

A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Adriana Goulart de Sena Orsini*
Ana Flávia Chaves Vaz de Mello**
Tayná Pereira Amaral***¹

SUMÁRIO

RESUMO

1. INTRODUÇÃO
 2. CONCILIAÇÃO
 - 2.1. Conflitos de interesses e a conciliação
 - 2.2. A conciliação como princípio
 - 2.3. Conciliação e concretização do acesso à justiça
 3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO
 4. ATIVISMO JUDICIAL
 5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS
 6. CONCLUSÃO
- #### REFERÊNCIAS

¹ *Juíza Federal do Trabalho, Titular da 35ª VT de Belo Horizonte. Membro do Núcleo Permanente de Conciliação do TRT da 3ª Região. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG - Graduação e Pós-graduação. Coordenadora do Projeto de Pesquisa "ACESSO À JUSTIÇA: FORMAS, SISTEMAS, AÇÕES, GEOGRAFIA E EFETIVIDADE" do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Comitê Gestor da Conciliação no CNJ. Juíza Auxiliar da Comissão de Acesso à Justiça do CNJ. Pesquisadora e Coordenadora dos Programas: RECAJ UFMG Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça e POLOS DE CIDADANIA, Projeto Mediação Cidadã. Professora da ENAMAT na disciplina "Teoria do Juízo Conciliatório Trabalhista", CFI, CFC E EAD. Conselheira da Escola Judicial do TRT da 3ª Região.

** Advogada. Foi bolsista pelo Santander. Ano 2010.

*** Advogada. Foi bolsista pelo CNPq. Ano 2010.

RESUMO

O presente trabalho objetiva questionar como, em um sistema sobre o qual paira o princípio da indisponibilidade, legitima-se a conciliação e, conseqüentemente, a disponibilidade dos direitos do empregado por sua própria vontade. A partir da análise de casos concretos e do estudo doutrinário, a síntese que se segue pretende fazer uma releitura das razões pelas quais as partes se conciliam, sendo certo que suas repercussões extrapolam os aspectos endoprocessuais, findando o conflito não apenas numa dimensão formal-processual.²

ABSTRACT

This paper aims to question how, in a system over which hovers the principle of unavailability, conciliation is legitimized and, therefore, the availability of employee rights by their own will. From the analysis of specific cases and doctrinal study, the synthesis that follows intends to reconsider the reasons why the parties are reconciled, given that effects go beyond the aspects endo procedural, ending the conflict in a dimension not only formally procedural

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário constitucional-processual preza, cada vez mais, pela efetividade e eficácia processual, destacando-se a conciliação como meio consensual de solução de litígios e substitutivo da atividade jurisdicional clássica de prolação de uma decisão final ao caso concreto (solução adjudicada).

Por sua vez, rege na sistemática trabalhista o princípio da indisponibilidade dos direitos do empregado que, revelando o caráter imperativo das normas protetoras para aqueles que prestam trabalho

² O presente artigo foi escrito a partir do trabalho de pesquisa realizado nos anos de 2010 e 2011: "A CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: POSSÍVEL COMPATIBILIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES" - Faculdade de Direito da UFMG - com bolsas de pesquisa em fomento, uma pelo CNPQ e a outra Santander/UFMG.

subordinado e sendo de essência notadamente social, restringe a negociação entre as partes da relação de emprego para resguardar os direitos da parte hipossuficiente da relação.

Diante disso, questiona-se uma plausível incompatibilidade inicial entre a indisponibilidade dos direitos do trabalhador e a conciliação na Justiça do Trabalho, de onde exsurge o tema-problema, da legitimação da atividade conciliatória frente ao princípio da indisponibilidade.

2. CONCILIAÇÃO

2.1. Conflitos de interesses e a conciliação

O homem é um ser social e, como tal, tende a buscar o seu convívio em comunidades e em grupos, com o fito de promover a sua formação sociocultural e firmar a sua personalidade. Ocorre que a convivência do homem em sociedade, não raras vezes, propicia o surgimento de conflitos de interesses, tendo em vista os diversos anseios de cada indivíduo.

