

A CONCILIAÇÃO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24/99: ASPECTOS DE DIREITO COMPARADO E O NOVO PAPEL DO JUIZ DO TRABALHO

*José Roberto Freire Pimenta **

1. Considerações iniciais

É desnecessário ressaltar a profundidade da modificação na estrutura da Justiça do Trabalho promovida pelo Congresso Nacional no exercício de seu Poder Constituinte derivado, ao aprovar em dezembro de 1999 a Emenda Constitucional nº 24 que extinguiu sua representação classista (que, desde sua origem, foi uma de suas mais polêmicas notas características). O momento de discutir a conveniência da medida já se encontra, hoje, superado: cumpre, agora, analisar as conseqüências conceituais e práticas dessa alteração radical na composição e na forma de atuação do ramo do Poder Judiciário que, a cada ano, concentra o maior número de dissídios em nosso país.

Apesar de a extinção dos Juízes Classistas representantes dos empregados e dos empregadores acarretar conseqüências múltiplas e igualmente importantes, aqui serão abordados somente seus efeitos sobre a conciliação das partes já em Juízo, um dos mais importantes aspectos da atividade jurisdicional da Justiça do Trabalho e que, de certo modo, sempre foi uma das peculiaridades que a diferenciavam da Justiça Comum (fazendo, por outro lado, que esta Justiça Especial fosse encarada, por alguns, de uma forma injustificadamente preconceituosa).

Embora muito se espere dos mecanismos extrajudiciais de conciliação constituídos pelas Comissões Prévias de Conciliação, cuja instituição foi recentemente prevista e disciplinada pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000 (a qual, dentre outras providências, acrescentou os artigos 625-A a 625-H à Consolidação das Leis do Trabalho que regulam sua atuação), é preciso reconhecer que sua implantação, por mais bem sucedida que seja, não eliminará boa parte dos dissídios trabalhistas, os quais continuarão a exigir o exercício da função jurisdicional do Estado. Nessa perspectiva, continuarão a ser de grande relevância as reiteradas tentativas de conciliação que o Juiz do Trabalho, passando a atuar agora de forma monocrática, ainda tem o dever legal de encaminhar ao longo do processo, por força dos artigos 846, "caput" e seu § 1º, 847 e 850 da Consolidação das Leis do Trabalho.

São óbvias as modificações imediatas na dinâmica das audiências trabalhistas com o fim dos Classistas e das Juntas de Conciliação e Julgamento: desaparece a função dos primeiros de, na prática, tomar a iniciativa nas tratativas conciliatórias e de servir de uma espécie de intermediários entre o Juiz, de um lado, e as partes e seus procuradores, de outro (eliminando a possibilidade de uma atuação mais inerte e passiva do primeiro, que poderia ocorrer no modelo antes existente); o reclamante e o reclamado desacompanhados de advogado deixam de contar com a possível e freqüente assistência do respectivo Juiz classista representante das categorias profissionais ou econômicas, para esclarecer pontos de fato e de direito e orientá-los acerca da dinâmica das audiências e do próprio processo, bem como para convencê-los da eventual conveniência da celebração de acordos; desaparece a possibilidade do cálculo prévio dos valores objeto das parcelas pleiteadas de forma ilíquida nas peças iniciais, que alguns Juízes Classistas mais operosos e preparados faziam antes das audiências; também deixará de existir o diálogo menos formal (e, por vezes, bastante persuasivo) que alguns Juízes Classistas estabeleciam com as partes em geral e, em especial, com aquelas por ele representadas. A mais visível conseqüência do fim da representação classista é que, agora, o contato entre o julgador e as partes interessadas será direto e imediato: de um lado, o desgaste pessoal do primeiro será maior; em contrapartida, a influência e a correspectiva responsabilidade do juiz de carreira necessariamente serão aumentadas. Tais mudanças na dinâmica da Justiça do Trabalho

* Juiz Titular da 14ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte-MG, Especialista e Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG. O presente trabalho resulta da exposição que, em conjunto com outros três colegas magistrados, fez sobre o tema no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região em 07.04.00, a convite de sua Escola Judicial.

evidentemente não trarão maiores dificuldades, cabendo a cada Juiz do Trabalho, em seu dia-a-dia, estabelecer nova sistemática de trabalho, à qual com certeza em breve todos os demais partícipes dos processos trabalhistas se adaptarão.

É claro, porém, que, por trás dessas alterações aparentemente banais, há aspectos mais profundos a salientar. Cumpre, desde logo, apontar uma conseqüência fundamental: o reforço substancial do papel desempenhado pelo Juiz do Trabalho que, passando a ter competência monocrática para apreciar, conciliar e julgar em primeira instância todos os dissídios individuais a ele distribuídos, teve sua responsabilidade institucional aumentada de forma correspondente. Para que ele possa desempenhar de forma adequada seu mister nessas novas condições, é preciso que se compreenda adequadamente o que a sociedade e a própria Constituição da República (fontes, em última análise, do poder jurisdicional no qual foi investido) dele esperam. É esse, portanto, o primeiro ponto a examinar.

Ao mesmo tempo, há riscos que devem ser considerados: como evitar que o desaparecimento dos juízes leigos torne a Justiça do Trabalho - a partir de agora composta exclusivamente de juízes profissionais, concursados e de formação jurídica universitária - um órgão burocrático, elitista e distanciado das necessidades de seus jurisdicionados? Será que a nova Justiça do Trabalho, negando tanto suas origens quanto os princípios peculiares que determinaram sua instituição e indevidamente influenciada por concepções privatísticas do processo civil hoje já ultrapassadas até mesmo em sua disciplina de origem, passará a adotar uma atitude preconceituosa em relação à conciliação judicial, como se esta fosse uma faceta menor da função jurisdicional e, como tal, merecedora de menos prioridade? Para responder a essas e a outras relevantes indagações, é preciso relembrar o significado e a função da conciliação no quadro maior da ordem jurídica como um todo e, mais especificamente, no âmbito do funcionamento do sistema processual de solução dos conflitos intersubjetivos de interesses. A seguir, será útil verificar também qual o significado que hoje os ordenamentos jurídicos dos países mais avançados atribuem à conciliação, para extrair de suas experiências aquilo que possa ser útil para a solução de nossos próprios problemas.¹

2. A conciliação como instrumento de efetividade do Direito e da função jurisdicional

Nas últimas décadas do século que finda, a conciliação judicial e extrajudicial têm constituído uma das principais vertentes exploradas por todos os operadores do Direito comprometidos com o aprimoramento dos sistemas jurídicos em geral e de seus correspondentes mecanismos de solução de litígios. 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

