

Título:

JUÍZO CONCILIATÓRIO TRABALHISTA

Nome da autora e credenciais:

Adriana Goulart de Sena

Juíza do Trabalho, Titular da 35ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG

Professora Adjunta do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito

Mestre e Doutora em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais

Conselheira da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Professora da disciplina “Técnicas de Juízo Conciliatório Trabalhista” na ENAMAT – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – TST.

Resumo do conteúdo do texto:

O presente trabalho tece considerações a respeito do Juízo Conciliatório Trabalhista. O título denota uma opção inequívoca de tratar o tema “conciliação” sob a premissa de que na Justiça laboral quem conduz a conciliação é o Juiz do Trabalho. É de conhecimento da comunidade jurídica e em geral que a Justiça do Trabalho sempre foi uma justiça que alçou a conciliação a um patamar de destaque em sua atuação, inclusive como princípio de seu processo. E, considerando a longa experiência desse ramo do Judiciário, um dos debates mais intensos sobre o tema que se trava nesse ramo jurídico diz respeito, exatamente, aos limites da conciliação que é submetida ao crivo do Magistrado do Trabalho. Por outro lado, a ainda recente extinção dos juízes classistas dos quadros do Judiciário trabalhista e a constatada ineficiência do modelo de inclusão de Juízes leigos na administração da Justiça, além do que o conflito trabalhista tem características bem distintas daqueles referentes ao direito do consumidor e de família, por

exemplo, faz com que não se acolha modelos de mediação, onde o pressuposto seja o afastamento do Juiz no mister de aproximação das partes e condução da negociação, considerando ser, exatamente, o Magistrado a pessoa mais indicada para dar os parâmetros legais e éticos da conciliação.

A opção por tratar o tema como poder-dever do Magistrado Trabalhista leva em linha de conta também o fato da Consolidação das Leis do Trabalho ter dispositivos expressos que determinam ao Juiz a utilização dos bons ofícios de persuasão com o fito de alcançar a solução conciliada do conflito, além do que deverá propor a conciliação em dois momentos processuais específicos.

O artigo aborda, também, questões referentes aos temas “acesso à Justiça” e formas de composição, sejam auto ou heterocompositivas.

2 - TEXTO

JUÍZO CONCILIATÓRIO TRABALHISTA

1 - PODER JUDICIÁRIO – ABORDAGEM INTRODUTÓRIA

O Poder Judiciário, um dos três poderes clássicos do Estado, vem assumindo (e a cada dia de forma mais acentuada) uma função fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito. É o guardião da Constituição, cuja finalidade, basicamente, repousa na preservação dos valores e princípios que a fundamentam – cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político (Art. 1º, CF/88).

Um dos motivos da existência do Poder Judiciário é a sua função de aplicar o direito com independência, impondo a sua observância indistinta e na busca da pacificação social. As garantias que lhe foram atribuídas, na

realidade foram outorgadas como prerrogativas para o imparcial, independente e seguro cumprimento de seu mister constitucional.

Todavia, é de se salientar que as prerrogativas não foram outorgadas como um privilégio direcionado para a pessoa do Juiz, mas sim como uma garantia e, em “ultima ratio”, para a própria sociedade. Um Juiz independente representa garantia do povo e da democracia.

2 – MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

02.01 MECANISMOS TRADICIONAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS.

No mundo ocidental contemporâneo são distintos os métodos de solução de conflitos interindividuais e sociais. Classificam-se, basicamente, em três grupos – autotutela, autocomposição e heterocomposição.

02.01.a. AUTOTUTELA.

A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca.¹

De certo modo, a autotutela permite o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses. Contemporaneamente, a cultura ocidental tem restringido, ao máximo, as formas de exercício da autotutela, transferindo ao aparelho do Estado as diversas e principais modalidades de exercício de coerção.

No Direito do Trabalho, a GREVE constitui importante exemplo da utilização da autotutela na dinâmica de solução de conflitos coletivos

¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 663.

trabalhistas. Todavia, raramente ela completa seu ciclo autotutelar, impondo à contraparte TODA a solução do conflito. O que ocorre é funcionar esse mecanismo como simples meio de pressão, visando o alcance de mais favoráveis resultados na dinâmica negocial coletiva em andamento ou a se iniciar.²

02.01.b. AUTOCOMPOSIÇÃO

Na autocomposição, o conflito é solucionado pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia.³

A autocomposição verifica-se seja pelo despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada, seja pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, seja finalmente, pela concessão recíproca por elas efetuada. Não há, em tese, exercício de coerção pelos indivíduos envolvidos.

As modalidades de autocomposição são as seguintes: renúncia, aceitação (resignação/submissão) e a transação.

Ocorre a renúncia quando o titular de um direito dele se despoja, por ato unilateral seu, em favor de alguém. Já a aceitação (resignação/submissão) ocorre quando uma das partes reconhece o direito da outra, passando a conduzir-se em consonância com esse reconhecimento. E, a transação, verifica-se quando as partes que se consideram titulares do direito solucionam o conflito através da implementação de concessões recíprocas.

É de se destacar que as figuras acima podem ocorrer tanto no âmbito exclusivo da sociedade civil (classificando-se como *extraprocessuais*) ou no interior de um processo judicial (enquadrando-se como *endoprocessuais*).

²DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 663.

02.01.c. - HETEROCOMPOSIÇÃO:

A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. É que, ao invés de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da *jurisdição*) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida.⁴

Considerando o fato de que se levam em linha de conta os sujeitos envolvidos e a sistemática operacional do processo utilizado, temos as seguintes modalidades de heterocomposição: Jurisdição, Arbitragem, Mediação (de certo modo) e a Conciliação.

Com já se depreende, a divisão acima não é consensual na doutrina. Existem autores que consideram a conciliação e a mediação como meios autocompositivos e como meios heterocompositivos a arbitragem e a jurisdição. Repita-se a prevalência da divisão acima, funda-se no fato da classificação levar em consideração os sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo utilizado.

Explicando: é que na autocomposição apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes. Entretanto, na heterocomposição a intervenção é realizada por um *agente exterior* aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo em maior ou menor grau, para esse agente exterior a direção dessa própria dinâmica.⁵

³ DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 664.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 664.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 664.

É de se salientar que a mediação é o método que confere menor destaque ao papel do agente exterior, uma vez que este apenas aproxima e instiga as partes à pacificação. Por isso, alguns autores classificam a mediação como um instrumento a serviço de um método de solução de controvérsias (a serviço da transação bilateral ou da negociação coletiva, por exemplo) e não propriamente um método específico.

02.01.c.1- JURISDIÇÃO:

É o poder-dever conferido ao Estado de revelar o direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito. Sendo manifestação do *imperium* inerente ao Estado, que se funda diretamente na soberania, outro atributo estatal, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável frente a resistências descabidas de seu exercício regular.⁶

Diz-se, muitas vezes, que a jurisdição é o poder que o Estado avocou para si de dizer o direito, de fazer justiça, em substituição aos particulares.

Na realidade, a jurisdição é poder, função e atividade. É “poder” porque decorre da potestade do Estado exercida de forma definitiva em face das partes em conflito. É “função”, pois cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica em face de uma lide. E, é também “atividade”, já que consiste em uma série de atos e manifestações externas e ordenadas que culminam com a declaração do direito e concretização do que foi consagrado no título.⁷

O resultado da resolução do conflito pela via jurisdicional consuma-se através da sentença, que é o ato pelo qual o Juiz decide a lide entre as partes processuais, através da aplicação do Direito ao caso concreto

⁶DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 665.

posto em exame.

02.01.c.2 – ARBITRAGEM:

Ocorre quando a fixação da solução de certo conflito entre as partes é entregue a um terceiro, denominado árbitro, em geral por elas próprias escolhido. Em se tratando de arbitragem obrigatória, essa livre escolha pode ser restringida pela lei reguladora do sistema, todavia não se trata da hipótese nacional.

No direito brasileiro, a arbitragem só pode se dirigir a acerto de direitos patrimoniais disponíveis e está prevista na Lei 9307/96. O árbitro não pode ser o Juiz, no exercício de sua função judicante – sob pena de confundir-se com a jurisdição.

Em tese, fora da função judicante e desde que autorizado por norma jurídica, o juiz *poderia* exercer a função de simples árbitro. Contudo, este não seria o mais adequado caminho de implementação do instituto. É que a arbitragem objetiva cumprir o papel de efetivo *concorrente jurisdicional*, assim melhor seria sempre situar-se a escolha do árbitro fora dos quadros da magistratura.

De se ressaltar que a lei de arbitragem não prevê a hipótese de juiz de carreira atuando como árbitro (Lei 9307/96). E a lei 9099/95, em seu art. 24, §2º, prevê que os árbitros, nos Juizados Especiais, serão escolhidos entre os juízes leigos.

02.01.c.3 – MEDIAÇÃO:

É a conduta, pela qual, um terceiro aproxima as partes conflituosas, auxiliando e, até mesmo instigando sua composição, que há de ser decidida, porém, pelas próprias partes.

⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr,

Sobre o tema, a posição de Luiz Alberto Warat citado por Marcelo Paes Menezes:

“a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação como uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças.”⁸

Alguns autores entendem que o Juiz não poderá ser o mediador haja vista a sua formação dogmática.⁹ Afirmam que o juiz decide a partir de um sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, ou seja, a partir de “... um lugar de decisão que não leva em conta o fato de que o querer das partes pode ser diferente do querer decidido”.¹⁰ Por outro lado, dizem que muitas vezes o conflito trabalhista tem um colorido afetivo, de modo que o tratamento há de ser específico para casos como tal.

Novamente, a posição de Luís Alberto Warat:

“A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor.”¹¹

2007, p. 143.

⁸ WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. Trad. De Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995 citado por Marcelo Paes Menezes, “A crise da Justiça e a mediação”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, 33 (63): 23-31, jan/jun. 2001

⁹ Como por exemplo: André Gomma Azevedo, Marcelo Paes Menezes, Flávia Fragale Martins Pepino.

¹⁰ WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. Trad. De Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995 citado por Marcelo Paes Menezes, “A crise da Justiça e a mediação”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, 33 (63): 23-31, jan/jun. 2001.

¹¹ WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. Trad. De Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995 citado por Marcelo Paes Menezes, *A crise da Justiça e a mediação*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, 33 (63): 23-31, jan/jun. 2001

Segundo o referido autor, para mediar, é preciso amar:

“... pode parecer estranho e até surpreendente eu afirmar que o amor precisa construir um espaço de mediação para a sua realização. Amar é exercer uma capacidade de negociação das diferenças. Um estado de permanente mediação para que possam conviver as diferenças. O amor se instala em um espaço de conflitividade que precisa ser negociado para realizar os afetos.”¹²

Todavia, ainda que não se possa falar de várias condições para a mediação típica (cláusula de confiabilidade, rapport, sigilo, amor ao mediado, etc.), certo é que algumas técnicas que são aplicadas na mediação, podem e devem ser aplicadas pelo Magistrado do Trabalho quando da sua atuação apaziguadora no conflito trazido pelas partes ao Judiciário.

No conflito trabalhista não só está prevista a possibilidade do Juiz realizar o juízo conciliatório (art. 764 da CLT), como é de curial importância que seja o magistrado que conduza tais tratativas diante do conflito peculiar e extremamente importante, quer social, quer juridicamente. Observando-se, é claro, a escolha das melhores técnicas¹³ como forma de conduzir a conciliação em juízo, onde todas as variáveis envolvidas possam e devam ser consideradas pelo órgão estatal respectivo.

Assim sendo, inequívoca a necessidade de o Juiz trabalhista estudar e aprimorar as técnicas de juízo conciliatório, até porque, como já se salientou, a atividade de conciliação no processo do trabalho deverá ser feita pelo Magistrado, consoante legislação aplicável à espécie.

02.01.c.4 – CONCILIAÇÃO:

¹² WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. Trad. De Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995 citado por Marcelo Paes Menezes, *A crise da Justiça e a mediação*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, 33 (63): 23-31, jan/jun. 2001.

¹³ Importante ressaltar que a escolha de melhores técnicas parte do pressuposto de que a atividade conciliatória não deverá levar em conta atitudes ou atos que possam ser interpretados como coação, como insegurança, como propostas aleatórias, como propostas meramente salomônicas, como “pré-julgamentos”, como atos de violência psicológica, etc. Referidos atos sequer podem ser considerados como técnicas e em nenhum momento se defende a aplicação ou utilização.

É o método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, que se mantém com os próprios sujeitos originais da relação jurídica conflituosa. Todavia, é importante frisar que a força condutora dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo programar resultado que, originalmente, não era imaginado ou querido pelas partes. ¹⁴

É de se ressaltar que a conciliação judicial trabalhista é um tipo de conciliação endoprocessual muito importante no Direito do Trabalho, ela acontece nas Varas do Trabalho, sob a direção do Juiz do Trabalho, nos processos judiciais postos a seu exame.