Conflitos de interesses são, portanto, situações em que as pretensões de um indivíduo ou de um grupo social vão de encontro às de outro, no que concerne a um mesmo bem da vida.³ Conquanto eles sejam de incidência habitual na realidade social contemporânea, merecem ser melhor abordados, pois o desenvolvimento de uma cultura voltada à paz social há de levar em conta que conflitos existem e podem ser uma potencial forma de gerar inclusive avanços sociais e/ou cumprimento dos direitos fundamentais sociais.

A busca do Poder Judiciário pelos cidadãos brasileiros, com o intuito de resolver algum conflito de interesses que os envolva, tornou-se

³ No mesmo sentido, insta corroborar as palavras de THEODORO JÚNIOR (2008, p. 41), para quem “[...] há conflitos de interesses quando mais de um sujeito procura usufruir o mesmo bem”. Saliente-se que a expressão “bem da vida” deve ser compreendida em sua acepção mais ampla para abarcar todo e qualquer objeto que merece tratamento pelo Direito, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, que se apresente útil ou necessário ao homem. CARNELUTTI (1959-60, p. 25) esclarece que “[...] el conflicto de intereses consiste en su incompatibilidad, en el sentido de que la satisfacción de la necesidad que corresponde a uno de los intereses, excluye o por lo menos limita la satisfacción del otro”.

mais frequente com o passar dos anos, o que provocou um acúmulo da máquina jurisdicional e de gastos não condizentes com os corolários de efetividade e razoável duração do processo. Por outro lado, é de se dizer claramente há no espaço institucional jurisdicional alguns “excessos de acesso” através de estratégias de apropriação privada do espaço público, seja através das denominadas lides simuladas, seja através dos chamados litigantes habituais, muitas vezes, contumazes descumpridores do direito material do trabalho. Diante disso, pode-se verificar um cenário de ênfase à autocomposição, inclusive em esfera extrajudicial, à conciliação das partes em juízo, à valorização do processo coletivo, da busca de aglomeração das demandas repetitivas e de criação de um sistema vinculante que, pautado no tripé jurisprudência, norma e doutrina, pretende e busca reduzir e interferir no exacerbado número de demandas que abarrotam o Judiciário, com o fito de rechaçar qualquer maculação à sua atividade.

No presente estudo, tomaremos como base de nossa investigação a conciliação judicial trabalhista, aquela conciliação que é apta a trazer benefícios tanto voltados ao empregado quanto ao empregador e que pode, portanto, ser denominada como conciliação. A conciliação que se trata é a conciliação atividade jurisdicional, que de forma irretocável, estabeleceu a Consolidação das Leis do Trabalho, que há de ser feita pelo Magistrado do Trabalho, equalizador das desigualdades de cunho material, o que também lhe é determinado na condução da conciliação, sob pena deste instituto poder se tornar uma porta aberta para fraudes e para o descumprimento da legislação trabalhista.

A conciliação judicial⁴ se caracteriza pela efetiva participação tanto das partes quanto do Magistrado para a composição do litígio. Trata-se, pois, de um modelo cooperativo do processo, em que se vislumbra uma participação tríade: a do reclamante, a do reclamado e a do Magistrado.⁵

⁴ Insta pontuar que o presente trabalho se volta primordialmente à análise da conciliação judicial, em que o terceiro envolvido na composição do litígio é necessariamente órgão do Poder Judiciário.