¹ Afinal de contas, nestes tempos de *globalização*, não há porque desprezar as vantagens e os ensinamentos da doutrina e da prática processual e judiciária dos países do denominado Primeiro Mundo, especialmente daqueles países como a Itália e a Alemanha cujos sistemas de direito são, como o sistema brasileiro, filiados ao *civil law* (fundado em síntese na predominância do direito positivo codificado), em contraposição ao *common law* (caracterizado por contraste na ênfase do papel criador do juiz, contrabalançado pela utilização estabilizadora dos precedentes judiciais vinculantes). Uma das utilidades fundamentais do Direito Comparado é sua capacidade de contribuir para o melhor conhecimento e aprimoramento do direito nacional ((DAVID, René, "Os grandes sistemas do direito contemporâneo", 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, nº 5, p. 5-7), sendo também de recordar as lúcidas palavras de Enrico Tullio Liebman de que a doutrina atua além-fronteiras e interliga culturas como *uma multinacional do processo*, "... que em cada país tem suas características próprias, mas tem também, no conjunto, uma profunda unidade de inspiração sobre o que devem ser o processo e os princípios fundamentais que o governam" ("Ai lettori brasiliani" – prefácio à tradução brasileira de seu "Manual de direito processual civil", v. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. VII).

instrumento processual, por melhor que seja, tem limitações óbvias e inevitáveis. Não se pode nunca esquecer que o processo e a própria função jurisdicional do Estado têm limites que decorrem da própria natureza das coisas, inerentes aos instrumentos jurídicos em geral e ao próprio Direito. É portanto ingênuo e ilusório 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 – isso é humanamente impossível.

Para compreender a razão fundamental dessa limitação prática, basta considerar que tanto o ordenamento jurídico quanto as normas jurídicas que o integram de forma estruturada e sistemática existem para serem cumpridas. Relembre-se também que as normas jurídicas, quando estabelecem modelos abstratos de conduta a serem obrigatoriamente seguidos por seus destinatários, são editadas com o objetivo de transformar a realidade. Em outras palavras, o Estado legislador, no plano do dever-ser, estabelece padrões de comportamento desejáveis (geralmente fixando claramente o comportamento oposto, indesejável, que será alvo de uma sanção estatal ou estabelecendo deveres, obrigações e ônus a serem atendidos por uma ou por todas as partes que figurem em um dos pólos de cada relação jurídica) exatamente para alterar o mundo real no plano do ser (já que, se não fosse para isso, não haveria necessidade de fixar *coercitivamente* normas de conduta). Nessa perspectiva, o direito é, ao mesmo tempo, instrumento de ordenação e de modificação das práticas sociais, em conformidade com as idéias e os valores considerados justos e adequados em cada momento histórico. Convivem, assim, no fenômeno jurídico, em permanente tensão dialética, duas forças que não operam sempre, necessariamente, na mesma direção, mas cuja combinação, quando efetiva, torna o Direito um instrumento do Estado particularmente eficiente para a conformação da sociedade e a consecução de seus fins maiores: a força ordenadora-estabilizadora e o impulso transformador das relações sociais objeto das normas jurídicas.

Ocorre, todavia, que todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrarem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. O i. constitucionalista do Rio de Janeiro Luís Roberto BARROSO nos adverte exatamente para isso, citando o eminente juspublicista francês André HAURIOU:

“De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia ‘racional ou intelectual’, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André HAURIOU, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.”²

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

² HAURIOU, André. “Derecho constitucional e instituciones políticas” (ed. Espanhola), 1971, p. 30, *apud* BARROSO, Luís Roberto. “Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora”, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 239-240.

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.

Se tanto aqui como alhures têm sido incentivados e desenvolvidos mecanismos extrajudiciais de conciliação, inclusive na esfera trabalhista, é preciso reconhecer que, esgotadas essas alternativas, sempre restará ainda um número excessivo de litígios que inevitavelmente desaguarão no leito jurisdicional e que não poderão, em sua totalidade, ser adequadamente solucionados sem grave comprometimento dos gastos públicos ou da qualidade e rapidez da atuação do Poder Judiciário. Pode-se concluir, portanto, que a conciliação judicial (especialmente aquela que possa ser obtida logo no início do procedimento em Juízo) continua sendo altamente desejável, por razões de funcionalidade do próprio sistema.³

Examinando o problema, o professor da Universidade de Roma Nicola PICARDI⁴ salientou que 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.

Os procedimentos de conciliação parecem-lhe instrumentos desejáveis para a solução de pelo menos três ordens de controvérsia:

a) aqueles litígios, próprios da vida contemporânea, surgidos em decorrência de relações intersubjetivas relativas às ditas “instituições integrais” (tais como a família, a fábrica, a escola, o hospital ou o supermercado). Porque a “fuga” destas instituições é impossível ou onerosa, as respectivas relações intersubjetivas são destinadas a durar no tempo. Nessas hipóteses de conflitos surgidos e desenvolvidos no curso de uma relação jurídica ao menos tendencialmente continuativa, a sentença jurisdicional não parece, como norma, um instrumento idôneo de solução da controvérsia. 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;⁵

³ 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.”

⁴ PICARDI, Nicola. “Il conciliatore”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1984, v. 4, p. 1095-1096.

⁵ Neste sentido também se manifestam os mesmos CAPPELLETTI & GARTH (*op. cit.* na nota 3 *supra*, p. 83/84): “É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte ‘vencedora’ e a outra ‘vencida’ – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado.” Os mesmos autores, em outro ponto de sua obra (p. 72, texto e nota 147), acentuam que “as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos”. Citam eles, na mesma ocasião, interessante manifestação dos Professores SARAT e GROSSMAN (em seu artigo “Courts and Conflicts Resolution: Some Problems in the Mobilization of Adjudication”, ou seja, “Tribunais e Solução de Conflitos: Alguns problemas do cumprimento de sentenças”, *in Am. Pol. Sci. Ver.*, v. 69, 1975, p. 1200-1210), no sentido de que “quando as relações se tornam tão interdependentes na complexa organização das sociedades pós-industriais, quanto eram nas

b) em segundo lugar, as pequenas causas, de reduzida relevância econômica se consideradas caso a caso (como também se dá com as causas trabalhistas de pequeno valor), que se não terminarem por acordo na inauguração da audiência freqüentemente serão objeto de abandono pelo autor;

c) em último lugar, as conciliações funcionam como um importante filtro preventivo para aliviar os órgãos judiciais de uma parte de sua atual carga de trabalho; nesse sentido, elas atuam como elemento importante do programa para manter e para restituir a eficiência do aparato judiciário, em seu conjunto.

Em suma, o fenômeno da conciliação atua em dois planos: o *qualitativo*, onde recupera faixas contenciosas que de outro modo restariam só em estado potencial, contribuindo assim para tornar realidade a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos constitucionalmente prometida; e o *plano quantitativo*, onde atenua a pressão numérica dos processos judiciais, contribuindo assim para reduzir seu tempo de tramitação global e preservar a própria qualidade da atuação dos organismos judiciários, em conseqüência menos assoberbados.

Tal percepção tem inclusive levado o legislador processual de todos os países, nos últimos anos, a ampliar a ênfase e o espaço destinados à atividade conciliatória dos órgãos jurisdicionais em geral, como instrumento indispensável de agilização e de racionalização do próprio funcionamento da jurisdição. Nessa linha de perspectiva, o próprio direito processual civil brasileiro, nas recentes e sucessivas reformas do CPC levadas a cabo ao longo da década de noventa, não por acaso alterou a redação de seu artigo 331 (através da Lei nº 8.952/94) para tornar obrigatória, em todos os processos regidos pelo procedimento ordinário que versem sobre direitos disponíveis e que não tenham sido extintos sem julgamento de mérito nem possam ser objeto de julgamento antecipado da lide, a designação de uma audiência de conciliação, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores habilitados a transigir para, uma vez obtida a conciliação, sua redução a termo e homologação por sentença.

