalhistas *coletivos*, o que é expressamente autorizado pelo art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988³. De fato, é patente que não há qualquer óbice ao emprego da arbitragem para a solução de litígios trabalhistas coletivos em nosso País. E cita também legislação infraconstitucional acerca da arbitragem, seja na esfera trabalhista ou não, tal como a Lei nº 10.101/2000 (lei que versa sobre a participação dos empregados nos lucros e resultados das empresas), a nova Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013)

3 “Art. 114. [...]”

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

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

e as Leis Complementares nºs 75/1993, 123/2006 e 147/2014. Cita ainda o art. 90-C da Lei Pelé (Lei nº 9.615/2008)⁴ e também o art. 3º do novo Código de Processo Civil⁵, além de citar, também, as inovações introduzidas na Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

O magistrado de segunda instância prossegue em sua análise, fazendo um apanhado da arbitragem na seara trabalhista em diversos países: Alemanha, Espanha, França, Austrália, Nova Zelândia, México, Chile, Argentina e Uruguai.

O Desembargador Relator passa a enumerar dois dos principais argumentos que frequentemente são manejados para se vedar a arbitragem na esfera dos dissídios laborais individuais: irrenunciabilidade e indisponibilidade, especialmente por conta da hipossuficiência/vulnerabilidade do empregado. E assim se pronuncia sobre tais argumentos:

Fato é que nem todos os direitos trabalhistas são, a todo tempo, indisponíveis, pois, se assim o fossem, jamais poderiam ser objeto de transação ou mesmo de negociação coletiva de trabalho. Aliás, se todos os direitos gozassem de uma indisponibilidade absoluta intangível, haveria, certamente, um entrave à evolução da ordem jurídica e social. Na verdade, não há que se falar em indisponibilidade absoluta de qualquer direito em abstrato, pois é, no caso concreto, que o Judiciário vai aferir se aquele direito é ou não indisponível, analisando-o e ponderando-o com os demais direitos, princípios e normas presentes no ordenamento jurídico. (grifamos)

Ademais, acerca da hipossuficiência/vulnerabilidade do trabalhador, que teoricamente obstarium o emprego da arbitragem para a resolução dos dissídios trabalhistas individuais, o Desembargador Relator asseverou que, em função de características do reclamante, tais condições não estariam reunidas no caso em tela, *in verbis*:

E, no que tange à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, se esta é fulcrada na hipossuficiência/vulnerabilidade do trabalhador, então, obviamente, não tem aplicabilidade no presente caso, eis que o autor era um alto executivo do banco réu, verdadeiro alter ego do empregador, possuidor do brainpower e expertise financeiro, com vultosos ganhos mensais (lds. 44645Ef, b2e4b67, d852b66) e vasto conhecimento na área, razão pela qual não se vislumbra qualquer hipos-

4 “Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva.”

5 “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

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

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

suficiência/vulnerabilidade por parte dele, mas sim sua paridade com a parte adversa. (grifos nossos)

Assim, o julgador considerou válida a cláusula compromissória especificamente em relação à matéria acerca da qual ela havia sido pactuada entre as partes (acordo de não competição/cláusula de não concorrência). E estatuiu que, diversamente do que entendera a Juíza de primeiro grau, o acordo de não competição/cláusula de não concorrência não se inclui entre os direitos indisponíveis do empregado, recaindo no âmbito de abrangência do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e podendo, portanto, ser objeto de análise pelo juízo arbitral.

Acolheu, dessa forma, a preliminar suscitada pelo banco reclamado, para reconhecer a incompetência da Justiça do Trabalho acerca do acordo de não competição/cláusula de não concorrência pactuado entre as partes. Anulou, pois, a sentença na parte que apreciou o acordo de não competição/cláusula de não concorrência e extinguiu esse pedido sem resolução do mérito, invocando para tanto o art. 485, inciso VII, do novo CPC⁶.

Restaram prejudicados, por conseguinte, os pedidos recursais contidos nos tópicos “Da Cláusula de Não Concorrência” (no recurso do reclamado) e “Da Perda da Chance e do Seu Caráter Subjetivo” (no recurso do reclamante).

Quanto às outras questões (horas extras, participação do empregado nos lucros e resultados do banco em determinados anos, intervalo intrajornada e trabalho em domingos e feriados), acerca das quais não foi suscitada por nenhuma das partes a incidência de convenção de arbitragem, o Desembargador Relator passou a enfrentá-las e as julgou. Como já mencionado, porém, as questões de Direito do Trabalho material abordadas no acórdão *sub examine* escapam ao objeto destas notas.