⁵ Cumpre salientar que, mesmo nessa conformação tríade, o Magistrado é terceiro imparcial, devendo aguardar a iniciativa das partes. magistrados; a do empregador consistiria na possibilidade de pagar menos ou de forma

DELGADO conceitua a conciliação judicial como

[...] ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação, embora próxima das figuras anteriores, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de ela se realizar no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

Segundo NASSIF:

O conceito de conciliação judicial, tal como disposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, é: o procedimento irritual, oral e informal, realizado antes ou depois de instaurado o processo (contraditório), com vistas a buscar uma solução da controvérsia fora da jurisdição e do processo, mediante a elaboração de um acordo que, após homologado por despacho, substitui eventual medida cautelar ou sentença, faz coisa julgada imediata e adquire a qualidade de título executivo judicial. (NASSIF, 2005, p. 152)

No âmbito do processo do trabalho, o tratamento conferido pelo art. 764 da CLT e seus parágrafos, bem como outros dispositivos com similar

parcelada e de não ser acionado pelo mesmo empregado em momento posterior devido ao efeito da coisa julgada; as razões do empregado seriam variadas, podendo ser destacada a questão da imediatidade no recebimento dos valores pleiteados; já o interesse do advogado relacionar-se-ia ao recebimento rápido dos honorários.

abordagem levam a crer que a conciliação é priorizada como forma de resolução dos conflitos trabalhistas. E a preferência para a solução conciliatória não se restringe aos dissídios individuais, na medida em que os §§ 1º e 2º do art. 114 da CR/88 estabelecem a tentativa prévia de solução conciliatória como um dos pressupostos para a instauração de dissídios coletivos, diante das inúmeras vantagens obtidas, notadamente de natureza subjetiva.

Sobre as motivações específicas para a conciliação, NASSIF diz que a motivação do juiz estaria ligada à melhoria das estatísticas que atestam a produtividade dos

Nesse contexto, importa mencionar a presença das chamadas “lides simuladas” (que recebem de NASSIF a denominação “demanda patológica”), segundo a qual as partes procuram o Judiciário com a pretensão previamente de lograr vantagens, especialmente através da conciliação, mas também através de revelias ou de defesas mal formuladas, ante o intuito, muitas vezes, de fraudar terceiros (INSS, por exemplo).

O problema é que a legislação trabalhista nem sempre é cumprida de forma espontânea, muitas vezes ela só ocorre através da coerção via Estado, seja através da sentença, seja através da fiscalização. Certo é que, na conciliação judicial, o entendimento que deve prevalecer é que pode o Juiz interferir no conteúdo da avença, exatamente nos termos do art. 129 do CPC.

Nessa ordem de ideias, a interveniência do órgão estatal para a realização da conciliação, seguindo a forma preconizada em lei, é justamente a garantia capaz de conferir legitimidade aos efeitos jurídicos advindos do acordo homologado, já que as tratativas não correm somente ao alvedrio das partes envolvidas no litígio.

2.2. A conciliação como princípio

A conciliação, como princípio, consiste na promoção pelo Magistrado, a qualquer tempo, da conciliação entre as partes, com o fito de por fim ao processo, garantindo, a um só tempo, a composição pacífica do litígio analisado, além de espaço para se considerar outras eventuais

dimensões do conflito, além da jurídica, que é aquela que é comumente levada ao Judiciário como sendo a única (talvez porque o advogado não pesquise as outras, até porque no ensino jurídico tradicional a dimensão que importa é a jurídica). Como tal, orienta e informa toda a sistemática do direito processual, sem se olvidar da dimensão específica apresentada pela conciliação nos procedimentos trabalhistas.

Importante dizer que a Constituição da República, na antiga redação do art. 114, estabelecia a competência da Justiça do Trabalho para “conciliar” e julgar os dissídios trabalhistas. A alteração trazida com a reforma constitucional implementada em 2004, contudo, não pode ser encarada no sentido de mitigar a aplicação do princípio em referência, conforme corrobora LEITE (2009, p. 82) ao afirmar que a omissão “[...] não desnatura o princípio em estudo, pois ele continua existindo no plano infraconstitucional e não se mostra incompatível com o novo texto da Carta de outubro de 1988”.

Embora a celebração do acordo possa ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição, o diploma justrabalhista cuida de exigir que o Juiz proponha a conciliação em certos estágios no curso do processo. Pelo art. 846 da CLT, logo na abertura da audiência, antes da apresentação de contestação, o Juiz é obrigado a promover a tentativa de conciliação das partes envolvidas. O segundo momento, conforme preceituado no art. 850 da CLT, ocorre após as razões finais.