3. A natureza jurisdicional da atuação do Juiz nas conciliações celebradas em Juízo e a necessidade de sua participação ativa em seu encaminhamento e no controle de seu conteúdo

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. Isso 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”⁶ e, também, de alguma forma

sociedades primitivas, renasce a necessidade de solução harmônica dos problemas, de modo a preservar as relações, com uma tendência resultante de se evitarem os litígios.”

⁶ É preciso dizer expressamente, de uma vez por todas, que o processo do trabalho brasileiro freqüentemente tem sido vítima de críticas e de preconceitos absolutamente injustificados. Por um lado, os ataques partem daqueles que têm interesse em que ele não opere na forma célere, concentrada, simplificada e com a participação intensa e ativa do Juiz na condução do processo, que são suas características e sua própria razão de ser. De outro, os reparos vêm daqueles que, por uma visão antiquada e limitada da ciência processual, enxergam nessas peculiaridades (de fato contrárias às notas fundamentais do procedimento ordinário clássico, formalista, exageradamente lento, complexo e limitador da atuação do julgador, por apreço excessivo ao princípio dispositivo) a manifestação de deficiências técnicas absolutamente inexistentes. É que o processo do trabalho corresponde, na verdade, a um verdadeiro *sistema de tutela jurisdicional diferenciada* que, como se sabe, corresponde à pré-ordenação de procedimentos distintos daquele procedimento comum clássico (seja através da concentração e da simplificação das fases e dos atos processuais, como é o caso tanto do procedimento trabalhista tradicional quanto daquele recentemente estabelecido pela Lei nº 9.957/2000, que instituiu o procedimento sumaríssimo através dos novos artigos 852-A até 852-I que acrescentou à CLT, seja através da técnica de sumarização da cognição, típica das medidas cautelares e antecipatórias) para que o instrumento processual se adapte de forma adequada e efetiva às peculiaridades das situações jurídicas substanciais que ele tem por função concretizar, nos casos de conflito.

“menores” os juízes que encaminhassem, com a ênfase e o empenho necessários, o entendimento entre as partes ⁷.

Ressalte-se: também na fase conciliatória em Juízo o papel do juiz é fundamental, como instrumento estatal de equalização jurídica de partes materialmente desiguais e de controle da aplicação das normas de ordem pública que versam sobre direitos privados indisponíveis e sobre temas de interesse da sociedade em geral (questões tributárias e previdenciárias, por exemplo).

Nessa perspectiva, cumpre aqui lembrar que o magistrado⁸ não é um mero “homologador” passivo de todo e qualquer acordo que lhe seja submetido pelos litigantes. O i. jurista baiano José Augusto RODRIGUES PINTO preceitua que *homologar* é “confirmar ou aprovar por autoridade judicial ou administrativa” e *homologação* é “a aprovação por autoridade judicial ou administrativa a certos atos de particulares para que produzam efeitos jurídicos que lhe são próprios”. Do ponto de vista etimológico, “homologar” equívale a “tornar próprio” aquele negócio jurídico. Ainda se colhe na doutrina que as homologações são “julgamentos meramente formais”: por um lado *declaratórios*, quanto à existência do ato ou manifestação de vontade; por outro, *constitutivos*, pelos efeitos jurídicos novos produzidos pelo ato homologador⁹.

O mesmo José Augusto RODRIGUES PINTO observa em seguida, com inteira propriedade, que a expressão “homologação por ato judicial”, na verdade, traduz duas situações jurídicas bem diferentes: a *primeira homologação*, praticada na esfera impropriamente denominada “jurisdição voluntária”, é exercida mediante a provocação do legítimo interessado e tem natureza administrativa (pois não decide uma lide e se limita a completar o efeito constitutivo de negócio jurídico entre particulares que o legislador considerou transcender os limites da esfera de interesses das pessoas diretamente empenhadas, interessando também à própria coletividade), significando uma forma de

Todas essas características do processo do trabalho, tão criticadas pelos defensores do processo civil tradicional, foram aliás o ponto de partida e a grande inspiração do louvável movimento de reformas do Código de Processo Civil de 1973 que teve início no decorrer da década de noventa em nosso país, como reconheceram e proclamaram expressamente alguns dos mais importantes processualistas que foram os seus proponentes. Aliás, já no início da década de 1980 Ada Pellegrini GRINOVER propunha que o processo trabalhista fosse o modelo para um processo civil mais público, social, democrático e assistencial, no artigo de sua autoria “Processo trabalhista e processo comum”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, nº 13/15, SP, 1980, p. 437 e ss.

⁷ 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).

⁸ Especialmente o juiz do trabalho, a quem compete solucionar conflitos que não deixam de ser individuais mas que 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.

⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues, “Ação homologatória de pagamento da extinção do contrato individual de emprego por justa causa”, *LTr*, 62-01, p. 33-36, 1998.

“administração pública de interesses privados”; a *segunda*, que corresponde ao ato judicial objeto das presentes considerações, é praticada pelo juiz em decorrência de uma lide e no âmbito de um processo judicial, significando o endosso necessário do Estado, como parte da relação tripartite processual, conferindo validade a um negócio jurídico (para alguns doutrinadores, enquanto, para outros, reconhecendo como válida uma forma de extinção de obrigações, na forma prevista nos termos dos artigos 1025 e seguintes do Código Civil) celebrado pelas outras duas partes, quando transigem uma demanda. São, portanto, absolutamente inconfundíveis.

Nesta última modalidade de homologação, aliás, compete ao julgador (e é aliás seu dever) examinar com a profundidade que lhe parecer necessária não só os aspectos formais do ajuste (com vistas a assegurar a livre e consciente manifestação da vontade das partes) como também o seu conteúdo, para evitar ofensa a normas de ordem pública e para assegurar a existência de uma genuína transação¹⁰. Nunca é demais lembrar, aliás, embora algumas partes o esqueçam, quando de sua conveniência, que o próprio Código Civil, fonte normativa primordial da matéria, corretamente dispõe de forma expressa em seu artigo 1035 que “só quanto a *direitos patrimoniais de caráter privado* se permite a transação”, devendo ela também sob esse aspecto ser interpretada restritivamente (artigo 1027, primeira parte, do mesmo diploma legal). 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.

A necessidade de o Juiz do Trabalho participar ativamente não apenas da homologação das condições afinal transacionadas pelas partes como também, anteriormente, de suas próprias negociações em Juízo e da formulação da proposta final delas resultante tem uma razão ainda mais importante: assim como as sentenças e suas respectivas execuções, também as conciliações judiciais exercem um profundo impacto na aplicação prática do direito material em vigor. Afinal, a própria aplicação do direito material pelos tribunais de determinada sociedade (através das sentenças ou das conciliações celebradas em Juízo) é, além de mecanismo de justa pacificação daquele conflito específico que foi submetido à sua apreciação e julgamento, também um poderoso instrumento de indução do cumprimento espontâneo das normas, na perspectiva mais geral da sociedade na qual eles estão inseridos. É o que salientavam há muito Mauro CAPPELLETTI e Briant GARTH, depois de lembrarem que as técnicas processuais (o modo pelo qual os direitos substanciais se tornam efetivos) 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 freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios¹¹”.