Conceitua Maurício Godinho Delgado, a conciliação judicial trabalhista, como “ato judicial, por meio do qual as partes litigantes, sob a interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial”.

A conciliação distingue-se das figuras da transação e da mediação sob três aspectos. No plano subjetivo a diferenciação se apresenta na interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito que é a autoridade judicial. Do ponto de vista formal, a conciliação judicial se realiza no iter de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente. E, quanto ao seu conteúdo, também, difere, pois a conciliação judicial pode abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

03 – A JURISDIÇÃO E OS ESCOPOS PROCESSUAIS

O convívio em sociedade e o exercício da liberdade individual perante uma coletividade de iguais, acaba gerando naturais conflitos e litígios entre os seus membros. O Direito visa, assim, prevenir ou findar os conflitos existentes nas relações humanas; trazer, em suma, a estabilidade social diante

do conceito mais próximo de Justiça pensada por aquele conjunto de pessoas.

Com a finalidade de se evitar a autotutela (hodiernamente admitida em restritas hipóteses) e as indesejáveis violências que esta atividade ocasiona, o Estado trouxe para si o poder-dever de entregar a tutela jurisdicional, dizendo o direito e empregando os meios necessários para que o mesmo seja aplicado. Portanto, sempre que chamado o Juiz aplicará a lei no caso concreto.

No dizer de André Gomma Azevedo:

“A jurisdição é a função, poder e atividade do Estado por intermédio da qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação de determinado conflito por meio de critérios justos, impondo imperativamente determinadas decisões.”¹⁵

As missões transcendentais¹⁶ (Niceto Alcalá Zamora Y Castilho) da jurisdição, também denominadas de “escopos”¹⁷ (Cândido Rangel Dinamarco) possuem três categorias iniciais: sociais, políticos e jurídicos.

Os chamados escopos sociais se dirigem, primordialmente, à realização efetiva da pacificação social esperada de um determinado ordenamento jurídico, em outras palavras, eliminar conflitos mediante critérios justos. Outra orientação do escopo social é a educação como missão que o exercício contínuo e efetivo da jurisdição deve cumprir perante a sociedade, uma vez que conscientiza a população de seus direitos e deveres. Quanto maiores os níveis de confiança perante o jurisdicionado, mais factível de ser

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 665.

¹⁵ AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*. Brasília: Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n. 24, março/2004, p. 15.

¹⁶ ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Cidade do México: Universidad autónoma nacional de México, 1991, p. 233 citado por AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*. Brasília: Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n. 24, março/2004, p. 15.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 1987.

alcançada a pacificação.

Por seu turno, os escopos políticos dizem respeito à função do ordenamento jurídico-processual de influenciar politicamente as relações do Estado com o cidadão. Alguns aspectos de relevo podem ser elencados: afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente (jurisdição-poder); concretização do valor liberdade, ao restringir o exercício do poder limitador do Estado e assegurar dignidade do cidadão em relação ao qual aquele exerce seu poder e garantia da participação dos cidadãos na determinação dos destinos aos quais o Estado se dirige. Já os chamados escopos jurídicos levam em conta a efetivação do direito material, atuando, pois, a vontade concreta da lei.

Alguns autores tratam dos chamados novos escopos do sistema processual: a capacitação (ou empoderamento) das partes que é a educação para a composição das controvérsias¹⁸; e, a validação que se traduz na compreensão recíproca das partes.¹⁹

É do senso comum que uma das finalidades do Poder Judiciário é a pacificação social, portanto incumbe-lhe utilizar mecanismos e técnicas que aproximem o cidadão da verdadeira Justiça. E, muitas vezes, a verdadeira justiça só será alcançada se aquela demanda for solucionada mediante conciliação, porque nessa forma de resolução de conflito há efetiva e real possibilidade de se resolver todas as “lides”²⁰ que porventura possam existir. A

¹⁸ “É imperioso lembrar que o momento da audiência corresponde ao direito do cidadão de ter o seu dia na Justiça e destina-se, exclusivamente, àquelas partes que aguardaram para ser ouvidas por aquele que não só deve conhecer profundamente o processo, como saber a solução e, principalmente, ter poder de decisão.” ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ano 85, v. 727, maio de 1996, pág. 30.

¹⁹ AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*. Brasília: Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n. 24, março/2004, p. 15.

²⁰ Aqui compreendidas as lides jurídica e sociológica (e até psicológica e psicossociológicas para alguns). É base desse trabalho que somente com a resolução da controvérsia “global” é que se pode alcançar a paz. E essa não será alcançada se se resolver apenas parcela do problema (controvérsia); o que se busca com a pacificação do conflito é a solução de todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados.

busca da paz é a razão de existência do Poder Judiciário.²¹ E, não menos certo que, o Judiciário não deve ser o lugar somente onde as causas começam, mas também onde elas terminam, em outras palavras: que o processo seja de resultados.

A lição de José Roberto Freire Pimenta:

“A busca pela efetividade do direito processual, concebido como mecanismo de concretização do direito material do qual é ele o instrumento inafastável, tem trabalhado várias questões que são complementares. Em síntese, procura-se abandonar o tecnicismo e o formalismo excessivos para construir *um processo de resultados*, capaz de concretizar, na realidade prática e dentro de um tempo razoável, a finalidade precípua da função jurisdicional: a pacificação, com justiça, dos conflitos intersubjetivos de interesses. Isto se deve a uma constatação realista que é comum a todos os sistemas jurídicos mais avançados do mundo contemporâneo: a consciência de que esse instrumento processual, por melhor que seja, tem limitações óbvias e inevitáveis”²².

Nos estudos realizados para aprimoramento dos sistemas jurídicos em geral e dos mecanismos de resolução de litígios, é de se ressaltar que a conciliação judicial e extrajudicial tem constituído uma das principais vertentes estudadas, exatamente por sua inerente capacidade de pacificar o conflito e todas as suas eventuais dimensões (jurídica, sociológica e psicológica).

A conciliação entendida em um conceito muito mais amplo do que o “acordo”, significando entendimento, recomposição de relações desarmônicas, empoderamento, capacitação, desarme de espírito, ajustamento de interesses. Em dizer psicanalítico: apaziguamento.

²¹ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual*, São Paulo: RT, 2004, p.101.

²² PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparador e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, pág.152.

Não se olvide que o processo e a própria função jurisdicional do Estado têm limites inerentes aos instrumentos jurídicos em geral e ao próprio Direito. É, portanto, extremamente ingênuo e porque não dizer, irreal, atribuir à função jurisdicional do Estado a tarefa de fornecer sempre uma solução absoluta, pronta e acabada para todo e qualquer conflito intersubjetivo de interesses, tão logo este se verifique.

Novamente, a análise perspicaz de José Roberto Freire Pimenta:

“É preciso admitir, portanto, que é impossível à máquina judiciária estatal resolver todos os dissídios que lhe forem submetidos através de sentenças (as quais, em sua maioria, ainda precisarão ser executadas após o seu trânsito em julgado) – é que, se for preciso esgotar sempre todas as etapas e fases processuais necessárias para se chegar à efetiva satisfação dos direitos em definitivo reconhecidos como existentes, nunca haverá recursos públicos suficientes para montar e custear um aparato jurisdicional capaz de atender, em tempo razoável, a todos esses litígios. Diga-se expressamente: nenhum ramo do Poder Judiciário (e muito menos a Justiça do Trabalho brasileira) está preparado para instruir, julgar e, se necessário, executar as sentenças condenatórias proferidas em todos (ou quase todos) os processos que lhe forem ajuizados. As conseqüências desse quadro já são, aliás, de conhecimento geral e infelizmente estão presentes em vários setores do Judiciário brasileiro: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é inevitavelmente uma Justiça lenta e de baixa qualidade. Então, é de lógica e de bom senso trabalhar, estimular e explorar as múltiplas vertentes alternativas de solução dos conflitos de interesses, dentre as quais assume especial relevo a conciliação das partes.”²³

É claro que não se está defendendo qualquer tipo de conciliação, ou seja, uma conciliação a qualquer “preço”, “valor” ou “condições”. O que se está consignando é que a solução conciliada de um conflito é sim uma das vertentes possíveis e viáveis para a resolução da controvérsia entre as partes. Certo que a temática sobre a conciliação, os seus contornos e limites éticos e legais será levada a efeito em tópico a frente.

²³ ALMEIDA, Selene Maria de. *O paradigma processual do liberalismo e o acesso à justiça*. Brasília: Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n.22, jul/set 2003 p.20-24,.

4. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Sabe-se que uma das garantias fundamentais dos cidadãos é o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF 1988.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual todos têm direito de ver apreciada pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito seu, não pode mais ser entendido pelo simples acesso ao processo e ao direito a uma sentença de mérito transitada em julgado. E, assim se diz porque o simples acesso não significava efetividade e a sentença, nem sempre significa resolução do conflito com a pacificação, escopo magno do processo. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser entendido, à luz dos valores e princípios do nosso tempo, como inspirador da regra de que todos têm o direito a uma tutela efetiva e eficaz.

O monopólio da atividade jurisdicional é conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção do Estado de Direito.

Hodiernamente, muito se tem falado em crise da justiça: sobrecarga de processos nos Tribunais, morosidade do processo em fases nevrálgicas, difícil efetividade do direito reconhecido, a burocratização dos juízes, a complicação procedimental. Na verdade, isto corresponde à própria denegação da Justiça, o que não pode ser aceito passivamente, como se fosse inerente ao exercício jurisdicional. Mudanças e aprimoramentos em institutos são e serão sempre possíveis.

Ada Pellegrini Grinover nos relata que os esforços dos processualistas comprometidos em buscar soluções para a já mencionada “crise da Justiça” estão se concentrando em duas vertentes:

“A vertente jurisdicional, com a tentativa de descomplicação do

próprio processo, tornando-o mais ágil, mais rápido, mais direto, mais acessível, com relação à qual se fala em deformalização do processo. E a vertente extrajudicial, buscando-se por ela a deformalização das controvérsias, pelos equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo. É nesta segunda perspectiva que se insere a revisitação da conciliação (autocomposição) e da arbitragem (heterocomposição).”²⁴

As temáticas referentes ao chamado “mundo do trabalho” hoje, inequivocamente, estão sob a competência da Justiça do Trabalho que teve ampliada a sua competência pela Emenda Constitucional n. 45/04.²⁵ E, mesmo antes de tal ampliação, sabe-se, pelos números expressivos de demandas que são ajuizadas diariamente nos órgãos trabalhistas, que a Justiça do Trabalho tem merecido esse lugar de confiança do jurisdicionado que a procura quando tem seu direito lesado ou ameaçado de lesão.²⁶

A Justiça do Trabalho tem aptidão para a solução barata e rápida das causas consoante seu arcabouço processual e os dispositivos legais e principiológicos incidentes (“ius postulandi”, “oralidade”, “concentração”, “gratuidade”, “conciliação”). A celeridade e a resolução do conflito são “valores” para o Judiciário e Magistrado Trabalhista consoante pode se extrair de suas estatísticas e, também e principalmente, da atuação de seus magistrados.²⁷

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*, Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 175 e segs.

²⁵ Sobre o tema ver meu artigo: “Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho: algumas considerações relevantes”, Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 46, Jan-Jun de 2005, p. 23-38.

²⁶ Não se está dizendo, e nem se poderia dizer, que inexistem demandas que ficam excluídas da apreciação jurisdicional ou até extrajudicial. Certo é que muitas vezes o trabalhador não ajuíza a ação e nem procura a comissão de conciliação prévia, é a chamada anomia. Mas, a anomia existe em todos os ramos do Judiciário em menor ou maior grau. No meu modo de ver, a anomia em maior ou menor grau reflete a confiança do jurisdicionado em face daquele ramo específico do Judiciário e a sua capacidade de dar uma resposta real e efetiva à resolução daquele conflito e de sua forma de ser ou não acessível a esse cidadão.

²⁷ Também não se está dizendo, é certo, que as estatísticas não revelem regiões, varas ou tribunais com maior ou menor celeridade, produtividade, maior ou menor número de conciliações, etc. Além de ser inerente da própria atuação jurisdicional já em sua base estão Juízes, seres humanos extremamente qualificados e comprometidos com a solução adequada para cada uma da demanda que lhe é submetida, o fato é que as demandas e tipos de questões processuais, postura dos litigantes,

04.1. VERTENTE EXTRAJUDICIAL TRABALHISTA – As Comissões de Conciliação Prévia

A vertente de composição extrajudicial trabalhista - no que tange ao conflito individual – encontra residência legal nos arts. 625-a até h da CLT, onde estão previstas as chamadas Comissões de Conciliação Prévia e com a possível extensão de regras aos chamados Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista.