Ao considerar válida a cláusula compromissória celebrada entre as partes no que tange ao acordo de não competição/cláusula de não concorrência, parece-nos que agiu corretamente o Desembargador Relator em sua decisão, afastando as ideias de hipossuficiência/vulnerabilidade do empregado nessa matéria específica.

Será que, ao menos neste tema do acordo de não competição/cláusula de não concorrência, dever-se-ia considerar como hipossuficiente e vulnerável

6 “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

[...]”

um alto executivo do banco, extremamente qualificado e gabaritado, que fazia jus a uma elevada remuneração? Faria sentido considerar que um empregado assim, tão diferenciado, realmente não tem a menor condição de decidir sobre a forma de solução dos conflitos porventura oriundos de um acordo de não competição/cláusula de não concorrência por ele firmado?

Sobre o assunto, cumpre invocar as palavras de Almir Pazzianotto Pinto, ex-Ministro do Trabalho⁷:

Na idade da informática e do conhecimento, julgo humilhante a 60 milhões de empregados qualificá-los como semi-incapazes, desinformados, *hipossuficientes*. A restrição atinge a todos: trabalhadores rurais sem terra, domésticas, motoboys, estivadores, metalúrgicos, petroleiros, metroviários, jornalistas, publicitários, atores, radialistas, telefonistas, locutores, bancários, comerciários, advogados, engenheiros, médicos, diretores executivos. *Basta terem sido contratados sob o regime da CLT.* (grifos nossos)

Por fim, cumpre transcrever do acórdão ora comentado um trecho singular, bastante oportuno em nossos tempos, em que se busca efetivamente implementar os métodos ditos “adequados” de solução de controvérsias:

Portanto, havendo instrumento alternativo entre os canais de acesso ao sistema de justiça, que não se confunde com acesso à jurisdição, que, na verdade constitui-se em apenas um entre os vários outros disponíveis ao empregado na seara laboral, deve-se privilegiar os demais meios de pacificação dos conflitos individuais e coletivos de trabalho e não rechaçá-los como fez o juízo monocrático, porque *de nada vale o discurso, corroborado pelo CPC/2015, se, diante dos casos concretos, na prática, o judiciário ao invés de acolhê-los, os afasta.* (grifos nossos)

II.4 ALGUMAS OBSERVAÇÕES

Em que pese a notabilidade da decisão e sua relevância para o estudo da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais, permitimo-nos fazer apenas duas anotações acerca de trechos do acórdão que, salvo melhor juízo, merecem sucintos apartes.

Em primeiro lugar, o Desembargador Relator afirma categoricamente que não há se falar em inafastabilidade da jurisdição quando se está diante de convenção de arbitragem, como havia asseverado a il. magistrada de primeiro grau em sua sentença. Isso porque, nas palavras do em. Relator, “o decidido pelo árbitro *evidentemente* poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário” (grifamos).

7 PINTO, Almir Pazzianotto. O mito da hipossuficiência. *Consullex*, Brasília, v. 10, n. 229, p. 37, jul. 2006.

Com todas as vênias devidas ao Desembargador Relator, o que o emite-nente julgador aparentemente quis fazer transparecer com o trecho transcrito anteriormente é que o Poder Judiciário sempre pode rever as decisões proferidas pelo(s) árbitro(s), não restando “violada” a inafastabilidade da jurisdição em face da utilização da arbitragem.

No entanto, quando se está diante de uma convenção de arbitragem, resta, sim, afastada a competência do Poder Judiciário sobre tais conflitos. E simplesmente porque as próprias partes assim quiseram. Ora, ao pactuarem uma convenção de arbitragem, as partes mesmas escolhem submeter sua(s) disputa(s) ao juízo arbitral, subtraindo tais controvérsias do exame dos tribunais estatais.

Logo, no sistema pátrio, não é dado ao Poder Judiciário atuar como um verdadeiro órgão recursal das sentenças arbitrais.

Com efeito, apenas em hipóteses extremas poderá o Poder Judiciário manifestar-se sobre decisões prolatadas pelo(s) árbitro(s), e somente por via da ação anulatória da sentença arbitral, insculpida nos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/1996⁸. Não é, portanto, evidente e muito menos irrestrita a apreciação, pelo Poder Judiciário, das decisões do(s) árbitro(s).