Se a efetividade ou a proteção processual são apenas outro aspecto do conteúdo do Direito, como também relembram aqueles mesmos autores, pode-se afirmar com segurança que a própria aplicação do direito material nos tribunais é também um instrumento de indução do tão desejado cumprimento espontâneo das normas jurídicas. Quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que trabalhar, no futuro ou a médio prazo. Quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que só lhes resta cumprir a lei, por absoluta falta de melhor alternativa, menos será necessário o

¹⁰ Para o aprofundamento dessa questão em particular, veja-se o artigo de minha autoria “Lides simuladas: a Justiça do Trabalho como órgão homologador”, publicado na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 60, julho/dezembro 99, p. 119-152, na Revista do Ministério Público do Trabalho PRT da 3ª Região, v. 3, 1999, p. 73-124 e na LTr 64-01/39-56.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. “Acesso à justiça”, *op. cit.*, p. 12.

acionamento da máquina jurisdicional e mais eficácia e efetividade terão as normas jurídicas. Essa é, portanto, a perspectiva final com a qual os operadores do Direito em geral, mas especialmente os que exercem a função jurisdicional do Estado, têm que trabalhar – quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela será acionada¹².

Por que a ênfase em tais aspectos? Porque também a prática do juiz na conciliação tem que ter subjacentes essas mesmas considerações, pois não são só as decisões trabalhistas (de mérito ou não, de primeiro grau ou das suas instâncias recursais) que exercem impacto nas relações de trabalho, mas também o número e o conteúdo das conciliações trabalhistas.¹³ Em outras palavras, não é qualquer conciliação que deve ser homologada, não só pelos aspectos éticos e de direito material já mencionados, mas também por essa consideração eminentemente prática: se a maior parte dos acordos trabalhistas homologados em Juízo tiver seu conteúdo muito inferior ao conjunto de direitos abstratamente assegurados pelo direito material trabalhista que deveria reger o relacionamento jurídico mantido pelas partes, aqueles que são os destinatários daquelas normas substantivas e que, ao menos em princípio, estariam obrigados a seu estrito cumprimento sempre vão poder contar com a homologação, pelo Estado-Juiz, de um acordo correspondente a condições de trabalho (e a direitos) muito mais vantajosos para ele, empregador, que o simples cumprimento da lei. Nesse quadro, existe o perigo de as conciliações judiciais serem usadas como um instrumento de esvaziamento e de inefetividade, na prática, do direito material trabalhista: as empresas razoavelmente organizadas sempre farão uma análise global da relação custo/benefício, sabendo muito bem quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista.¹⁴ Não sejamos ingênuos: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais certamente operam e atuam movidos por objetivos similares e a partir de considerações da mesma natureza; só que lá, muito provavelmente, acaba sendo mais vantajoso (ou melhor,

¹² É o que se verifica atualmente nas sociedades mais avançadas do Primeiro Mundo. Nas sociedades mais primitivas e menos desenvolvidas é o devedor, aquele que deveria ter cumprido espontaneamente a norma, 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!*” Já nas sociedades mais desenvolvidas, do mundo anglo-saxão mas também da Europa Continental, a ameaça é outra, em situações semelhantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, a advertência parte daquele que é o beneficiário da norma tida por descumprida, que costuma dizer para o seu destinatário: “*I will sue you*” (eu vou processá-lo), mecanismo através do qual o titular do direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas, como observa com acuidade Cândido R. DINAMARCO (in “A instrumentalidade do processo”, Malheiros Editores, 1999, 7ª ed., p. 162). Verifica-se que, nestes últimos casos 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.

¹³ 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 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.

¹⁴ O que, na estrita ordem de considerações empresariais de natureza econômica e administrativa, é até compreensível (embora não justificável, do ponto de vista jurídico) – o erro maior, evidentemente, é daqueles operadores do Direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação em prol da plena e efetiva aplicação das normas jurídicas em vigor.

menos desvantajoso), como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. Essa é, a meu ver, a questão essencial.

Essa linha de considerações reforça, por sua vez, a necessidade de o Juiz do Trabalho, também na fase de conciliação, ter uma postura ativa e intervencionista nas tratativas desenvolvidas pelas partes na sua presença.¹⁵ Além da tradicional ênfase na desigualdade econômica, social e até cultural das partes que se defrontam rotineiramente na maior parte dos litígios trabalhistas e que, por si só, exige que o julgador trabalhista não se limite a presenciar, passivamente, o entrelaçamento de ponderações e propostas de reclamante e reclamado, há um outro aspecto menos observado na doutrina que recentemente tem sido destacado pelos estudiosos da problemática do “acesso à Justiça” como determinante de uma substancial desigualdade entre os litigantes e da necessidade de uma postura ativa do Judiciário para, na prática, reequilibrá-los no processo.

Esse aspecto é facilmente detectável através da observação empírica da atividade de qualquer setor do Poder Judiciário em que rotineiramente se defrontam interesses econômicos e sociais típicos das modernas sociedades de massas (dando origem a conflitos entre empregados e empregadores, inquilinos e grandes locadores, consumidores e grandes empresas, moradores e empreendimentos poluidores do meio ambiente, etc). Em sede doutrinária, foram CAPPELLETTI e GARTH¹⁶ os que acentuaram tal problema e pioneiramente o vincularam à questão mais ampla da desigualdade real entre os litigantes, como um dos principais obstáculos a serem superados para a efetiva ampliação do acesso real (e não meramente formal) de todos à Justiça, por sua vez exigência inafastável do Estado Democrático de Direito. Para tanto, citaram eles interessante trabalho do Professor norte-americano GALANTER¹⁷, o qual desenvolveu uma distinção entre o que chamou de litigantes “eventuais” e “habituais”, com base na observação empírica de sua frequência de encontros com o sistema judicial.

Ela corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judicial (na maioria das vezes quando esses indivíduos sofrem ou ao menos consideram ter sofrido uma lesão a seus direitos) e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa e costumeira (porque são freqüentemente acusadas, com ou sem razão, de haverem descumprido determinadas normas de direito material ao longo de sua atuação negocial ou institucional - situação que, uma vez descrita e identificada, certamente não será estranha aos Juízes do Trabalho que, em sua atividade jurisdicional diária, defrontam-se com muitos demandados “habituais”).