Sabe-se que há previsão legal expressa no sentido de obrigatoriedade de submissão à Comissão de Conciliação Prévia qualquer demanda de natureza trabalhista se, na localidade de prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria (art. 625-D da CLT). Referida previsão mereceu interpretação de inconstitucionalidade por parte abalizada da doutrina. Todavia, a interpretação que prevaleceu junto ao C. Tribunal Superior do Trabalho foi em sentido inverso, ou seja, que a exigência corresponde a um requisito processual a ser necessariamente observado. (RR 2287/2000-464-02-00.1)²⁸

condição econômica, grau de esclarecimento e empoderamento das partes variam de região para região, de vara para vara e tribunal para tribunal.

²⁸ Site: www.tst.gov.br acessado em 03 de junho de 2007 - Notícias do TST - notícia de 01 de junho de 2005 - Exame das Comissões de Conciliação Prévia é obrigatório - "Os trabalhadores têm de submeter suas controvérsias às Comissões de Conciliação Prévia, quando existentes na empresa ou no sindicato da categoria. A exigência corresponde a um requisito processual a ser necessariamente observado. Sob esse entendimento, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho deferiu recurso de revista à Volkswagen do Brasil Ltda. e extinguiu reclamação ajuizada contra a empresa por um ex-empregado. A tentativa obrigatória de composição entre empresa e trabalhador nas Comissões de Conciliação está prevista no artigo 625-D da CLT, considerado como constitucional pelo TST. "O dispositivo não atenta contra o acesso ao Poder Judiciário, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal", afirmou o relator do recurso da Volkswagen, ministro Ives Gandra Martins Filho. O posicionamento do TST resultou no cancelamento de decisão tomada anteriormente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (com sede em São Paulo). Segundo o TRT paulista, a CLT não estabelece qualquer sanção ao descumprimento da regra do artigo 625-D, o que tornaria o comparecimento à Comissão de Conciliação uma opção do trabalhador. A redação do dispositivo da CLT possui caráter imperativo, avaliou o relator. O texto legal fala que "a demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia". A providência seria facultativa, conforme a tese adotada pelo TRT, se a legislação previsse que a disputa "poderá ser submetida", observou o relator. Ives Gandra acrescentou que o prazo para o exame da demanda pela Comissão de Conciliação Prévia é curto, "de apenas dez dias". A lei também garante à parte justificar, no texto da ação judicial, a não submissão à comissão. No caso concreto, o relator esclareceu que "é incontroversa nos autos a existência da Comissão e o trabalhador ajuizou a ação sem o comprovante de frustração da conciliação prévia (art. 625-D, §2º) e sem justificar o motivo da não-submissão da controvérsia à Comissão de Conciliação Prévia". (RR 2287/2000-464-02-00.1)"

Comentando a constitucionalidade da referida previsão, Ada Pellegrini Grinover concluiu:

“É certo que a Constituição assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional no inc. XXXV do art. 5º, mas é igualmente certo que o exercício do direito da ação não é absoluto, sujeitando-se a condições (as condições da ação), a serem estabelecidas pelo legislador.

Essas condições – desde que razoáveis, dentro do critério substancial das garantias do devido processo legal – são legítimas e se subsumem às categorias clássicas da possibilidade jurídica, da legitimação para a causa e do interesse de agir (art. 267, VI, CPC).

Ora, é exatamente na categoria do interesse de agir que se inserem as técnicas pelas quais o legislador pode exigir, para o ajuizamento da ação, o esgotamento prévio das vias administrativas, desde que o faça em termo razoáveis. Visto o interesse de agir por seus indicadores fundamentais – a necessidade de tutela jurisdicional e sua utilidade (ou adequação)-, não haverá necessidade de recorrer às vias jurisdicionais enquanto caminhos alternativos forem ainda capazes de levar à solução espontânea do conflito de interesses: o que se faz, no nosso caso, pela tentativa de conciliação é arbitragem. A razoabilidade do prazo é igualmente evidente.”²⁹

Na mesma linha de raciocínio se posicionou o Ives Gandra da Silva Martins Filho:

“A pretensa inconstitucionalidade, vislumbrada por alguns, na obrigatoriedade da passagem prévia da demanda perante a comissão de conciliação, não tem qualquer procedência. As comissões de conciliação prévia não constituem óbice ao acesso ao judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, na medida em que são apenas instância prévia conciliatória, em que a comissão deve dar a resposta à demanda em dez dias (CLT, art. 625-F), o que, de forma alguma, representa óbice ao acesso ao Judiciário.”³⁰

Entretanto, independente da constitucionalidade ou não da

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Órgãos Extrajudiciais de Conciliação*. Revista de Direito do Trabalho, Revista Trimestral, setembro de 1993, n. 83, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, p. 18.

³⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Modernização da Justiça do Trabalho: extinção da representação classista, movimento de recursos por despacho e rito sumaríssimo*, Jornal Trabalhista, ano 17, no. 803, Brasília, 13/03/2000, p. 14.

submissão antecipada das controvérsias às comissões de conciliação prévia, o certo é que nesse tema não há consenso e que, a possibilidade de quitação ampla de direitos trabalhistas por meio de tais comissões é inadmissível, quer do ponto de vista jurídico, quer até do ponto de vista material ante a desigualdade real entre os protagonistas do conflito trabalhista.³¹

Se de um lado parte da doutrina vê a presença das comissões de forma positiva, outra parte já lhe reserva severas críticas. As principais críticas que lhes são atribuídas dizem respeito às fraudes que ocorrem no seio dessas comissões, ao esvaziamento da função sindical efetiva, a atuarem como local de flexibilização dos direitos trabalhistas e de sua desconstrução.³²

Já as posições de apoio dizem que esse órgão extrajudicial de conciliação atua como anteparo da Justiça do Trabalho ao grande número de processos; que há revitalização de via alternativa ao processo; que há satisfação mais rápida das necessidades vitais do trabalhador; que atuam como sistema de filtragem dos litígios, contribuindo sobretudo para descongestionar a JT e que rompem com cultura brasileira de para tudo procurar o Judiciário.³³

Em que pese a temática do artigo não ser especificamente sobre comissões de conciliação prévia, o tema não pode ser olvidado, nem tão-pouco poderia se deixar de fazer referência a um interessante debate que se trava sobre a função ideológica da Lei 9958/99 onde se indaga se ela não seria

³¹ Deve-se ter cuidado para não repetir a solução mandarim. "Existia um reino, governado por um imperador e administrado pelo mandarim. Certo dia de chuva, o imperador resolveu deixar o palácio e passear pelo reino. Verificou que muitos súditos possuíam guarda-chuva. Porém, também, constatou que muitos não tinham guarda-chuva. Insatisfeito com tal situação, ao retornar ao palácio, o imperador ordenou ao mandarim que resolvesse o problema: não admitiria mais ver nenhum súdito sem guarda-chuva. Decretou, então, que, na próxima chuva, deixaria o palácio, e, se encontrasse alguma pessoa sem guarda-chuva, mandaria matar o mandarim. Quando a chuva voltou a cair, o imperador foi passear na cidade e não encontrou nenhum súdito sem guarda-chuva. Satisfeito, indagou ao mandarim como teria conseguido tal proeza. Fácil, respondeu o mandarim: mandei matar todas as pessoas que não tinham guarda-chuva." - Lenda antiga.

³² Por exemplo, Márcio Túlio Viana: *A onda precarizante, as comissões de conciliação e a nova portaria do ministério do trabalho*, Revista LTr, São Paulo, vol. 66, no. 12, Dezembro de 2002, p. 1447/1460.

³³ Como se depreende dos dizeres de Ives Gandra da Silva Martins Filho. *Modernização da Justiça do Trabalho: extinção da representação classista, movimento de recursos por despacho e rito sumaríssimo*. Jornal Trabalhista, ano 17, no. 803, Brasília, 13/03/2000, p.10-14.

forma de desconstituir direitos positivados na lei e nas convenções coletivas, se não seria uma forma de esconder a não efetivação dos direitos sociais e, também, de diminuir os custos da mão de obra.

As comissões de conciliação prévia na forma como tem se apresentado, tenham realmente ensejado e merecido todas as críticas a elas direcionadas, não se pode olvidar que as idéias defendidas por aqueles que apóiam a presença das referidas comissões não sejam defensáveis. Por exemplo, não há como dizer que os atores coletivos (sindicatos) não possam participar de um processo alternativo de resolução dos conflitos de forma coerente, legal, ética e responsável.³⁴

Enaltecer o lado genuíno da idéia de composição de conflitos extrajudicialmente pode ser uma boa via para se percorrer estabelecendo contornos éticos e efetivos para que tal se realize. Não há como não reconhecer que há um efeito perverso da judicialização das relações sociais.

Na judicialização, a Justiça aparece como último refúgio de um ideal democrático desencantado; procura-se a Justiça como uma muralha contra o desabamento interior, com os Juízes chamados a preencher uma função clerical, abandonada pelos antigos titulares. Surge uma sociedade de litigantes, onde não se tenta resolver as questões extrajudicialmente. A democracia gera o paradoxo de fragilizar os laços sociais, onde cada cidadão libera-se de seus “magistrados naturais” e entrega o destino de tudo ao Juiz estatal. A efetivação dos direitos sociais deixa de ocorrer na sociedade civil, fazendo emergir uma cidadania passiva, onde o paternalismo estatal pode levar a uma “justiça de salvação”, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos clientes de um Estado providencial.³⁵

O tema é complexo e a própria estruturação e realidade das

³⁴ Sobre experiência positiva, ver: “*Sindicatos na administração da justiça: mediação e arbitragem voluntárias nos dissídios individuais do trabalho*”, Antônio Gomes de Vasconcelos, Revista Trabalho e Doutrina, Ed. Saraiva, São Paulo, n. 14, setembro de 1997, p. 14/28 e também, livro “*Sindicatos na administração da justiça*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997.

³⁵ Debate interessante advindo de textos de Boaventura Santos e Antoine Garapon.

referidas comissões está a merecer o contínuo e aprofundado debate. Todavia, inequívoco que uma das condições necessárias mínimas para o funcionamento adequado das comissões de conciliação prévia será a efetivação da promessa constitucional de proteção ao trabalhador quanto à sua dispensa arbitrária.³⁶

04.2. VERTENTE JUDICIAL - DEFINIÇÃO ESTRUTURAL POSITIVA.

Desde sua criação, a Justiça do Trabalho está estruturada em três graus de jurisdição, sendo integrada atualmente e segundo previsão legal pelos seguintes órgãos: Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho (art. 111 da CF/1988)

É de se ressaltar que com a extinção da representação classista, a composição das Varas do Trabalho sofreu substancial alteração, na medida em que a jurisdição na primeira instância passou a ser exercida pelo Juiz singular e não existem mais leigos compondo tribunais regionais ou o tribunal superior.

A extinção da representação classista, ou em outras palavras a exclusão dos quadros da Justiça do Trabalho dos juízes leigos, se deu, dentre vários motivos, ao desvirtuamento da representação que tinha como inspiração a concepção de que a presença de leigos na estrutura do Judiciário

³⁶ Sobre o tema: **1.** *A Solução extrajudicial dos conflitos individuais do trabalho.* José Francisco Siqueira Neto, Revista T&D - Trabalho e Doutrina, Ed. Saraiva, São Paulo, n. 14, setembro de 1997, p. 58-62 **2.** *Dissídio individual e conciliação extrajudicial prévia.* João Orestes Dalazen, Revista do TRT da 9ª Região, Curitiba, Paraná, v. 1, n. 1, 1976, p. 41-59. **3.** *Modernização da Justiça do Trabalho: extinção da representação classista, movimento de recursos por despacho e rito sumaríssimo.* Ives Gandra da Silva Martins Filho. Jornal Trabalhista, ano 17, no. 803, Brasília, 13/03/2000, p. 10-14. **3.** *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho.* Maurício Godinho Delgado. Revista LTr, vol. 66, n. 06, junho de 2002, São Paulo, p. 663-670. **5.** *A onda precarizante, as comissões de conciliação e a nova portaria do Ministério do Trabalho.* Márcio Túlio Viana. Revista LTr, vol. 66, n. 12, dezembro de 2002, São Paulo, p. 1447-1460. **6.** *Soluções extrajudiciais dos conflitos individuais trabalhistas.* Jorge Luiz Souto Maior. Jornal Trabalhista. Ed. Consulex, Brasília, 31.01.2000, p. 4-5. **7.** *Conflitos individuais: solução extrajudicial?* Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. Revista T&D - Trabalho e Doutrina, Ed. Saraiva, São Paulo, n. 14, setembro de 1997, p. 84-99. **8.** *Órgãos extrajudiciais de conciliação.* Ada Pelegrini Grinover. Revista de Direito do Trabalho. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, no. 83, setembro de 1993, p. 17-19. **9.** *Conciliação extrajudicial: uma via para flexibilização.* Ivan da Costa Alemão. Revista de Direito do Trabalho, Ed. Gênese, Curitiba, Paraná, n. 37, janeiro de 1996, p.35-40.

representaria a democratização do Judiciário.³⁷

Assim, hodiernamente, todo o iter procedimental trabalhista é realizado pelo Juiz togado, inclusive e principalmente, todas as tentativas de conciliação previstas em lei. De se ressaltar que o passado recente com a presença de juízes não togados na administração da Justiça e os problemas que foram vivenciados e diagnosticados com tal experiência, conferem segurança e certeza de tratar o tema conciliação na Justiça do Trabalho sob a premissa de que tal conciliação é feita somente pelo Magistrado do Trabalho, profissional preparado e vocacionado para tão importante mister.³⁸

05 – ACESSO À JUSTIÇA

No Estado de Direito contemporâneo não merecem qualquer ressonância a idéia ou as práticas pregadas na China do século XII, representadas pelo teor do decreto do imperador Hangs Hsi:

“Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da idéia do Direito quanto se apavorem com a perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos não se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se não existisse o temor de se ir aos Tribunais; o que ocorreria se os homens concebessem a falsa idéia de que teriam a sua disposição uma justiça acessível e ágil; o que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes. Se essa falsa idéia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.”³⁹(cf. *Legal Institutions in Manchú China*, Van Der Sprenkel, 1962, p.