Acaso inexistentes as propostas de conciliação, o que pode ser constatado através da ata da audiência, o processo torna-se eivado de nulidade, atentando-se que se trata de matéria de ordem pública. De certo modo, a cominação de nulidade corrobora para a afirmação de que a conciliação adquire um significado peculiar na sistemática processual trabalhista.

No que tange à obrigatoriedade das propostas de conciliação, o entendimento majoritário dita que a falta da primeira tentativa conciliatória pode ser suprida pela realização da segunda, pois que a ausência da proposta inicial não gera qualquer prejuízo para as partes, as quais já detêm os elementos de convicção quando da tentativa final.

Analisando a conciliação sob uma perspectiva extraprocessual, NASSIF (2005, p. 176) diverge sobre o assunto⁶ ao afirmar que a conciliação não é princípio do processo do trabalho, pois é “justamente uma forma de não haver processo algum”.

Destarte, a condição de princípio é negada em razão de a conciliação não ser instituto do processo, segundo a autora. Todavia, ainda que se reconheça que a conciliação é instituto à parte, nada impede que seja considerada princípio do processo do trabalho, já que a valorização da solução conciliatória vem externada pelas próprias normas processuais trabalhistas. Além disso, fatores como a participação do juiz e os efeitos advindos da homologação do acordo (extinção do processo, coisa julgada, etc.) evidenciam a correlação da mesma com a sistemática processual trabalhista, compatibilizando-se perfeitamente com os fins almejados por esta Justiça Especializada, especialmente contribuir para o desenvolvimento de uma cultura voltada à paz social.

De acordo com a previsão dos dispositivos celetistas ora citados, não restam dúvidas de que a conciliação deve ser cogitada pelo Juiz durante todo o trâmite do processo. Como tal orientação, por exigência expressa, deve permear a condução do processo judicial trabalhista de forma tão peculiar, diferentemente das demais espécies de processo, tornando-se justificável e coerente a abordagem da conciliação como diretriz principiológica.

2.3. Conciliação e concretização do acesso à justiça

O preceito da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário”, somente prospera diante de um cenário fático-jurídico em que seja possibilitado ao cidadão o acesso à justiça, especialmente quando se está a tratar da égide do Estado Democrático de Direito.

⁶ A posição majoritária na doutrina e jurisprudência é destacada por Humberto Theodoro Júnior (2002), para quem “em termos constitucionais, há alguns princípios específicos delineados para o processo do trabalho [...]”, inclusive “[...] competência conciliatória e decisória dos órgãos judiciais trabalhistas”. as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31)

A partir do século XX, especialmente, verificam-se várias tentativas de consolidação da noção de “justiça” e de seu “acesso”, sendo evidentes as reformas nos procedimentos jurisdicionais de diversos países, seja através da introdução de institutos como a conciliação e a arbitragem, seja através da criação de novas estruturas e órgãos jurisdicionais, com princípios e desenvolvimento procedimentais próprios.

Nessa conjuntura dogmática em prol da consolidação de conceitos jurídicos basilares, foram diversos os doutrinadores que objetivaram traçar as etapas necessárias a um processo eficaz e atento à razoável duração do processo, não só analisado sob o viés de atividade estatal substitutiva, para aplicação do direito objetivo ao caso concreto, mas também atento ao acesso à justiça e à composição das partes. Dentre esses doutrinadores, merecem destaque o italiano Mauro Cappelletti e o norte-americano Bryant Garth, segundo os quais, para o pleno desenvolvimento do acesso à justiça, ter-se-ia que observar três ondas renovatórias do direito processual:

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 a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “ênfase de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar

Na doutrina brasileira, defende Watanabe (1988, p. 128) que a problemática do acesso à justiça merece ser analisada em atenção às esferas socioeconômica e política do País, devendo ser ajustada à realidade social. Por isso, ela não pode ser desenvolvida de modo alheio à realidade forense, “[...] não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos

judiciais já existentes”. Esse também é o entendimento de Almeida (2010, p. 171), para quem se requer a análise do acesso à justiça “[...] para além do Judiciário”, não só analisado como direito de ingresso ou de respeito aos princípios constitucionais, mas especialmente como direito a um processo de resultados, “[...] direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional”.