As vantagens dos litigantes “habituais” em confronto com os “eventuais” são numerosas:

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;

¹⁵ Necessidade que, em relação à atuação do Juiz ao longo de todo o processo comum, também a doutrina do processo civil mais atualizada e comprometida com as idéias de efetividade da jurisdição e de igualdade substancial (e não meramente formal) entre os litigantes tem nos últimos tempos enfatizado de forma crescente, como são exemplos as manifestações e advertências de José Carlos BARBOSA MOREIRA (*in Temas de direito processual – sexta série*, São Paulo: Saraiva, 1997, os artigos “Tendências evolutivas do processo civil”, p. 31-44, esp. p. 36-37, “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, p. 63-80, esp. p. 74-75; *in Temas de direito processual – quarta série*, São Paulo: Saraiva, 1989, os artigos “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”, p. 45-51 e “Sobre a participação do juiz no processo civil”, p. 53-66 e *in Revista de Processo* v. 37, esp. p. 146, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”), de Luiz Guilherme MARINONI (*in Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed. revista e ampliada, 1999, p. 101-105) e de José Roberto dos Santos BEDAQUE (*in Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1995, p. 71-78).

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. “Acesso à justiça”, *op. cit.*, p. 25 e ss. e 132 e ss.

¹⁷ GALANTER, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal changes” (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciais), “Law and Society Review”, v. 9, 1974, p. 95, *apud* CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. “Acesso à justiça”, nota *supra*.

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 julgador, 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.

Por tudo isso, os litigantes “habituais” são mais eficientes que os eventuais em sua atuação em Juízo.¹⁸ Daí a importância da postura mais ativa e equalizadora do Juiz em tais casos, para compensar juridicamente essas desigualdades de fato que, no fundo, têm a mesma razão econômica básica e são uma outra faceta da mesma *hipossuficiência* de um dos pólos da relação trabalhista que determinou a criação do Direito do Trabalho, substancial e adjetivo, em todo o mundo, e da própria Justiça do Trabalho, em nosso país.¹⁹

Esta mesma tendência de reforçar o poder de direção processual do juiz e de dele exigir uma postura mais ativa e participante em todas as fases do procedimento tem se manifestado recentemente com muita clareza nos ordenamentos jurídicos dos países da Europa Continental, sendo especialmente encorajada a promoção de tentativas de acordo entre as partes pelo julgador. Na Itália, por exemplo, os artigos 185, 410, 411 e 420, nº 3, do Código de Processo Civil (o primeiro para o processo comum em geral e os demais para o procedimento especial das controvérsias trabalhistas) exigem que o juiz previamente proceda a uma tentativa de conciliação entre os litigantes. Na Áustria, nos expressos termos do § 204, nº 1, do ZPO, em cada estágio do litígio, o Juiz – mantendo sua posição ativa no processo – está autorizado a agir como um pacificador, o que também se observa nos casos das legislações processuais da França e da Suécia.²⁰

¹⁸ Na medida em que o artigo 791, “caput”, da CLT (que, conforme entendimento jurisprudencial hoje pacificado, não é incompatível com a ordem constitucional instituída pela Norma Fundamental de 1988) assegura aos litigantes trabalhistas em pessoa o *jus postulandi* (isto é, não torna obrigatória sua representação em Juízo por advogado, como no processo comum), o papel do Juiz do Trabalho torna-se ainda mais 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 é igualmente destacada por CAPPELLETTI e GARTH (*op. cit.*, p. 103), que observam que “julgadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional”. É evidente, por outro lado, que o magistrado trabalhista sempre deverá tomar cuidado para que sua postura intervencionista e equalizadora se limite a assegurar uma real “paridade de armas” aos dois pólos da relação jurídica processual, sem anular o conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal que a Constituição assegura também aos reclamados.

¹⁹ Somente assim será possível construir aquilo que CAPPELLETTI e GARTH diziam ser o objetivo final da adoção de procedimentos e instituições especializadas em causas de particular importância social (como certamente sempre foram e continuam a ser os dissídios trabalhistas): um sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto autores como réus, caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, conduzido por julgadores ativos que saibam bem utilizar seus conhecimentos técnicos e jurídicos, de forma a atrair as pessoas lesadas e capacitá-las a reivindicar seus direitos efetivamente contra seus adversários mais poderosos (CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 93/94).

²⁰ CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 86, nota 173.

Importantíssima inovação, dentro do mesmo espírito, foi introduzida na República Federal Alemã na década de setenta a partir de propostas de FRITZ BAUR, um dos mais importantes processualistas germânicos, inicialmente na região de Stuttgart, sendo posteriormente estendida de forma obrigatória para todos os tribunais alemães pela reforma do Código de Processo Civil (ZPO) que entrou em vigor em 01.07.77. O MODELO DE STUTTGART, como desde então passou a ser conhecido, caracterizou-se por alguns aspectos inovadores:

a) esse método de procedimento envolve as partes, advogados e juízes, num diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o direito. Ele não apenas acelera o procedimento, mas também tende a resultar em decisões que as partes compreendem e freqüentemente aceitam sem recorrer;

b) “a característica mais interessante desse procedimento é que os juízes, após ouvirem as partes e as testemunhas, retiram-se para deliberar e retornam com um projeto de sentença que é discutido entre eles e as partes, as quais ainda podem optar por uma composição amigável.²¹ Esse procedimento muito aberto resulta em apenas um terço de apelações que seriam normais nos tribunais que seguem o procedimento comum. Aproximadamente 75% dos casos nos tribunais do modelo de Stuttgart terminam no espaço de seis meses, contra apenas 40%, nos tribunais regulares”;²²

c) algumas características básicas desse modelo, até então opcionais, tornaram-se obrigatórias para todos os Tribunais Federais alemães através da reforma do Código de Processo Civil, em vigor desde 1º de julho de 1977;

d) “a Lei para aceleração e simplificação dos procedimentos judiciais de 03.09.76 (que implantou a reforma do ZPO acima referida) dispõe – entre outras providências – que as causas devem ser resolvidas, de agora em diante, numa só audiência (novo artigo 272, I do Código de Processo Civil) e que ao seu começo o tribunal deverá resumir, segundo seu ponto de vista, as questões de fato e de direito. As partes são obrigadas a comparecer à audiência e a responder às observações do tribunal. A prova será colhida imediatamente, se as partes não apresentarem outras. É muito interessante que seja proibido ao tribunal fundamentar sua sentença em aspecto jurídico para o qual não se tenha explicitamente dirigido a atenção das partes.”²³ Tais procedimentos, como é óbvio, estão intimamente ligados aos princípios da oralidade e do contraditório.