³⁷ “A instituição da representação classista, que prestou seus serviços nos primórdios da Justiça do Trabalho, mostrou-se, ao longo do tempo, incapaz de plasmar na realidade cotidiana das lides trabalhistas o ideal pelo qual foi instituída, permitindo que nela se alojassem distorções que terminaram por desfigurá-la e mostrar suas deficiências e limitações.” MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Modernização da Justiça do Trabalho: extinção da representação classista, movimento de recursos por despacho e rito sumariíssimo*, in *Jornal Trabalhista*, ano 17, no. 803, Brasília, 13/03/2000, p. 11.

³⁸ Até porque é a própria lei que assim estabelece - art. 764, 846, 850, 852-E da CLT.

³⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, v. 727, ano 85, maio/1996, pg. 29-30.

77).

O acesso à Justiça é um direito do cidadão, não apenas do ponto de vista do direito ao ajuizamento da ação, mas também no sentido amplo que o termo tem, encerrando verdadeira pacificação social.⁴⁰ Por outro lado, hodiernamente, é bem claro que tratar como iguais a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça, repetindo a exclusão já existente na relação de direito material.⁴¹

A confiança dos cidadãos nos órgãos jurisdicionais é imprescindível, sendo mister que o cidadão acione o Poder Judiciário, seja ouvido, tenha seu problema solucionado em tempo hábil, para que as nefastas conseqüências do descrédito ou do desestímulo em sua utilização não se façam presentes. A inadequação do Judiciário para suas funções manifestas provoca insegurança jurídica e isso ocasiona, em *ultima ratio*, uma situação de perigo para a democracia.⁴²

05.1. ACEPÇÕES POLÍTICAS

⁴⁰ Ter acesso ao Judiciário sem a garantia de um tratamento igualitário não é participar de um processo justo.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 31.

⁴² A concessão, via norma constitucional, de direitos econômicos e sociais tornou o direito de acesso à Justiça no direito essencial à efetivação dos novos direitos outorgados. O problema econômico também atingiu a capacidade do Estado de organizar e aparelhar a Justiça de maneira a dar resposta às crescentes demandas sociais, cujos conflitos terminavam em processos judiciais. Enquanto se operava a rebelião das massas, o CPC foi um marco da legislação brasileira preocupado em pôr o sistema processual civil em consonância com o progresso científico daqueles tempos. Além do rigor conceitual, da busca de critérios científicos para a terminologia processual, a codificação de 1973 caracteriza-se pelo formalismo. Apesar de a legislação adotar o princípio da instrumentalidade, em várias passagens, culmina de nulidade a não obediência à forma - art. 13, I, 246, 247, 236, 333, par. Único, 618 e 1029. O cientificismo do CPC foi uma etapa necessária ao desenvolvimento do direito processual, todavia, de há muito é insuficiente para a pacificação social pela via da Justiça, tanto que foram criados os Juizados Especiais cujo rito processual bem se assemelha ao rito processual trabalhista. É de se dizer que a Consolidação das Leis do Trabalho, apesar de necessárias e pontuais reformas, ainda é um modelo processual extremamente interessante porque respeita o devido processo legal, todavia tem em sua base a informalidade, a instrumentalidade e principalmente, mecanismos que pugnam pela efetividade. ALMEIDA, Selene Maria de. "O paradigma processual do

O “acesso à Justiça”, na acepção jurídica formal é a mera garantia formal de postulação jurisdicional, de acesso ao Poder Judiciário. Na acepção jurídica material, é o acesso a todo e qualquer órgão, poder, informação e serviço, especialmente, mas não apenas os públicos, e aos direitos fundamentais e humanos.⁴³

Na feliz síntese de Cappelletti e Garth, acesso à justiça é o “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”.⁴⁴

As políticas de acesso à justiça, denominadas de ondas por Cappelletti e Garth, podem ser assim resumidas:

“ O recente despertar de interesse em torno do efetivo acesso à Justiça levou a três posições básicas, ao menos nos países do Mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes da proporcionar *representação jurídica par os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é que nos propomos a chamar simplesmente de “*enfoque de acesso à Justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles (...).⁴⁵

Essa última “onda” denominada de “enfoque de acesso à justiça” visa à transformação da estrutura judicial, desburocratização de tribunais e procedimentos, reformas, inclusive, da mentalidade do operador do direito.⁴⁶

05. 2. PERSPECTIVAS

liberalismo e o acesso à justiça”.Revista CEJ - Brasília, n.22, p.20-24, jul/set 2003.

⁴³ MARTINS, Leonardo Pereira. *Da negação do acesso à justiça - identificando as matrizes dos mecanismos pelos quais se opera o fenômeno*, RT Fascículos Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 93, vol 827, set/2004, p. 732-3.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002, p.8.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002, p. 31.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. “Acesso à justiça”, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 31.

O tema “acesso à justiça” pode ser abordado por diversas perspectivas. Na perspectiva do cidadão, pode-se dizer que acesso à justiça é direito de falar e ser ouvido; é direito de acesso a um serviço público; é exercício de cidadania. Para a sociedade, “acesso à justiça” é uma tutela jurisdicional que seja efetiva e eficaz. E, partindo da premissa de que o exercício da jurisdição se trate, também, de um serviço público (ainda que em sentido lato), a sociedade tem expectativa que a tutela jurisdicional seja justa, em tempo razoável e com resultados reais e efetivos.

Na perspectiva do Juiz, várias são as posturas que podem ser analisadas. A propósito da postura mental, diz José Renato Nalini:

“Imbuir-se do espírito de juiz que se propõe a ampliar o ingresso das pessoas à proteção da justiça é resultado de desforço meramente pessoal. É o íntimo de suas convicções, a cena de batalha em que se contrapõem argumentos propendentes à visão clássica do julgador passivo e neutro e a assunção de um compromisso real com a concretização da justiça.... A questão hoje ultrapassou a escala da mera *conveniência* ou já não se coloca mais como *recomendação*. É tema de *sobrevivência institucional*. Ou o Judiciário acorda para os reclamos de uma comunidade heterogênea, mas desperta, ou será substituído por alternativas menos dispendiosas, mais rápidas e eficientes de resolução dos conflitos.”⁴⁷

O olhar sobre o tema “acesso” pode convergir também para a análise da postura processual. O Juiz trabalha com as normas processuais postas, assim deve extrair delas tudo o que puder assegurar em termos de concretização do justo. É sua tarefa constante no exercício jurisdicional. O Juiz é o condutor do processo, portanto a ele incumbe fazê-lo tramitar de maneira regular e célere. E, como o processo converge para a decisão, deve o juiz, portanto, usar de iniciativas instrutórias de ofício, empenhar-se na conciliação, ter conhecimento total da controvérsia, além da clara noção que processo é

⁴⁷ NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2000, p.83.

instrumento e não razão de ser.⁴⁸

A missão de realizar justiça atribuída ao Juiz, traz como requisitos inafastáveis de seu ofício, a necessidade de zelo e dedicação na direção dos processos e, também, em sua atuação em audiências na fase conciliatória e na instrução.

Na concepção de um processo justo, o clássico direito de ação se transforma não apenas em meio de se recorrer ao Poder Judiciário para a defesa dos direitos individuais, mas também para o estabelecimento de um verdadeiro direito material da justiça, que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição.⁴⁹

O sistema processual trabalhista corresponde, na verdade, a um verdadeiro sistema de tutela jurisdicional diferenciada: seja através da concentração; seja através da simplificação das fases e dos atos processuais; seja através da técnica de sumarização da cognição, típica das medidas cautelares e antecipatórias⁵⁰, o que lhe outorga posição de destaque nessa concepção de processo justo.

06. IMPORTÂNCIA E PAPEL DA CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Observando o teor dos arts. 764, 831, 850 e 852-E todos da CLT, é forçoso reconhecer que os momentos legais específicos à tentativa de

⁴⁸ NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2000, p. 118-138.

⁴⁹ Nesse contexto, a presença de um magistrado com saberes transdisciplinares é imprescindível, além da da aproximação com a exlética - "pensamento do homem integral". Sobre o tema, ver MARTINS, Nádia Bevilaqua. *Resolução Alternativa de Conflito Complexidade Caos e Pedagogia*, Curitiba: Juruá, 2006.

⁵⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.154.

conciliação resultam na consagração do Juiz como pacificador social, relegando a segundo plano sua função de aplicador da lei.

A importância da conciliação no processo do trabalho é inequívoca, tanto que se tem entendido que, se o Juiz não propõe a conciliação, haverá nulidade absoluta do atos processuais posteriores, já que se trata de matéria de ordem pública.⁵¹

A propósito:

“NULIDADE POR AUSÊNCIA DA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO NA AUDIÊNCIA INAUGURAL – Nos termos do artigo 846 da CLT, no processo do trabalho, é imperativo de ordem pública a sujeição dos dissídios individuais à prévia proposta de conciliação. Pelo menos em duas oportunidades definidas por lei, o Juiz é obrigado a propor e a renovar a proposta de conciliação. Ademais, a proposta de conciliação é obrigatória, pela própria natureza do processo do trabalho, conforme se extrai do artigo 114 da Constituição Federal que disciplina a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais. Portanto, a ausência da proposta de conciliação constitui nulidade absoluta, podendo ser argüida a qualquer tempo. Revista conhecida e provida”. (TST – RR 335588/1997 – 3ª T. – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 22.10.1999 – p. 204).⁵²

Arion Sayão Romita ⁵³ analisando a conciliação não sob o enfoque processual, mas sim sob o prisma da política social, diz que a conciliação, ao lado da composição e da competência, constitui um dos pilares em que se apóia a organização corporativista da Justiça do Trabalho. (grifou-se)

Para o referido autor, a Justiça do Trabalho do Brasil foi instituída

⁵¹ Nesse sentido: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 479.

⁵² É de se salientar que a nova redação do art. 114 da Constituição (EC 45/04) não mais possui o verbo “conciliar”, todavia, sabe-se que tal alteração ocorreu em face das novas competências trabalhistas onde não se admite a conciliação (executivos fiscais e mandado de segurança em 1º grau). Portanto, o teor do acórdão do C. TST é plenamente aplicável, apesar da referida alteração.

⁵³ ROMITA, Arion Sayão. *A conciliação no processo do trabalho após a Emenda Constitucional n. 45*. São Paulo: Revista LTR, vol. 69, no. 5, maio de 2005, p. 535

com a finalidade de anular o conflito entre as classes evitando o contato direto entre elas e refletindo em conseqüência a mesma feição paternalista. Diz que a Justiça do Trabalho deve reservar seus esforços para a tarefa de julgar. E arremata aduzindo que a mera (sic!) tentativa de conciliar as partes constitui trabalho subalterno para juizes de 1º grau, que se prepararam para uma bela carreira, prestaram um concurso difícilimo e jamais terão oportunidade de demonstrar sua cultura jurídica se o esforço conciliatório vingar. O texto foi escrito em outubro de 1993 e a propósito da alteração do caput do art. 114 da Constituição da República foi republicado em 2005 com a mesma assertiva.⁵⁴

Efetivamente, não comungo do posicionamento externado pelo r. autor, salientando que o mister conciliatório do Juiz do Trabalho é extremamente importante e rico, sendo a conciliação relevante mecanismo estatal dos conflitos intersubjetivos de interesses nas sociedades contemporâneas. Urge eliminar tais preconceitos, até porque é até do senso comum que no atuar conciliatório o Juiz deverá ter inúmeras ferramentas que, nem sempre, no ofício de julgar serão necessárias. O Juiz que atua conciliando e julgando, desenvolve saberes distintos, é um profissional complexo, com conteúdos e ferramentas de atuação transdisciplinar e muito preparado para a função jurisdicional como um todo.