Além disso, revela-se oportuno um breve comentário acerca da fundamentação do acórdão *sub examine*. O Desembargador Relator invocou recente acórdão do Tribunal Superior do Trabalho para afirmar que o referido Tribunal Superior, “ainda que timidamente, já vem admitindo a arbitragem nos casos em que não se vislumbra esta hipossuficiência [do empregado]”. No entanto, com

8 “Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I – for nula a convenção de arbitragem;
- II – emanou de quem não podia ser árbitro;
- III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V – (revogado pela Lei nº 13.129/2015)
- VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

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

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.”

todo o respeito e com as devidas vênias ao eminente julgador, basta uma rápida leitura do acórdão proferido pela 5ª Turma do TST, para se depreender que não foi essa a conclusão daquele Tribunal no AIRR 37500-70.2009.5.15.0090. De fato, o TST negou provimento àquele recurso, por entender que o Tribunal Regional do Trabalho havia julgado corretamente o recurso que lhe fora submetido, ao não conferir validade à cláusula compromissória objeto daquele caso, referente a um dissídio trabalhista individual. Ou seja, *data maxima venia*, contrariamente ao que afirmou o em. Relator do caso objeto do presente comentário, o TST *não* admitiu a arbitragem no AIRR 37500-70.2009.5.15.0090, julgado pela 5ª Turma em 22 de fevereiro de 2017 e publicado em 3 de março de 2017, Relator Ministro Caputo Bastos⁹.

A jurisprudência do TST não parece ter se alterado, mantendo-se majoritariamente refratária ao emprego da arbitragem para a resolução de dissídios trabalhistas individuais¹⁰, ao menos até a entrada em vigor da reforma da CLT, designada para 11 de novembro de 2017.

II.5 CONCLUSÃO

O presente acórdão reveste-se de grande significado, por ser um dos escassos julgados da lavra da Justiça do Trabalho pátria em que se reconheceu a competência do juízo arbitral para dirimir conflitos trabalhistas individuais. No caso, a convenção de arbitragem recaía especificamente sobre o acordo de não concorrência/cláusula de não competição existente no contrato de trabalho firmado entre o reclamante e o reclamado.

9 Cumprir transcrever alguns excertos do acórdão mencionado, prolatado pelo TST:

“Situação diversa, porém, é aquela em que a cláusula compromissória de arbitragem é inserida no contrato de trabalho, já no ato da admissão ou durante a vigência do pacto, momentos em que o trabalhador se encontra em situação de clara vulnerabilidade econômica, em face da sujeição ao poder daquele que detém o capital.

“Nessas hipóteses, realça a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, a inviabilizar a validade de cláusula compromissória, em que as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente ao contrato de trabalho, visto que a posição de inferioridade econômica do trabalhador inevitavelmente terá forte influência no seu consentimento. [...]”

“Segundo esse entendimento predominante, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como da ausência de equilíbrio entre as partes, os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis. [...]”

“Assim, com ressalva do meu entendimento, forçoso que o egrégio Tribunal Regional, ao considerar inaplicável ao dissídio individual do trabalho o instituto da arbitragem, afastando o efeito da coisa julgada em acordo firmado nesse sentido, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, circunstância a obstar o recurso de revista, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333. Nego provimento ao agravo de instrumento.” (grifamos)

10 Acerca da jurisprudência pátria quanto à admissibilidade da arbitragem com vistas à resolução de dissídios trabalhistas, vide VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas no Direito brasileiro. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 483-502.

É de se notar que, no caso em tela, não se tratava de um empregado qualquer, mas de um alto executivo do banco reclamado, extremamente especializado e que fazia jus à vultosa remuneração.

No que tange ao acordo de não concorrência/cláusula de não competição por ele firmado no âmbito de seu contrato de trabalho com o banco empregador, a 5ª Turma do TRT da 1ª Região, por maioria, afastou as ideias de hipossuficiência e vulnerabilidade do empregado. Reconheceu, por conseguinte, como válida a cláusula compromissória pactuada especificamente acerca dessa matéria.

Com a entrada em vigor da reforma da CLT, estipulada para 11 de novembro de 2017, presume-se que haverá mais decisões consagrando a possibilidade do emprego da arbitragem com vistas à resolução de dissídios trabalhistas individuais. É importante destacar, contudo, que o acórdão *sub examine* é datado de 11 de abril de 2017, anterior ao novo arcabouço legislativo, o que o torna ainda mais relevante.

FABIANE VERÇOSA

Doutora e Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Convidada da Pós-Graduação do FGV Law Program (FGV Direito Rio), da Pós-Graduação do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (Ceped/UERJ) e da Escola da Advocacia Geral da União da 2ª Região (EAGU-RJ). Pesquisadora Visitante, em nível Pós-Doutorado, do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (2017). Advogada no Rio de Janeiro.