4. A postura concreta do juiz do trabalho na condução da conciliação dos litigantes trabalhistas

Tudo o que até aqui se expôs não tem caráter meramente acadêmico ou doutrinário, devendo ao contrário servir de base para a atuação concreta do Juiz do Trabalho, no desempenho de sua nova competência monocrática. Acima de tudo, não poderá ele nunca esquecer que também na conciliação está presente o protecionismo do Direito do Trabalho, devendo agir sempre entre dois pólos: de um lado, equidade; de outro, a indisponibilidade dos direitos básicos dos trabalhadores e a incidência obrigatória

²¹ Este “anúncio antecipado da sentença” que será proferida logo em seguida, caso as partes não se conciliem, é muito interessante: o que em nosso sistema processual em vigor sem dúvida seria inaceitável, por configurar claro prejulgamento da causa pelo órgão jurisdicional, é na Alemanha, ao contrário, o modelo procedimental expressamente previsto na lei processual, com evidentes vantagens. Afinal, o “projeto de sentença” só é apresentado às partes após o encerramento da instrução processual realizada em pleno contraditório e da deliberação do órgão julgador (que, naquele país, também é colegiado no primeiro grau de jurisdição, como regra geral) – afinal de contas, não se vê qual seria o direito processual das partes lesado por tal prática. Em contrapartida, aos litigantes ainda será oferecida uma última oportunidade de optarem pelo caminho da conciliação, antes que seja proferida a decisão final daquele processo, pelo julgador. *De lege ferenda*, talvez uma solução semelhante pudesse ser adotada em nosso país, ao menos para os dissídios trabalhistas.

²² CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 78-79, texto e nota 155.

²³ CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 79, nota 156.

das normas de ordem pública que disciplinam as questões de interesse público implicadas em cada controvérsia trabalhista. Em outras palavras, não pode o juiz trabalhista se esquecer de que é ele integrante de uma Justiça Especial, que foi criada exatamente para resolver (isto é, pacificar com justiça) as controvérsias que pertencem a um ramo especializado do direito, tanto material quanto processual (e que se destacou do direito comum privado por sérias e relevantes razões históricas, econômicas e jurídicas que ainda hoje permanecem atuais, embora sob outras roupagens) e que deve manejar técnicas processuais de tutela diferenciada, em função das peculiaridades e das necessidades específicas ensejadas pela situação de direito material subjacente aos litígios submetidos à sua apreciação, conciliação e julgamento.

É claro que 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.²⁴ 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.

De qualquer modo, a experiência alemã acima narrada demonstra a importância de o juiz, mesmo na fase de conciliação, estabelecer um diálogo franco e aberto com os litigantes, apontando-lhes de forma clara e expressa os pontos fundamentais do litígio e relembrando-lhes sempre as dificuldades e os riscos que a continuação do processo poderá lhes acarretar²⁵ – só assim poderão ser desfeitas as expectativas iniciais contrapostas de cada parte, com frequência excessivamente otimistas e ilusórias, de forma a propiciar uma negociação mais séria e realista, capaz de chegar a propostas razoáveis que possam ser aceitas por ambos os litigantes.²⁶

Algumas conclusões empíricas produzidas por um trabalho de campo multidisciplinar sobre as conciliações levadas a cabo desde o século XIX sobre o árbitro alemão (*Schiedsmann*), citadas igualmente por CAPPELLETTI e GARTH,²⁷ fornecem também valiosas indicações de quais os tipos de comportamento por parte do juiz do trabalho que poderão contribuir para que as conciliações judiciais trabalhistas sejam alcançadas com maior facilidade e eficiência: as normas jurídicas materiais e processuais aplicáveis ao litígio devem ser esclarecidas para as partes, de forma a que eles possam facilmente compreendê-las; nos casos de relações continuativas que ainda não chegaram a seu termo ou poderão ainda ser restauradas (como, por exemplo, nos casos em que se discute a possível reintegração do reclamante ao emprego), ao invés de simplesmente discutir e estabelecer valores ou declarar direitos, o conciliador deverá, se for o caso, propor acertos e compromissos que restaurem a relação e regulem o relacionamento futuro entre as partes; os conciliadores que valorizam adequadamente seu papel e

²⁴ CAPPELLETTI e GARTH fazem uma advertência expressa para o perigo inerente à combinação da atribuição de conciliar com o poder de proferir decisões vinculativas das partes em caso de as partes permanecerem inconciliáveis: 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”. Reconhecem eles, em seguida, que esse problema é atenuado quando os julgadores são especializados na área do direito substantivo relevante para o caso – exatamente o que ocorre na Justiça do Trabalho brasileira (CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 109-110, texto e nota 245).

²⁵ “É importante salientar que uma das técnicas básicas dos conciliadores é a de lembrar às partes as delongas e despesas de um julgamento” (CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 87, nota 177).

²⁶ Os mesmos autores citados na nota anterior também observam que o método básico dos juizes norteamericanos que, na década de setenta e na cidade de New York, atuaram num esforço conciliatório que tentou vencer o atraso de 137.000 processos em seus tribunais municipais consistia em ouvir ambas as partes, apontar as fraquezas de cada um e enfatizar as dificuldades e custos do julgamento (CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 86, nota 174).

²⁷ CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p. 87, nota 176.

buscam perquirir as causas do conflito (para montar suas propostas em função disso) são mais eficientes do que aqueles que procuram apenas evitar os litígios, de forma superficial e automática; os acordos são mais viáveis quando as partes podem manifestar-se livremente, a ponto de levantar sua voz (dentro dos limites da razoabilidade, é claro), antes que o conciliador proponha uma solução.

Como se vê, uma discussão meramente burocrática, formal e que se reduza apenas a valores quantitativos está fadada à ineficiência; em contrapartida, a hábil condução de uma verdadeira conciliação pelo juiz passa por sua capacidade de apreender, na inauguração da audiência e através do rápido exame da peça inicial e da resposta, os pontos críticos de cada controvérsia, de forma a mostrar a cada um dos litigantes o que cada um terá de provar no curso da instrução processual para que seja bem sucedido. Isso, em muitos casos, só será possível após o breve interrogatório pessoal de uma ou de ambas as partes, o qual permitirá em muitos casos eliminar pedidos iniciais ou alegações defensivas destituídos de maior seriedade ou, através da confissão real das partes, tornar desnecessária qualquer outra prova a respeito dos fatos já confessados, simplificando sobremaneira a fase instrutória daquele feito.²⁸

Para o juiz formular sua própria proposta de conciliação com boas possibilidades de êxito, é necessário que ele tenha uma adequada compreensão prévia das posições relativas das partes e de seus advogados na audiência, que apresentam muitas diferenças e significativas peculiaridades. Em primeiro lugar, é preciso ter a clara consciência de que os interesses imediatos do julgador são profundamente diferentes dos interesses dos sujeitos parciais do processo e dos demais operadores do Direito presentes na audiência. É importante tal compreensão até mesmo para que ele tenha um pouco mais de tolerância com as diferentes posturas de cada um e para que possa atuar de forma eficaz no processo de convencimento das partes para que cheguem a uma solução conciliatória da lide.

O interesse primordial do juiz, nessa fase processual, é realmente chegar a bom termo na conciliação – o que significa fazer com que as partes, na maioria dos casos, se componham mediante o pagamento, pelo demandado, de um valor razoável ao reclamante – e, se isso não for possível, pelo menos levantar alguns elementos de fato e de direito que sejam úteis para a solução daquela controvérsia.

Os interesses dos advogados dos litigantes (pelo menos em princípio secundários em relação aos de seus clientes) não podem ser menosprezados. Por exemplo, seu entusiasmo por um acordo na audiência em inauguração nem sempre será intenso, por seus eventuais efeitos negativos em seus honorários, cujo valor é freqüentemente estabelecido na direta proporção do número de atos processuais, de audiências e de instâncias percorridas pelo processo.