Lapidar o ensinamento de José Roberto Freire Pimenta:

“É fundamental a compreensão da importância da conciliação como um componente inevitável e importantíssimo do mecanismo de solução estatal dos conflitos intersubjetivos de interesses, nas sociedades contemporâneas. Isto é necessário, antes de mais nada, para eliminar o inegável e equivocado preconceito que os operadores de Direito ainda têm com as conciliações em geral e, em particular, com os acordos trabalhistas – como se a Justiça que enfatizasse as conciliações em detrimento daquela que sempre decidisse os conflitos a ela submetidos através de sentença autoritativamente proferida fosse, de algum modo, uma “Justiça menor” e, também, de alguma forma “menores” os juizes que encaminhassem, com a ênfase e o empenho necessários, o

⁵⁴ ROMITA, Arion Sayão. *A conciliação no processo do trabalho após a Emenda Constitucional n. 45*. Revista LTR, vol. 69, no. 5, maio de 2005, p. 535.

entendimento entre as partes.”⁵⁵

06.1. CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO:

Como já se salientou, é inequívoco que a conciliação é relevante mecanismo estatal de solução estatal dos conflitos intersubjetivos de interesses nas sociedades atuais.⁵⁶ E, como também já salientado acima, já é hora de eliminar a preconceituosa visão de que a Justiça que concilia é uma Justiça “menor” e de que os Juízes que conciliam são Juízes “menores”.⁵⁷

Não menos certo que há de se rechaçar a idéia de que o sistema processual trabalhista é um sistema originalmente defeituoso, padecendo de

⁵⁵PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.154.

⁵⁶ Alguns trechos de grandes doutrinadores: **Martins Catharino**: a conciliação é uma consequência do princípio teleológico da finalidade social específica, um dos seus princípios fundamentais, próprio do Direito Processual do Trabalho. **Coqueijo Costa**: os órgãos da Justiça do Trabalho são precípua e inicialmente conciliadores, decidindo se não conseguirem avir as partes, porquanto suas decisões, mesmo em dissídios individuais, transcendem o interesse conflitante das partes para se projetar no todo como poderoso instrumento de paz social. **José Augusto Rodrigues Pinto**: o Juiz do Trabalho é além de conciliador, mediador e árbitro.

⁵⁷ Também na Itália eram tradicionalmente vistos como componentes de uma “justiça menor” os conciliadores ou juízes de paz, juízes leigos (hoje recrutados exclusivamente entre bacharéis em Direito, mas que desempenham funções exclusivamente honoríficas e não remuneradas) correspondentes ao primeiro dos três níveis em que se dividiam naquele país os órgãos jurisdicionais de primeira instância (encarregados fundamentalmente das “pequenas causas”, sendo os outros dois o “pretor”, juiz de carreira que decidia monocraticamente alguns tipos de litígios, e os “tribunais”, compostos também exclusivamente de juízes de carreira e que decidiam de forma colegiada todos os demais litígios, estrutura essa que recentemente foi modificada pelo Decreto legislativo nº 51, de 19.02.98, que suprimiu a figura do pretor e repartiu a competência jurisdicional naquele país exclusivamente entre os juízes de paz e os tribunais, decidindo estes, como regra geral, em composição monocrática em matérias pré-fixadas, inclusive nas controvérsias do trabalho, e de forma colegiada, de forma residual, nas demais). Vejam-se a respeito o trabalho já citado de Nicola PICARDI (“Il conciliatore”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1984, Milano: Giuffré Ed., p. 1067-1115), bem como dois artigos de Mauro CAPPELLETTI (“Giudici laici”, *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 698 e ss. e “Appunti su conciliatore e conciliazione”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffré Ed., 1981, p. 50 e ss.), bem como as concisas exposições de Elio FAZZALLARI (*Istituzioni di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1996, 8ª ed., p. 125-133), de Giovanni VERDE (*Profili del processo civile - 1. Parte generale*, Napoli: Jovene Editore, 4ª ed., 1994, p. 84-87) e de Andrea PROTO PISANI (*Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999, p. 15-18, 135-139 e 225-228). In PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.154-5.

vício insanável, a merecer total reforma ou aplicação irrestrita do Código de Processo Civil.

Nicola Picardi, professor da Universidade de Roma, citado por José Roberto Freire Pimenta, a propósito da conciliação no direito comparado, salienta:

“O direito comparado tem revelado, nos últimos anos, um perfil comum em todos os países, no sentido de reforçar e de desenvolver formas de conciliação, principalmente para garantir uma maior eficiência de todo o aparato judiciário. O que equivale dizer: a conciliação se apresenta, no mundo contemporâneo, como uma das formas de garantir maior eficiência ao aparato judiciário.”

A conciliação judicial, em especial aquela que possa ser obtida logo no início do iter procedimental é extremamente interessante, por razões de funcionalidade do próprio sistema e, também porque atende aos princípios da celeridade e efetividade tão importantes quando se trata de tutela jurisdicional desejável.⁵⁸

Por outro lado, a conciliação recupera faixas contenciosas que ficariam em estado potencial (as chamadas pequenas causas). E, uma vez que atenua a pressão numérica dos processos judiciais contribui para reduzir o tempo de tramitação global dos processos, preservando a qualidade da atuação dos organismos judiciários.⁵⁹

Sempre que as partes estão envolvidas em relações multiplexas, isto é, relações de múltiplo vínculo (opostas às relações circunstanciais, de

⁵⁸ A esse respeito se pronunciaram de forma expressa CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant em sua obra coletiva “Acesso à justiça”, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 83/84: “Existem vantagens obtidas tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes.”

vínculo único, que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações por sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cujo equilíbrio só a conciliação pode adequar.⁶⁰

Segundo José Roberto Freire Pimenta, nessas hipóteses de conflitos surgidos e desenvolvidos no curso de uma relação jurídica ao menos tendencialmente continuativa, a sentença não é a melhor solução por que:

“Essa tende, de fato, a resolver o problema retrospectivamente, estabelecendo qual das duas partes na lide tinha razão e qual agiu errado, do ponto de vista técnico jurídico. Na espécie, o episódio isolado está inserido, ao invés, na situação complexa da qual saiu e a investigação do julgador tem de ser dirigida não tanto ao passado quanto ao futuro. Sobre a justiça legal, técnica, profissional deve prevalecer, como regra, a busca de toda possibilidade destinada a restabelecer uma convivência pacífica entre as partes.”⁶¹

Existem litígios próprios da vida contemporânea que surgem em decorrência das relações intersubjetivas relativas às chamadas “instituições integrais” – família, escola, hospital, local de trabalho, por exemplo. E, nesses conflitos os procedimentos de conciliação são desejáveis, porque a “fuga” destas instituições ou é impossível ou é muito onerosa, além do que as relações são destinadas a perdurar no tempo. Outro tipo de litígio em que a conciliação opera de forma eficaz são as chamadas “pequenas causas” (aquelas de reduzida relevância econômica se consideradas caso a caso), pois a chance de abandono pelo autor se a demanda não terminar por acordo na 1ª audiência é freqüente.

Na realidade, a conciliação é a pedra de toque do processo trabalhista, alçada a um verdadeiro princípio basilar, o que demonstra quão

⁵⁹PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.154.

⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 272, 1980.

⁶¹ PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.154-5

fundamental é o papel do Juiz do Trabalho em um contexto como tal.

06.2. POSTURA PRÓ-ATIVA DO JUIZ NO PROCESSO DO TRABALHO

Como postura “pró-ativa” do Juiz entende-se uma participação efetiva do juiz na condução do processo, usando seu poder diretivo (formal e material) e suas faculdades instrutórias, sem se afastar, é claro, da condição e garantia que as partes têm de ter um juiz imparcial.

O papel tradicionalmente reservado ao juiz de um espectador inerte, passivo e incapaz de reagir e agir por uma justiça mais eficiente e mais próxima da verdade real não cabe mais no momento atual. Já se disse que o Juiz seria um “convidado de pedra” diante das injustiças e misérias do mundo. Já se disse, também, que o que não está nos autos não está no mundo. Mas, não é esse o papel que a sociedade contemporânea espera do Poder Judiciário.⁶²

Se em outros ramos do direito, a postura “pró-ativa” do Juiz vem sendo incentivada, no processo do trabalho ela tem especial relevância, quer pelo tipo de conflito que lhe é submetido diuturnamente, quer porque a referida atuação está prevista na própria consolidação em seus arts. 8º e 765.

E a lei assim estabelece porque os conflitos trabalhistas têm origem e repercussão de amplo significado social. Por outro lado, nunca se olvide que as partes nesses conflitos são profundamente desiguais tanto do ponto de vista econômico, social e cultural. E, acresça-se que é inequívoca a

⁶² Sobre o tema ver “A Rebelião da Toga”, José Renato Nalini, Ed. Millenium, São Paulo, 2006. Para o autor a “rebelião” da toga seria uma espécie de conversão do juiz brasileiro para tornar-se um artífice da pacificação, a partir de uma interpretação constitucional conseqüente com a realidade. Para ele a missão de edificar a nação justa, fraterna e solidária prometida pelo constituinte, não pode recair apenas sobre os demais Poderes - o Executivo e o Legislativo. Segundo o autor, o Judiciário é também parte integrante do Estado, é um dos três Poderes da República e os objetivos fundamentais da Nação brasileira são seus também.

eficiência dos litigantes “habituais” em sua atuação em juízo, tendo que se compensar juridicamente tais desigualdades de fato. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, a previsão legal da “pro-atividade” do Juiz do Trabalho é irrepreensível.

Márcio Túlio Viana em texto sobre “discriminação”, com sutileza e muita propriedade, trata de algumas questões que estão subjacentes ao exercício da função jurisdicional do Magistrado do Trabalho e que fundamentam a postura “pró-ativa” referida:

“Vejo hoje, com vinte e um anos de atraso, que o processo - ou o procedimento - é algo muito mais intrincado e complexo do que um simples conjunto de regras formais, entre as quais o juiz se movimenta. Não é apenas um composto de prazos, recursos, sentenças, petições. É também o modo de falar, o jeito de ouvir, a forma de olhar; são as vestes talares, o estrado alto, o linguajar rebuscado, o argumento mais hábil. É tudo isso e muito mais: como as raízes de uma árvore, ele se irradia para além dos papéis, para além da lei e para fora da sala de audiências. Se o que não está nos autos não está no mundo, o que está no mundo está sempre nos autos...

Por isso, discriminamos todos nós, juízes, quando não notamos que todas as coisas se interagem; e que a Justiça não é uma estátua de mármore, mas uma mulher cheia de malícias, que recebe e reflete tudo o que se passa fora dela. Em poucas palavras, discriminamos quando não percebemos que as relações de dominação não se esgotam no pequeno mundo da fábrica, mas acompanham o trabalhador em cada um de seus passos e de seus gestos; que o perseguem até em seu lar, quando ele engole e digere, sem defesas, os jornais e as domingadas da TV...

Discriminamos todos nós quando não vemos - ou tentamos não ver - que a igualdade formal, embora muito importante, pode também servir, e tem servido, para mascarar e legitimar a desigualdade real: se todos são iguais, por que não o seriam as próprias regras? Na verdade, como dizia, as regras compensatórias, que a lei criou, só reduzem as discriminações mais visíveis.

Discriminamos todos nós, eu diria, quando deixamos de ser parciais: não para destorcer a prova, ignorar a norma ou prejudicar o fato, mas no sentido de compensar, na medida do possível e do razoável, as outras tantas discriminações que a lei despreza ou esconde - pois ela quer manter o mito, e (graças a isso) todo o sistema.

Discriminamos todos nós, enfim, quando nos tornamos insensíveis às infinitas variáveis do cotidiano, sem perceber que uma parte do processo vem das ruas - contaminando, por todos os lados, o corpo cheio de poros da Justiça.”

Compreende-se que, no processo do trabalho a atuação do magistrado é instrumento estatal de equalização jurídica das partes materialmente desiguais, além de controlar a aplicação das normas de ordem pública e de interesse da sociedade em geral (v.g. direitos indisponíveis, questões tributárias e previdenciárias⁶³).⁶⁴

Assim, inexorável a conclusão de que o Juiz do Trabalho não é um mero “homologador passivo” de todo e qualquer acordo que lhe seja submetido pelos litigantes (arts. 125, III e 129 do CPC).⁶⁵ Na homologação que corresponde ao ato judicial praticado pelo Juiz do Trabalho, compete-lhe avaliar com a percuciência e profundidade pertinente a forma e o conteúdo que lhe estão sendo submetidos. Tudo de modo a assegurar a livre e consciente manifestação da vontade das partes e, também, para evitar ofensa a normas de ordem pública, assegurando a presença de uma genuína transação.

06.3 – O LITIGANTE HABITUAL E SUA ATUAÇÃO EM JUÍZO

⁶³ Art. 832, § 6º, da CLT - O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União.

⁶⁴PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.155.