A partir dessa perspectiva doutrinária adotada, podemos enquadrar a conciliação como destaque do acesso à justiça por ser uma efetiva forma de solução de conflitos, atenta à razoável duração do processo e alternativa à jurisdição (terceira onda renovatória de CAPPELLETTI e GARTH), bem como por estar atenta à realidade social vivenciada pelas partes (união entre *praxis* e *nomos*).

Na conciliação, a solução do problema é próxima da realidade vivenciada pelas partes porque parte da vontade dos próprios sujeitos envolvidos no conflito, diante de uma intervenção de um terceiro. Assim, frente a uma argumentação em torno do problema, junto ao terceiro interveniente (magistrado em atividade jurisdicional de conciliação), as partes vão atentar para as suas responsabilidades na questão, aprendendo (educação como missão - empoderamento), além de compor total ou parcialmente a sua pretensão em prol de um convívio harmônico.

É oportuna a lição de Sena:

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.

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.

Sempre que as partes estão envolvidas em relações multiplexas, isto é, relações de múltiplo vínculo (opostas às relações circunstanciais, de 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. (SENA, 2007, p. 144)

Assim, defende-se que a conciliação prima pela solução do problema independentemente da continuidade conflituosa, do desgaste processual e de eventuais atos processuais protelatórios, o que corrobora com a efetividade dos preceitos constitucionais, especialmente aqueles concernentes à efetividade e razoável duração do processo. A conciliação bem conduzida prima por resultados práticos, factíveis na realidade forense, voltados à cultura da paz, em especial, na Justiça Especializada trabalhista.

3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO

As regras dispositivas são exceções no Direito do Trabalho, em harmonia com o princípio da imperatividade. Dessa feita, a limitação da autonomia da vontade é necessária porque as garantias do trabalhador esvaziar-se-iam não fosse a restrição para abdicar o direito, haja vista o desnível criado com a relação de emprego.

Despontando como projeção da imperatividade segundo boa parte da doutrina, o princípio da indisponibilidade informa que o empregado não pode abrir mão de um direito que lhe confere proteção, quer previsto em norma jurídica, quer no contrato, por sua simples manifestação de vontade, tendo em vista o desequilíbrio de ordem econômica, social e cultural entre os sujeitos da relação empregatícia.

Conquanto seja vedado ao trabalhador despojar-se de seus direitos, há meios de disposição previstos, dentre os quais a prescrição, a decadência, a renúncia, a transação e, é claro, a conciliação, acerca do que surge acirrado debate.

Para Delgado, as definições da renúncia e da transação são traçadas da seguinte forma:

Renúncia é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiária pela renúncia. Transação é ato bilateral (ou plurilateral), pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco), envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (*res dubia*). (DELGADO, 2010, p. 200)

Nessa linha de pensamento, a renúncia é permitida em situações excepcionais no Direito do Trabalho, expressamente previstas em lei, fazendo-se necessário verificar se os clássicos requisitos jurídico-formais foram satisfeitos: capacidade do agente, livre manifestação de vontade, forma prescrita ou não defesa por lei.

No intuito de determinar a extensão da indisponibilidade, Delgado propõe uma distinção entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa. Constata-se a primeira se a proteção do direito envolver interesse público, caso em que será encarado como um padrão civilizatório mínimo, a exemplo das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, do salário mínimo, etc. No campo do direito individual do trabalho, a indisponibilidade também é absoluta quando se trata de interesses abstratos de determinada categoria. Já no direito coletivo do trabalho, os direitos consubstanciados em normas que impliquem interesses de certa categoria podem ser transacionados mediante negociação coletiva.