A diferente situação relativa de cada litigante, por sua vez, também afetará significativamente sua maior ou menor disponibilidade para a celebração de um acordo em Juízo. É inegável que o reclamante, geralmente premido pela necessidade econômica, é pelo menos o segundo maior interessado na imediata celebração de uma conciliação, desde que em valor que repute justo e razoável (ou até mesmo em montante um pouco inferior a isso).²⁹

Quanto aos reclamados, há que diferenciar aqueles que são os litigantes meramente eventuais (que têm uma situação semelhante à dos reclamantes descrita acima, embora evidentemente de menor premência por razões econômicas, como regra

²⁸ Trata-se, como se vê, de pôr em prática, também na fase de conciliação, a *oralidade* que, desde CHIOVENDA, é uma das notas características e essenciais do processo civil moderno e, em especial, dos procedimentos diferenciados inerentes ao processo do trabalho.

²⁹ Os multicitados CAPPELLETTI & GARTH (*op. cit.*, p. 87-88), ao analisarem a possibilidade de encorajar acordos justos pelo uso seletivo de incentivos econômicos, observam: “É claro que fatores econômicos tais como os custos do julgamento, os métodos pelos quais esses custos são alocados (incluindo os honorários antecipados), a taxa de inflação e a demora, influenciam a disposição das partes para com a conciliação, mesmo que esses fatores possam afetar diferentemente os diversos tipos de litigantes. A demora e os altos índices de inflação tornam um demandante em busca de numerário, especialmente quando se trata de um indivíduo isolado, mais ansioso por uma composição, de modo a poder receber alguma quantia desde logo.”

geral) daqueles que já caracterizamos como litigantes habituais. Estes têm uma perspectiva bem diferente pois, em última análise, são os responsáveis pelo acúmulo de casos na Justiça do Trabalho e, por isso mesmo, são os menos interessados na rápida solução de cada litígio em que estão envolvidos através do pagamento de valores justos e razoáveis, a título de acordo. Digamos de forma clara, simples e direta: os litigantes habituais só farão o acordo, em cada caso, se esse lhes for mais vantajoso que a pura e simples continuação do processo, mesmo que este, no mérito, não lhes prometa muito. E, para que tal acordo lhes seja vantajoso, seu valor não poderá ser muito elevado (isto é, não poderá ser muito próximo do valor da possível condenação que ao final provavelmente lhes será aplicada). Em outras palavras: considerada essa equação, o acordo em princípio terá que ser economicamente vantajoso para o litigante habitual, caso a caso.

Repita-se: nenhum reclamado habitual (ou organizacional) faz acordo sem ter feito um cálculo prévio muito cuidadoso da relação custo/benefício do mesmo, em confronto com a possível continuação do processo. Para estabelecer o valor que considera razoável, esse tipo de litigante leva em conta a provável duração do processo (em função da pauta da Vara do Trabalho para a qual o mesmo foi distribuído) e a maior ou menor premência econômica da parte contrária.

Como pode o juiz do trabalho enfrentar esse impasse, se não quiser homologar apenas acordos em valores irrisórios? Além de velar para que sua pauta de julgamentos não se elasteça em demasiado (quando é visível que os reclamados ficam cada vez menos propensos a celebrar conciliações em valores razoáveis, em proporção direta à crescente duração do processo), deve ele trabalhar com os já mencionados fatores econômicos em sua expressão processual. Em outras palavras, deve ele dar aplicação ao mecanismo fundamental que caracteriza o direito material e processual do trabalho (desigualar juridicamente as partes para compensar, em igual medida, sua desigualdade econômica, social e cultural), procurando em cada caso concreto, sem ofensa à legalidade, trabalhar com os instrumentos que a lei processual lhe assegura para maximizar os ônus decorrentes da continuação do processo que recairão sobre a parte sucumbente ao seu final. Se a falta de firmeza do juiz no início e no decorrer do processo estimula o litigante habitual a jogar com o dano marginal do processo, ensejado por sua inevitável duração, e com a sempre presente possibilidade de um acordo ainda mais vantajoso em etapa posterior do processo (e até mesmo em sua execução), é preciso que o julgador argumente incessantemente, ao longo do feito, no sentido de levantar elementos constantes dos autos que, sem incorrer em prejulgamento, mostrem ao demandado que *talvez* também lhe seja mais vantajoso celebrar uma conciliação em valor um pouco mais elevado do que aquele que, em princípio, estaria disposto a pagar.

Sejamos claros: se o Juiz do Trabalho não trabalhar com o mecanismo básico do direito, que é a sanção (em seus aspectos jurídicos e econômicos), ele nunca irá convencer nenhum reclamado razoavelmente organizado a celebrar qualquer acordo, se este tiver como alternativa mais vantajosa o puro e simples prosseguimento do processo.³⁰ Se essa equação não for rompida por uma participação ativa (claro que dentro dos limites da legalidade) do julgador, não haverá conciliação, a não ser aquela que tenha como conteúdo valores muito baixos e que o reclamante é “obrigado” a aceitar, por razões de todos conhecidas.

³⁰ Um típico exemplo da postura firme mas rigorosamente dentro da lei que pode e deve ser adotada pelo juiz do trabalho ocorre nos casos em que não foi possível a conciliação das partes mesmo depois de ter sido reconhecida pela reclamada a existência de relação de emprego no período alegado pelo reclamante em sua peça inicial. Em tais casos e diante do que dispõe claramente a respeito o § 2º do artigo 39 da CLT, mesmo quando necessário o prosseguimento do feito para instrução acerca dos demais fatos ainda controvertidos, deverá o juiz do trabalho mandar proceder, desde logo, às anotações na CTPS sobre as quais não haja controvérsia, não havendo também por que aguardar o momento de se proferir a decisão final para comunicar a falta de anotação da CTPS ao órgão local do Ministério do Trabalho, para pronta aplicação, ao empregador faltoso, das multas legalmente previstas para tal infração. Com tal providência, o demandado sentirá, de forma palpável, que a continuação daquele processo lhe trará imediatamente pelo menos uma consequência concreta desvantajosa, levando-o freqüentemente a adotar uma postura mais flexível no sentido da conciliação.

Retomando o que se disse ao início deste trabalho, cumpre reiterar que se nós, juízes do trabalho, também na fase de conciliação dos processos trabalhistas, não conseguirmos tornar menos vantajoso (ou pelo menos não tão vantajoso) para os empregadores o descumprimento habitual e disseminado da legislação material do trabalho, estaremos fadados a presenciar, impotentes, o aumento cada vez maior de nossa carga de trabalho – pois, afinal, aos reclamantes não restará qualquer alternativa a não ser continuarem a bater às portas da Justiça do Trabalho, sob pena de nada receberem pelas lesões sofridas (sendo que na prática, como sabemos, muitos não o fazem, tornando ainda mais vantajoso o sistemático desrespeito à legislação do trabalho, num círculo vicioso que, a persistir tal situação, jamais será rompido).