⁶⁵ Em sentido oposto, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena “A nível de preservação não só da competência dos Juízes do Trabalho mas e mesmo dos instrumentos operativos e das questões e do conteúdo da conciliação trabalhista, fica-se na indevassabilidade do conteúdo do acordo, que é negócio jurídico autônomo entre as partes, de que externa e formalmente participa o órgão judicial, com o ato da homologação. É evidente que a intervenção do Estado, através do Juiz, no ato da homologação, é exclusivamente extrínseca e diz respeito, tão somente, ao procedimento, ao iter e à forma deste ato. (omissis) Pois bem, o Juiz do Trabalho não pode intervir no ato de elaboração das condições materiais do acordo nem desvirtuar-lhe as causas que levaram as partes a realizá-lo, e menos ainda, obstaculá-lo, com inserção de cláusulas ou condições externas à vontade autônoma dos interessados, pois o Estado não integra substancialmente a transação mas, na Justiça, o faz tão só formalmente, com a homologação pela Junta, que extingue a lide e faz a coisa julgada.” *A conciliação trabalhista. A transação. O IR e o INSS*. Belo Horizonte: Boletim Doutrina e Jurisprudência, TRT da 3ª Região, v. 14, n. 01, jan/maio de 1993.

No caso dos chamados “litigantes habituais”, a postura “pró-ativa” do Juiz também se faz necessária porque compensa juridicamente as eventuais desigualdades de fato, já que a eficiência desses litigantes quando em juízo é inequívoca.

A eficiência dos litigantes eventuais decorre de alguns fatos e posturas que podem ser adotadas, exatamente por ter posição assídua frente ao Poder Judiciário. Inequívocas as vantagens dos litigantes “habituais” em face dos litigantes “eventuais”, consoante pode-se verificar pelo elenco apresentado por José Roberto Freire Pimenta:

- “a) maior experiência com o Direito, que lhes possibilita melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos;
- b) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos (o que significa que, para cada um deles, ser-lhe-á menos oneroso atuar em Juízo; por exemplo, em se tratando das mesmas lesões eventualmente cometidas contra um número expressivo de empregados, suas defesas e seus meios de prova serão sempre iguais, padronizados ou ao menos semelhantes);
- c) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora (que, embora não sejam capazes de influenciar o conteúdo de suas decisões imparciais, não deixam de constituir uma vantagem adicional, ao menos para lhe permitir saber qual a melhor maneira de se conduzir ao longo dos feitos e de argumentar da forma mais persuasiva possível, em função de seu conhecimento das posições de cada jogador, já manifestadas em casos similares);
- d) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos (o que por sua vez vai diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por algumas vitórias);
- e) ele pode testar estratégias diferentes com determinados casos (de natureza material ou processual), de modo a criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles e a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.”⁶⁶

O sistema da CLT é inspirado pelo publicismo do processo, que lhe garante uma coloração mais efetiva, social e justa. E, se o artigo 791,

“caput”, da CLT de inequívoca constitucionalidade, assegura aos litigantes trabalhistas o *jus postulandi*, o papel do Juiz do Trabalho é extremamente importante como instrumento de garantia da igualdade substancial (e não apenas formal) das partes no curso do processo trabalhista. Esta tarefa do juiz de facilitar e promover a equalização das partes deve ser destacada, observando que os “juizadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional.”⁶⁷

Não se entenda com isso que se está a defender que o Juiz do Trabalho atue de forma parcial ou direcionada a uma das partes. Na realidade, a sua intervenção equalizadora visa a garantir às partes uma real “igualdade de ferramentas” tanto para no “atuar processual”, quanto para a compreensão da controvérsia e do iter procedimental que elas percorrerão. Há de se garantir sempre às partes, o patamar essencial oriundo dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

06.4. CONCILIAÇÃO COMO MEDIDA DE EFETIVIDADE JURISDICIONAL

A conciliação não pode ser interpretada ou processada como uma forma de desconstrução do processo ou do direito material que lhe está subjacente. Tratar de conciliação é tratar de um instituto importantíssimo que, todavia, não pode se converter em medida de inefetividade dos direitos legalmente previstos. Essa é uma premissa indeclinável desse estudo: o processo não pode ser ferramenta de desconstrução do direito material do trabalho.

Mauro Cappelletti e Briant Garth salientam que as técnicas processuais (a forma pela qual os direitos substanciais se tornam efetivos)

⁶⁶PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p. 157.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. “Acesso à justiça”, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 103.

servem a funções sociais:

“... qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.”⁶⁸

Assim sendo, conforme dizeres de José Roberto Freire Pimenta, a prática do Juiz na conciliação tem que ter subjacentes algumas importantes questões:

1. Aplicação do direito material pelo Judiciário é mecanismo de justa pacificação daquele conflito específico;
2. Referida aplicação é, também, poderoso instrumento de indução do cumprimento espontâneo das normas, na perspectiva mais geral da sociedade na qual eles estão inseridos;
3. Os destinatários das normas jurídicas devem saber que só lhes resta cumprir a lei, assim menor será o acionamento da máquina jurisdicional e mais eficácia e efetividade terão as normas jurídicas.⁶⁹

Em poucas palavras: quanto mais efetiva for a jurisdição, menos ela será acionada.

A cuidadosa análise de José Roberto Freire Pimenta merece ser transcrita:

“Mais concretamente: qual o valor médio das conciliações trabalhistas, em função do valor das obrigações trabalhistas deliberadamente descumpridas por determinados empregadores, ao longo do contrato de trabalho ou por ocasião de sua rescisão; se as conciliações normalmente são celebradas com ou sem

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002, p. 12.

⁶⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.157.

assinatura da CTPS, com incidência ou não das contribuições previdenciárias e das obrigações tributárias e com ou sem a denominada quitação plena por todas as obrigações porventura decorrentes daquele contrato de trabalho ou da relação jurídica de outra natureza havida entre as partes. Por outro lado, qualquer empresa razoavelmente organizada faz uma análise dos custos relativos de sua política trabalhista: vale ou não a pena descumprir a lei trabalhista, à luz da relação custo-benefício? Quais os ganhos financeiros dessa conduta, em confronto com os riscos dos ônus (também financeiros) daí decorrentes (multas aplicadas pela fiscalização trabalhista, tributária e previdenciária e pela própria Justiça do Trabalho – artigos 467 e 477, § 8º, da CLT). As possíveis vantagens para o empregador são numerosas e substanciais: o número de empregados que de fato ajuízam reclamações trabalhistas freqüentemente é bem inferior ao número de lesados; existem os ganhos decorrentes da prescrição trabalhista, que vão erodindo, total ou parcialmente, os direitos trabalhistas; os acordos judiciais quase sempre são celebrados em valor inferior ao devido; no caso de não conciliação na fase de conhecimento, os ganhos no mercado financeiro são sempre superiores aos ônus decorrentes do prosseguimento da ação trabalhista; resta sempre a possibilidade de vitória por vicissitudes processuais – confissão ficta, por exemplo; se nada disso ocorrer, existe sempre a possibilidade de acordo somente na execução, ainda por valor inferior ao declarado como devido, em sentença passada em julgado.”⁷⁰

Interessante observar que a depender do contexto social em que existir a controvérsia, a iniciativa de se buscar a tutela jurisdicional pode variar e, também, o motivo que impulsiona o caminho jurisdicional. Segundo interessante análise de Dinamarco, nas sociedades menos desenvolvidas, é o devedor, quem normalmente fala para aquele que dela seria beneficiário e foi lesado por sua conduta contrária ao Direito, de modo cínico: “*Vá procurar seus direitos!*” Entretanto, nas sociedades mais desenvolvidas, em situações semelhantes, a expressão intimidativa é outra. Nos Estados Unidos, a advertência parte daquele que é o beneficiário da norma tida por descumprida, que diz: “*I will sue you*” (eu vou processá-lo). Esse é o mecanismo através do qual o titular do direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências

⁷⁰PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p. 157.

injustas.⁷¹

Portanto, na prática conciliatória, não se pode olvidar que o direito processual serve para materializar a justiça social, como instrumento eficaz para a reivindicação dos direitos dos trabalhadores no processo.

Há interessante debate que se trava quanto à desigualdade e proteção que a lei, por vezes, outorga. Assim, “justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desiguam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade.”⁷²

06.5. REQUISITOS JURÍDICO-FORMAIS DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA

A transação, por sua força antilitigiosa, é instituto salutar de inegável utilidade para as partes e também para a coletividade. Todavia, como já se consignou acima, não é toda e qualquer transação que é salutar ou que contem tal força. E, por outro lado, para que a transação tenha efetividade, alguns requisitos (existência e de validade) deverão ser respeitados.

São chamados de requisitos de existência: convenção das partes; reciprocidade das concessões; incerteza (subjéctiva) a quem pertence o direito (res dubia); incerteza sobre o resultado do processo (res litigiosa) e se tratar de direitos patrimoniais de carácter privado. Por outro lado, os requisitos de validade podem ser assim enumerados: capacidade; licitude e possibilidade do objeto (não pode ser fraudulento⁷³, atentatório aos cofres públicos, fraudar

⁷¹ Nesse último caso de conflito, a ameaça é daquele que em princípio se beneficia do direito material, porque sabe que pode contar com uma jurisdição efetiva, capaz de, com boa probabilidade, sancionar aquele que não cumpriu espontaneamente os preceitos de conduta estabelecidos pelo ordenamento jurídico em vigor, observação também de José Roberto Freire Pimenta. PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.157.

⁷² GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*, 12ª. ed., Saraiva: São Paulo, 2002, p. 73.

⁷³ São as chamadas lides simuladas (ou patológicas, para alguns), acordos forjados aproveitando da hipossuficiência ou necessidade do trabalhador quando a ruptura contratual. Os exemplos se

direitos de terceiros, atentar contra a ordem pública, em face de direitos “fora do comércio” reconhecidos e/ou confessados – vg. alimentos futuros, salários, bens públicos) e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei.

Especificamente sobre o conceito de *res dubia* e o objeto da transação importante a reflexão de João Baptista Villela para se reconhecer que o significado de coisa duvidosa é muito mais amplo do que a semântica estrita:

“Todos os direitos positivados na ordem jurídica padecem, por assim dizer e no que respeita à sua garantia estatal, de uma *dubiedade* intrínseca e imanente, que se manifesta sempre que alguém se opõe ao seu prevalecimento. O reclamante podia estar bem cômico e convencido de seu direito. Oferecida, porém, resistência invencível à sua pretensão, só lhe restou a alternativa de buscar reconhecimento em juízo. A partir daí é a autoridade judiciária quem dirá se ele tem ou não tem direito. Não caiamos, por isso, na tentação de pensar que direito é só o que as cortes declaram como tal. O direito preexiste ao juiz, que apenas o aplica. Mas é o ato concreto de jurisdição que aponta a norma incidente e lhe revela o sentido. Nem é outro o significado de *jurisdição*. Ela se constitui no poder que está investido o juiz para *dizer o direito*. Ou seja, apontar o direito aplicável à espécie sob seu julgamento. ... omissis ... Vê-se, pois, que a certeza do direito é relativa e que, diante da contestação, nunca se sabe, em rigor, que solução prevalecerá. *Res dubia*, pode ter um significado muito mais amplo do que simplesmente o de *coisa duvidosa*, aqui no sentido de direito sobre cuja existência, conteúdo ou extensão o próprio titular esteja inseguro.”⁷⁴

multiplicam, infelizmente. Algumas decisões de minha lavra, quando integrante da Seção Especializada em Dissídios Individuais: 1) Ação Rescisória do TRT da 3ª Região: 1) “**AÇÃO RESCISÓRIA** - LIDE SIMULADA. Se a prova nos autos produzida demonstra que a decisão homologatória do *acordo* foi proferida em sede de verdadeira lide simulada, impõe-se a sua desconstituição e, em juízo rescisório, a extinção do processo originário, sem julgamento do mérito. Inteligência do disposto na Orientação Jurisprudencial no. 94 da d. SbDI-II do TST. **00031-2005-000-03-00-7 AR**” - 2) **AÇÃO RESCISÓRIA** - LIDE SIMULADA. Quando as provas dos autos demonstram, de forma inequívoca, que o *acordo* celebrado na reclamação trabalhista originária era condicionante para o pagamento de verbas rescisórias e/ou a manutenção do emprego e, ainda, que o advogado da reclamante lhe fora indicado pela própria ré, está-se diante de uma lide simulada. E, nos termos da Orientação Jurisprudencial no. 94 da d. SbDI-II do TST, “a decisão ou *acordo* subjacente à reclamação trabalhista, cuja tramitação deixa nítida a simulação do litígio para fraudar a lei e prejudicar terceiros, enseja *ação rescisória*, com lastro em colusão. No juízo rescisório, o processo simulado deve ser extinto”. **01881-2004-000-03-00-1 AR**.

⁷⁴ VILLELA, João Batista. Sobre a renúncia e transação no direito do trabalho. *Curso de direito do trabalho - estudos em memória de Célio Goyatá*. Coord. Alice Monteiro de Barros, 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 182.

Certo que ao Juiz incumbe a verificação além da regularidade formal do ato, também o seu conteúdo, notadamente no que tange a sua conveniência para as partes e os requisitos elencados. O Juiz deve velar para que a conciliação celebrada, com a sua assinatura homologando a avença, se constitua em um ato eficaz, produzindo os efeitos queridos pelas partes.