Para não ficarmos apenas no campo teórico das afirmações genéricas, arriscamo-nos a fazer em seguida algumas sugestões de cunho prático, que extraímos empiricamente de nossa prática pessoal de mais de uma década de exercício da magistratura trabalhista no primeiro grau de jurisdição mas que não têm a pretensão de constituir soluções perfeitas, ideais e definitivas a respeito:

- a) em primeiro lugar, nunca aceitar passivamente a negativa inicial absoluta a um acordo ou os valores inicialmente propostos por ambas as partes, submetendo-os a críticas objetivas e fundamentadas (pois é muito comum, de um lado, que os reclamantes e seus advogados façam propostas iniciais claramente exageradas, freqüentemente superiores até mesmo à liquidação do somatório de seus pedidos iniciais, sendo igualmente costumeiro que as primeiras quantias oferecidas pelos demandados e seus procuradores, por seu valor excessivamente reduzido, sejam também claramente irrealistas e inaceitáveis), sendo útil que os julgadores que não tenham condições de estimar rapidamente o valor potencial de cada pedido inicial em plena audiência o façam previamente, por si mesmo ou através de algum funcionário da Vara;
- b) antes de fazer alguma proposta financeira, deve o julgador, ainda que rapidamente, apontar para as partes as principais questões controvertidas e, se possível, as dificuldades e os riscos recíprocos que correrão, caso o feito prossiga (sendo útil, em alguns casos, a oitiva imediata de um ou de ambos os litigantes, o que muitas vezes permitirá evidenciar a falsidade de pelo menos algumas das alegações constantes da inicial e da defesa e quebrar a resistência das partes a um acordo mais razoável);
- c) deverá ele ainda lembrar aos litigantes que a conciliação, por ser geralmente a expressão processual de uma transação, não deve ser celebrada apenas pelos valores espontaneamente reconhecidos como devidos pelo demandado (afinal, este deve pagar ao reclamante, além dos valores incontroversos, alguma quantia que corresponda a direitos que ele não reconhece devidos mas foram postulados pelo autor – ou seja, algo que corresponda à *res dubia* que é o objeto necessário de qualquer transação, em decorrência da própria definição legal dada ao instituto pelo artigo 1.025 do Código Civil);
- d) em contrapartida, deverá ser desfeita a ilusão do autor, muitas vezes manifestada, de que poderá receber em acordo o total ou algo muito próximo da quantia que ele próprio considera devida (pois, afinal de contas, nesse caso é evidente que nada de vantajoso adviria da conciliação para a parte contrária e o reclamante, por sua vez, não estaria fazendo nenhuma concessão recíproca, elemento que, repita-se, é inerente a uma verdadeira transação);³¹

³¹ Dentro desse quadro, tenho também utilizado um argumento curioso que, na maioria das vezes, tem sido muito bem sucedido em persuadir as partes à conciliação: quando as mesmas já evoluíram em suas propostas iniciais e chegaram a valores mais próximos entre si, saliento para ambas o aparente paradoxo de

- e) por fim, para não desgastar e dar maior peso à sua intervenção conciliadora, não deve em princípio o juiz do trabalho, no decorrer da audiência, fazer mais que uma proposta quantitativa para que as partes se conciliem, a menos que tenha ocorrido algum fato novo no seu decorrer que justifique a revisão do montante inicialmente sugerido (como, por exemplo, a confissão de alguma das partes a respeito de algum fato a ela desvantajoso no decorrer das tratativas ou ao ser interrogada pelo juiz).

Cabe, porém, formular algumas advertências, para evitar mal-entendidos: não pode o juiz do trabalho transmitir aos litigantes a impressão de que está disposto a transigir com normas de ordem pública ou com os valores das despesas processuais em geral, em troca de um acordo.³² Isso, além de incompatível com a dignidade e a seriedade da função jurisdicional, pode ensejar a equivocada conclusão de que o Poder Judiciário estaria mais interessado em livrar-se de todos ou de quase todos os litígios, para que não houvesse necessidade da instrução do processo ou da prática dos atos decisórios que são, por definição, o seu desfecho natural. Por outro lado, estão fadados ao insucesso quaisquer argumentos que ingenuamente apelem ao desejo das partes de “homenagear o Juízo” com a celebração de qualquer conciliação (tendo caráter meramente retórico, como é evidente, qualquer manifestação dos litigantes ou de seus procuradores nesse sentido). Finalmente, não deve também o juiz do trabalho agir de forma autoritária, respeitando a liberdade de qualquer das partes de não celebrar acordo, mesmo depois de advertida para as conseqüências negativas que poderão lhe advir do prosseguimento do feito, em virtude do direito constitucional, assegurado a todo e qualquer litigante, de receber a tutela jurisdicional de mérito que declare em definitivo o direito aplicável à controvérsia posta em Juízo (ainda que seu conteúdo afinal seja contrário aos seus interesses)³³.

Dessas últimas considerações é possível extrair a conclusão final do presente trabalho, que não teve a pretensão de ser cientificamente rigoroso e nem de esgotar tema tão extenso e multifacético: o juiz do trabalho, nessa nova fase da Justiça do Trabalho e também na fase de conciliação dos processos trabalhistas, deve exercer sua nova competência monocrática 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 que lhe tenham sido distribuídos. Afinal, 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 todos nós almejamos construir e preservar.

que, em um acordo genuíno celebrado em Juízo, ambos os litigantes devem deixar a sala de audiências razoavelmente insatisfeitos com esse desfecho, que terá de fato implicado em concessões recíprocas (pois, afinal, se alguém ficar inteiramente satisfeito, na verdade provavelmente terá saído vitorioso do litígio).

³² Em minha prática pessoal de magistrado, por exemplo, em se tratando de casos em que o reclamado, em sua defesa ou em suas declarações em audiência, haja reconhecido a existência de relação de emprego não formalizada entre as partes (seja qual for o tempo de serviço), tenho adotado o critério de não homologar qualquer conciliação que não implique na anotação daquele contrato de trabalho na CTPS do autor nas precisas datas de admissão e de saída confessadas pelo demandado (sem admitir sequer a anotação de apenas parte daquele tempo admitido), pela evidente incidência das normas de ordem pública trabalhistas e previdenciárias que disciplinam a matéria. Apesar do risco (que alguns poderiam apontar) de que tal postura poderia dificultar ou até inviabilizar o acordo entre as partes, cumpre-me relatar que, diante dessa clara e taxativa limitação, *nunca* qualquer litigante, nos processos em que atuei, deixou de celebrar um acordo apenas porque teve que proceder à necessária e exata formalização de seu pacto laboral, na forma da lei.

³³ Em termos mais claros: diante da expressa e taxativa recusa de uma ou de ambas as partes ao acordo, este jamais deve ser forçado pelo julgador. É que não se deve confundir a postura firme e incisiva do juiz aqui preconizada (que deve ser desenvolvida sempre dentro dos limites da lei e com a estrita utilização dos instrumentos nela previstos) com manifestações de autoritarismo de sua parte (e, muito menos, de prejulgamento da controvérsia, especialmente nos casos em que a instrução processual ainda não pôde ser encerrada, como forma de “convencer” reclamante ou reclamado a celebrar a conciliação por ele proposta).