Quando o Juiz homologa o acordo (dá o seu aval), ele está praticando um verdadeiro ato jurisdicional (“sentença de homologação”, segundo Valentim Carrion⁷⁵) que inclusive põe fim ao processo, extinguindo-o com resolução de mérito – art. 269, III, do CPC, possibilitando seja reconhecida a coisa julgada (art. 831, parágrafo único, da CLT) e sua execução judicial (art. 876 da CLT).

Para Ísis de Almeida, a conciliação “não se homologa”, invocando o artigo 831 e seu parágrafo único da CLT, já que ao estabelecer que o acordo equivale a decisão irrecorrível, a lei estaria proibindo o Juiz de intervir na operação, exceto na parte formal.⁷⁶ A linha argumentativa exposta extrai-se de Liebman, para quem a “composição retira sua eficácia do consenso dos litigantes e não da qualidade de ela ser mais ou menos conforme à justiça, negada ao juiz qualquer possibilidade de impedir-lhe a formação em termos que lhe pareçam injustos, se, de qualquer modo, convém às partes.”⁷⁷ Veja-se que não se pretende desmerecer a doutrina de Liebman, todavia ela tem em vista o processo civil, onde as controvérsias sujeitas à transação dizem respeito a direitos disponíveis, inclusive extrajudicialmente. “É natural que em tal contexto prevaleça a máxima *ubi partes conveniunt, cessat officium iudicis*.

⁷⁵ CARRION, Valetin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.644. Saliente-se, entretanto, que não se comunga do entendimento de r. jurista quanto à impugnação do acordo homologado via ação ordinária, ao invés da ação rescisória (súmula 259 do TST). Veja-se o entendimento do referido autor: “Homologada a transação e transcorrido o prazo para recorrer dessa sentença (com força definitiva), só o despacho formal transita em julgado, pelo que entendemos que, em ação ordinária, poder-se-á discutir o alcance do conteúdo e rescindir o ato jurídico que não constitui coisa julgada; não há lugar para ação rescisória, pois a CLT apenas lhe dá o valor de sentença (art. 831) para o fim de que se possa executar (art. 876), como se fosse.” (idem, p. 645).

⁷⁶ ALMEIDA, Ísis. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1985, p. 35.

No processo do trabalho, há bons motivos para que se adotem outras regras”.⁷⁸

Em obra anterior⁷⁹, Wagner Giglio entendia que nos acordos formalizados por petição nos autos, o art. 158 do CPC eliminara a necessidade de homologação. Todavia, em obra mais recente, diz textualmente:

“ Nas conciliações formalizadas por petição, o art. 158 do Código de Processo Civil, se aplicável ao processo trabalhista, teria eliminado a necessidade de homologação ... (omissis). A prática revela, porém, que nem sempre seria possível aplicar o referido art. 158 do CPC, por incompatibilidade com o processo do trabalho. Se o acordo é apresentado por petição depois de já ter ocorrido uma audiência, com comparecimento das partes. Mas, se a avença é apresentada antes da primeira audiência, pode (e, por vezes, deve) ser rejeitada, em primeiro lugar, porque, no pedido ainda não contestado, não existe lide a ser composta; em segundo, porque o processo pode estar sendo utilizado para obter benefício vedado por lei (v. infra); em terceiro, porque o acordo pode apresentar defeitos ou vícios, de forma ou de fundo; e finalmente, porque esse procedimento enseja vários tipos de fraude, em prejuízo do empregado ou de outros credores.”⁸⁰

Saliente-se que a petição de acordo é ato processual, já a transação havida entre as partes é ato da relação jurídica material. A averiguação do Juiz da validade do acordo judicial e da inexistência de defeitos do negócio jurídico é de natureza processual e é feita quando ele procede ao ato homologatório. Assim, se a homologação é dispensável ao negócio jurídico em si, não o é ao processo.⁸¹

Em resumo, a homologação do acordo judicial trabalhista é, pois, ato do Juiz em um processo judicial, na presença de lide. É o endosso

⁷⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. In *Risoluzione convenzionale del processo. Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 9, p. 1, 1932, p. 284.

⁷⁸ VILLELA, João Batista. Sobre a renúncia e transação no direito do trabalho. *Curso de direito do trabalho - estudos em memória de Célio Goyatá*. Coord. Alice Monteiro de Barros, 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 184.

⁷⁹ GIGLIO, Wagner D. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.

⁸⁰ GIGLIO, Wagner D. e CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 208.

⁸¹ No mesmo sentido: José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. O acordo no processo do trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região - Campinas*, São Paulo: LTr, 2001, v. 13, p.159.

necessário do Estado, conferindo-lhe validade.

A propósito os ensinamentos de João Baptista Vilella:

“ A aprovação da autoridade é o que faz o ato equipolente, nos seus efeitos, à sentença. Por isso mesmo se chama *homologação*, vale dizer, ato de tornar *homólogo* ou correspondente. A homologação, em resumo, faz o acordo *homólogo* ou equivalente à sentença, cujos poderes ele imita e até ultrapassa, pois já nasce com a nota da irrecorribilidade (cf. CLT, art. 831, parágrafo único).”⁸²

Na conciliação judicial nada impede que o trabalhador e o empregado avencem cláusulas sem nulidade. O caráter cogente da norma ou a sua inderrogabilidade não implicam, necessariamente, na absoluta impossibilidade de disposição de direitos (art. 331, §1º, do CPC c/c art. 769 da CLT).

Quando a transação ocorre perante o Estado o princípio da utilidade social prepondera. O Estado entende que é melhor, politicamente, terminar a lide e que, assim celebrada, a transação não serviu como um instrumento para a derrogação de institutos básicos.

A transação judicial está dentro do sistema de legislação social, na medida em que concilia a necessidade de segurança dos negócios jurídicos com a necessidade de tutela da ordem econômica e social.

Por conveniência de política legislativa, homologar (que é o que sempre ocorre com a transação judicial) é tornar o ato que se examina semelhante ao ato que devia ser ou que se tem por modelo ou idéia. Pode ser ficção jurídica, mas é de política legislativa.

À inequívoca relevância da homologação no juízo conciliatório trabalhista corresponde o dever do Juiz do Trabalho de não apenas verificar,

como já se salientou, a regularidade formal, mas também o controle de conveniência para as partes. Segundo Coqueijo Costa “o acordo não deve ser homologado pelo Juiz quando atentar contra preceito de ordem pública, ou seja lesivo aos interesses do empregado”.⁸³ Tostes Malta nos adverte: “nunca o Juiz poderá homologar um acordo apenas porque as partes querem que seja homologado”.⁸⁴

Em acréscimo, João Baptista Villela:

“ É de se ir mais além ainda. Um acordo excessivamente oneroso a pequeno empregador ou àquele que, mesmo de grande porte econômico, esteja em situação patrimonial difícil, não deve ser homologado. Até porque, ao fim e ao cabo, o acordo correria o risco de tornar-se impraticável, provocando para o empregado a necessidade de fazê-lo executar judicialmente, nem sempre com vantagens. Ademais, uma eventual inviabilização do empreendimento econômico, que acordos gravosos para o empregador poderiam precipitar, a ninguém serve. Não serve, desde logo, ao empregador. Mas também não serve aos seus outros empregados, nem à sociedade em geral.”⁸⁵

Em sentido diverso, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena quando diz que:

“... fica-se a indevassabilidade do conteúdo do acordo, que é negócio jurídico autônomo entre as partes, de que externa e formalmente participa o órgão judicial, com o ato da homologação. É evidente que a intervenção do Estado, através do Juiz, no ato da homologação é exclusivamente extrínseca e diz respeito, tão-somente, ao procedimento, ao iter e à forma deste ato. Inversamente do que entende BAPTISTA VILLELA (op.cit., p. 160/1), a inserção da vontade do juiz no conteúdo ou na formação material do ato transigente deforma o instituto, admitindo-se, tão-somente, esclarecimentos dos órgãos técnicos, judiciais (juízes togados e classistas), como suporte de formação

⁸² VILLELA, João Batista. Sobre a renúncia e transação no direito do trabalho. *Curso de direito do trabalho - estudos em memória de Célio Goyatá*. Coord. Alice Monteiro de Barros, 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 184.

⁸³ COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 323.

⁸⁴ TOSTES MALTA, Christovão Piragibe. *Prática do processo trabalhista*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, p. 292.

⁸⁵ VILLELA, João Batista. Sobre a renúncia e transação no direito do trabalho. *Curso de direito do trabalho - estudos em memória de Célio Goyatá*. Coord. Alice Monteiro de Barros, 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 185.

e não de conclusão.”⁸⁶

Todavia, não é esse o nosso modo de ver a questão, pois a conciliação é, regra geral, a melhor forma de resolução da lide. Através dela as partes põem fim ao conflito que deu origem à atuação do Judiciário, transacionando os limites da pretensão e da resistência inicialmente apresentadas. Desta feita, não apenas o processo é extinto, mas também a controvérsia pertinente ao direito material e a lide sociológica porventura existente. Em outras palavras: ocorre a pacificação do conflito, que é a finalidade da própria atuação do Judiciário. Todavia, ressalte-se a composição das partes não é um fim em si mesma, não ensejando a homologação incondicional pelo Juiz.

Assim, de forma resumida, o Juiz deve negar homologação ao acordo:

- que infrinja as normas de proteção e prejudique notadamente o empregado;
- que imponha ônus excessivo ao empregador, resultando em graves dificuldades para o seu cumprimento;
- que contenha prestações sucessivas de alongada extensão e/ou de difícil acompanhamento e que traga em si o germe de outras disputas;
- que valha para as partes alcançar fim defeso em lei (art. 125, III e 129 do CPC).

Observados os indeclináveis parâmetros supra, pode-se ainda compor a equação de sopesamento do atuar conciliatório em juízo com mais alguns dados, consoante João Baptista Villela:

“ A lide não encerra apenas *custas*, mas também *custos*, cuja avaliação é fundamental no ato de aceitar ou rejeitar um acordo. Tais custos assumem no processo a mais variada configuração e vão da incerteza quanto à sorte final da demanda ao desconforto psicológico que o processo determina. No caso do trabalhador, a distância cronológica entre o pedido e sua efetiva satisfação pode ter um significado dramático. Ainda que a causa tenha um

⁸⁶ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro. A conciliação trabalhista. A transação. O IR e o INSS. In *Boletim Doutrina e Jurisprudência*. TRT da 3ª Região, Minas Gerais. V. 14, n 1, janeiro/março de 1993, p.22.

andamento rápido, é compreensível que a inevitável demora na prestação jurisdicional atue como catalisador da composição. Carnelutti recorda a lição da experiência para concluir que o *timor litis* favorece a transação não apenas como receio do resultado, senão também como indisposição para com os males do processo. Reporta-se a contexto judiciário em que se fazem concessões, ainda que o êxito da demanda seja certo, mas cujo preço se revele ainda mais alto que o da renúncia. Ou, no sabor do original, “tutte lê volte in cui il prezzo della transazione è minore del prezzo della vittoria!”. CARNELUTTI, Francesco. Sulla causa della transazione. *Rivista del diritto commerciale*, Milano, v. 12, pt. 2, 1914, p. 580.”⁸⁷

De se ressaltar, também, que não há direito líquido e certo das partes de chancela judicial à avença apresentada. A razão é singela: os requisitos que emprestam validade à conciliação deverão ser sempre avaliados para que a conciliação seja homologada pelo Judiciário.

Nesse sentido, a Súmula 418 do TST:

“MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (conversão das OJs ns. 120 e 141 da SDI-II – Res. 137/2005 – DJ 22.8.2005). A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.”

A participação do Estado na resolução do conflito existente entre os litigantes é de grande valia, pois apesar de não garantir a autenticidade da manifestação de vontade das partes, verifica a legitimidade da efetiva quitação das verbas conciliadas.⁸⁸

O Juiz do Trabalho: não é mero observador, participa ativamente do processo, imprimindo diretrizes consentâneas aos fins da jurisdição; não é

⁸⁷ VILLELA, João Batista. Sobre a renúncia e transação no direito do trabalho. *Curso de direito do trabalho - estudos em memória de Célio Goyatá*. Coord. Alice Monteiro de Barros, 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 186.

⁸⁸ É claro que não se está tratando de acordos cujo pagamento é estabelecido fora dos autos - no escritório, na sede da empresa, etc. É que nesses casos, a legitimidade na percepção dos valores do

um mero espectador do que as partes pretendem fazer no e do processo.

A jurisdição não se destina a limitar ou impedir a conciliação, mas a garantir que os escopos da jurisdição sejam atingidos, com a justa composição da lide, o respeito à Justiça, além do empoderamento das partes para a efetiva solução do conflito, (que, muitas vezes, está muito além da petição inicial e da defesa).

No momento em que os escopos sejam olvidados ou tangiversados, caberá ao Juiz intervir no conteúdo do acordo, redirecionando para obtenção de valores superiores, de prazos que sejam consentâneos às partes (autor e réu), além de estrito respeito às normas de ordem pública, às contribuições legais incidentes – sociais e tributárias.

Portanto, sempre que ocorrer um desvio de finalidade, constituir-se-á para o Juiz o indeclinável dever de penetrar no âmago do ajuste, examinando-o em seu aspecto intrínseco.

Novamente, os ensinamentos de José Roberto Freire Pimenta:

“Ao Juiz do Trabalho compete a solução de conflitos que apesar de individuais, têm origem e repercussão de amplo significado social, cujo conteúdo corresponde em boa parte a direitos indisponíveis, e diante do qual se defrontam partes que na maioria das vezes são profundamente desiguais do ponto de vista econômico, social e cultural.

Não é toda e qualquer conciliação judicial que se deseja, portanto não se pode querer um acordo a qualquer preço – isto é, aquele que tenha, em seu conteúdo, a injustiça travestida de justiça ou que implique em lesão a direitos públicos ou privados de natureza indisponível.”⁸⁹

acordo fica mitigada ante o pagamento fora do controle jurisdicional (v.g. pagamento em instituições bancárias com convênios judiciais).

⁸⁹PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.156.

07.3. EFEITOS JURÍDICOS DA CONCILIAÇÃO E SEU ALCANCE

Segundo o parágrafo único do art. 831 da CLT, no caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.

Primeira observação importante, para se desconstituir o acordo homologado a única via é a ação rescisória, consoante o art. 485, VIII, do CPC.

A propósito:

Súmula 259 do TST – Termo de Conciliação. Ação Rescisória. Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

O inciso V, da Súmula 100, V, do TST, também deixa claro que esse é o caminho a ser trilhado:

Súmula 100, V, do TST - O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial. (ex-OJ nº 104 – DJ 29.04.03).

Segunda observação, a partir da Emenda Constitucional n. 20/98 (regulamentada pela Lei n. 10.035), a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as questões relativas às contribuições previdenciárias que incidirem sobre as sentenças e acordos homologados por ela homologados. Assim, houve alteração da redação originária do parágrafo único do art. 831 da CLT, para, exatamente, acolhendo a ampliação da competência, compatibilizar a condição de créditos de terceiros e a extensão de efeitos decorrentes do acordo homologado em Juízo. Assim, a lei, expressamente, exclui os efeitos de coisa julgada em face do INSS decorrente do acordo trabalhista homologado em Juízo.

Estabelece o § 3º do art. 832 da CLT, que “as decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das

parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.” E, nos termos do art.832, § 5º, da CLT, “intimada da sentença, a União poderá interpor recurso relativo à discriminação de que trata o § 3º deste artigo.

Consoante o parágrafo único do art. 831, da CLT, a decisão que homologa a conciliação entre os sujeitos originários da lide somente produzirá os efeitos da coisa julgada, originalmente, a esses sujeitos. No caso da União, ela pode se insurgir contra os termos do acordo homologado que lhe digam respeito (contribuições previdenciárias, por exemplo). Entretanto, o acordo produzirá efeitos à União se, intimada para tomar ciência da decisão, deixar transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi assinalado. (art.832, § 4º, da CLT).⁹⁰

Por outro lado, é lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório (art. 764 da CLT). Todavia, o acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União. (art. 832, § 6º, da CLT). Ou seja, crédito de terceiro, matéria de ordem pública, não admite transação, como, aliás, já se salientou anteriormente.

Entretanto, a lei admite que seja exercido juízo de valoração pelo Ministro da Fazenda quanto ao importe que deverá ou não ser executado, conforme se depreende do parágrafo 7º do art. 832 da CLT: “o Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União nas decisões homologatórias de acordos em que o montante da parcela indenizatória envolvida ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico.”

⁹⁰ Art. 832, § 4º da CLT - A União será intimada das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, na forma do art. 20 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, facultada a interposição de recurso relativo aos tributos que lhe forem devidos.

8. A MEDIAÇÃO DO CONFLITO ESTRUTURAL DA RELAÇÃO CAPITAL-TRABALHO EM JUÍZO – FUNÇÃO JURISDICIONAL DO MAGISTRADO DO TRABALHO.

Primeiramente, é importante ressaltar que embora distintos e autônomos sob a perspectiva epistemológica, direito material do trabalho e direito processual do trabalho constituem um todo funcionalmente orgânico e indivisível.

Como já se salientou anteriormente, o direito processual serve para materializar a justiça social, como instrumento eficaz para a reivindicação dos direitos dos trabalhadores no processo.

No processo do trabalho, a conciliação é geralmente enfatizada e visa amortecer as tensões sociais decorrentes das relações capital-trabalho, essas tidas, também politicamente, como fundamentais para uma harmonia social. No campo das relações de trabalho vê o Estado considerável potencial de desarmonia social, face às contradições imanentes e cuja composição a ordem jurídica buscar efetivar de forma antitética.

Em audiência, a presença do Magistrado tende a impedir o poder de coerção, coação, intimidação que o “empregador-parte” possa exercer. Todavia, não se pode olvidar que há possibilidade de coações anteriores ou posteriores ao momento processual. Não se pode esquecer que há a coação econômica, acrescida de premência alimentar ou até de sobrevivência e que não se afasta (aliás, fica até reforçada) no momento da audiência, quando se tem um hipossuficiente em um dos pólos da demanda.

De se pontuar que existem algumas medidas que podem atenuar a coação econômica (tutelas antecipadas para percepção de valores referentes ao Seguro Desemprego e/ou de FGTS, v.g.) e, assim o efeito perverso da necessidade econômica nos autos e a impossibilidade física de

eventual espera processual ficam postergados e impedindo que esse seja o dado decisivo na aceitação do acordo. Certo é que na mediação do conflito, o Juiz do Trabalho deverá lidar com o mecanismo básico do direito: a sanção.

Não menos certo que o demandar não pode ser vantajoso para a parte que descumpriu, na relação de direito material, o dever que lhe incumbia. O processo e/ou o descumprimento da legislação de direito material não pode ser usado como um aspecto do “negócio” de quem quer que seja. Não é essa a resposta que o Estado, através do Poder Judiciário, pode dar ao jurisdicionado, principalmente, porque vários cumpre devidamente suas obrigações e não podem ser penalizados por condutas como tal.

Na relação processual, em face dos escopos jurisdicionais, busca-se a substituição de um estado de luta, por um estado de Paz. Na relação de direito material, não se nega, nem se poderia negar o conflito estrutural capital x trabalho, ele existe, é real e a tensão é necessária (sociologicamente falando).

Os arts. 9º, 444 e 468 da CLT asseguram ao trabalhador uma superioridade jurídica compensatória à sua inferioridade econômica. Todavia, a igualdade formal, embora muito importante, pode também servir para mascarar e legitimar a desigualdade real: se todos são iguais, por que não o seriam as próprias regras? As regras compensatórias criadas pela lei reduzem tão-somente as discriminações mais visíveis.⁹¹

Nesse contexto, a postura pró-ativa do Juiz do Trabalho é imprescindível para notar, conforme sensível observação de Márcio Túlio Viana que:

“... o processo – ou o procedimento – é algo muito mais intrincado e complexo do que um simples conjunto de regras formais, entre as quais o juiz se movimenta. Não é apenas um composto de prazos, recursos, sentenças, petições. É também o modo de falar,

⁹¹ VIANA, Márcio Túlio. *O Dia-a-dia do Juiz e as discriminações que o acompanham*. Discriminação, São Paulo: Ed.LTr, p. 274

o jeito de ouvir, a forma de olhar; são as vestes talares, o estrado alto, o linguajar rebuscado, o argumento mais hábil. É tudo isso e muito mais: como as raízes de uma árvore, ele se irradia para além dos papéis, para além da lei e para fora da sala de audiências. Se o que não está nos autos não está no mundo, o que está no mundo está sempre nos autos...”⁹²

Assim, a atuação do Magistrado do Trabalho deverá ser sempre com equidade (art. 8º e 852-i da CLT) e como criterioso aplicador das normas e princípios de Direito do Trabalho.

Sobre a concentração das competências do binômio conciliar/julgar no magistrado do trabalho de 1º grau, a visão profícua de José Roberto Freire Pimenta:

“A concentração, num único órgão unipessoal, das competências (e correspondentes atribuições) para atuar como mediador, com vistas a obter a conciliação dos litigantes, e, em caso de fracasso, para decidir a controvérsia através de sentença, por si só acarreta problemas e dificuldades. Caberá ao juiz do trabalho, em sua prática diária, ficar atento para os perigos e os paradoxos a ela inerentes e distinguir, caso a caso, até que ponto deve prevalecer sua atuação flexível e baseada na equidade, como conciliador, e quando deverá assumir seu papel fundamental de criterioso aplicador das normas protecionistas de Direito do Trabalho”.⁹³

A expressa advertência de CAPPELLETTI e GARTH para o perigo⁹⁴ inerente à combinação da atribuição de conciliar com o poder de proferir decisões vinculativas das partes em caso de as partes permanecerem inconciliáveis não se aplica, como eles mesmos reconhecem, quando o Julgador é especializado na área de direito material respectiva, exatamente o

⁹² VIANA, Márcio Túlio. *O Dia-a-dia do Juiz e as discriminações que o acompanham*. Discriminação, São Paulo: Ed.LTr, p. 274.

⁹³PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, fevereiro de 2001, p.159.

⁹⁴ É que o detentor de ambas as competências pode confundir os papéis de juiz e de conciliar e falhar no desempenho satisfatório de qualquer dos dois. E prosseguem, com indiscutível propriedade: “Como conciliador ele pode inconscientemente impor um ‘acordo’ pela ameaça implícita em seu poder de decidir. Como Juiz, ele pode deixar seu esforço de conciliação subverter seu mandato de aplicador da lei”

que ocorre na Justiça do Trabalho brasileira.⁹⁵ Ademais, ainda que assim não fosse, o conflito trabalhista é um conflito peculiar e com facetas e desdobramentos que, na maioria das vezes transcendem as partes envolvidas, com conotações sociológicas, com partes materialmente desiguais, o que não autoriza a mediação ou conciliação por leigo, não investido de poder jurisdicional.

As técnicas de conciliação⁹⁶ devem ser usadas pelo magistrado do trabalhista quando da sua atuação em juízo de forma a, efetivamente, apaziguar o conflito das partes (em todos os seus aspectos - aspectos jurídicos, sociológicos, psicológicos e até psicossociológicos existentes naquela demanda). O franquear da fala às partes, bilateral e ordenada, além da escuta ativa do magistrado possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses, fazendo exsurgir o conflito “real”, muitas vezes diverso do conflito “processado”.

O processo do trabalho (oral, simplificado, com a presença do “jus postulandi”, conciliado) facilita e induz a tal atuação próxima às partes e à realidade social que dos autos deflui. A postura pró-ativa do Juiz do Trabalho é condição inerente à boa e adequada atuação jurisdicional⁹⁷, quer na prática conciliatória, quer na instrução processual (art. 765 da CLT).

A Sociedade espera do Judiciário Trabalhista uma tutela efetiva e eficaz dos direitos constitucionalmente reconhecidos e em tempo razoável no que se faz possível. Espera o jurisdicionado que se solidifique a nova mentalidade que privilegia o processo social de resultados (processo efetivo e efetivado).

Dentro da nova visão processual e de seus escopos, certo que a

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. “Acesso à justiça”, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 109-10 e nota 245.

⁹⁶ Muitas delas desenvolvidas em textos sobre mediação e que em nada alteram o fato de ser um magistrado o condutor da averiguação dos verdadeiros “interesses” das partes litigantes e não apenas a “posição” das mesmas. A palavra “interesse” foi aqui usada com o sentido de externar a lide sociológica e a “posição” externando a “lide jurídica”.

⁹⁷ A função de conciliar do Juiz do trabalho (art. 764 da CLT) é função jurisdicional que a ele incumbe segundo a Consolidação das Leis do Trabalho.

sociedade tem direito ao esclarecimento das normas jurídicas materiais e processuais aplicáveis ao litígio para que, assim, possa decidir com consciência sobre conciliar ou não (“empoderamento”).

A magistratura deve ser exercida, pois, com firmeza e sem timidez, mas de forma serena e sem incorrer na tentação do autoritarismo, sempre com a finalidade maior de obter a pacificação com justiça dos dissídios.

O exercício equilibrado e efetivo da função jurisdicional é, a um só tempo, condição de existência e expressão concreta do Estado Democrático de Direito que é a nossa função precípua.

Não há dúvida de que a pacificação social é um dos resultados que se almeja quando se procura o Estado-Juiz. E quando se fala em pacificação, a conciliação tem lugar de destaque, pois a conciliação é a “declaração de paz no litígio”.⁹⁸

Adriana Goulart de Sena

BHZ. 09 de julho de 2007.

⁹⁸ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.580.