Se, porventura, houver renúncia ou transação envolvendo direitos absolutamente indisponíveis, o ato tornar-se-á eivado de nulidade absoluta. Em relação à distribuição do ônus da prova, não será necessário que o empregado autor prove a ocorrência de prejuízo, pois que a nulidade é automaticamente declarada pelo Juiz.

A indisponibilidade relativa, por sua vez, alberga direitos que traduzem interesses individuais ou bilaterais, os quais não correspondem a patamar civilizatório mínimo fixado em dado momento histórico. Somente a transação, não a renúncia, é admitida quando em voga direitos relativamente indisponíveis, desde que não implique prejuízo ao trabalhador, com fulcro no art. 468 da CLT.

No tocante à validade dos atos de disposição após o rompimento do vínculo empregatício, coerente a seguinte explanação:

Mesmo após a ruptura do contrato, filiamo-nos aos que sustentam que a renúncia do empregado deve ser vista com desconfiança, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, pela condição de desempregado, que necessita de recursos imediatos para continuar se mantendo até que obtenha novo emprego; em segundo lugar, pelo temor de enfrentar a demora de uma demanda judicial e, por fim, dada a necessidade de obtenção da carta de referência do antigo empregador para candidatar-se a um novo emprego. (LIMA, Francisco Meton Marques de *apud* BARROS, 2010, p. 202-203)

Na visão de Martins, o obreiro só pode renunciar seus direitos em juízo a fim de evitar a ocorrência de fraudes, ao passo que é admitida a transação (justamente por isso denomina o princípio como da irrenunciabilidade), visto que importa em concessões recíprocas, exigindo-se, em determinados casos, a assistência de terceiro.

Para Martins, só é permitido transacionar se existe *res dubia* (incerteza do direito) ou qualquer espécie de dúvida na relação jurídica. Ademais, considerando que o objetivo é prevenir conflitos, a conciliação deve ser interpretada restritivamente, sem que implique renúncia.

De todo o exposto, depreende-se que, quando se fala em princípio da indisponibilidade dos direitos do trabalhador, a tendência é adotar o posicionamento no sentido de serem inadmissíveis, na ordem justrabalhista, tanto a renúncia, enquanto ato unilateral, quanto a transação que signifique prejuízo ao obreiro. Quando se trata do princípio da irrenunciabilidade, acredita-se que a limitação da autonomia da vontade se refere somente aos atos próprios de renúncia.

Nassif fala sobre a existência de um paradoxo entre a regra de indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a adoção de meios de disposição, a exemplo da conciliação judicial e da prescrição. Segundo a autora, as construções perpetradas pela doutrina não tiveram êxito em eliminar o paradoxo, resultando na mitigação do princípio da proteção, basilar do Direito do Trabalho.

Entretanto, torna-se evidente que Nassif enfoca a conciliação como disposição de direitos, olvidando-se que nos processos judiciais de todos os dias existem “res dúbia”, inclusive determinada pela inexistência de provas para provar o direito dito indisponível, além do que não se pode olvidar, também, que existem vantagens experimentadas pelo trabalhador que abandona a postura adversarial no processo a fim de firmar acordo. Acolhendo um olhar multifacetário da questão, não se pode olvidar as variáveis e negar a realidade da sala de audiências como algo a ser levado em consideração. Em uma visão unívoca que o direito é indisponível, negando a dimensão processual probatória do mesmo, o empregado-autor pode ser guindado a uma experiência nefasta de Justiça, pois ao assumir uma postura irascível direcionada a litigação, ainda que sem provas, pode ter o resultado de sua demanda como improcedente, o que não me parecer dialógico, racional e sequer de bom senso.

A essa altura, valem constar as ponderações de Barros:

A conciliação não implica necessariamente transação, pois poderá ocorrer de o empregador pagar tudo o que é devido ao empregado, mas, em geral, ela se subsume à transação. (BARROS, 2010, p. 208, grifos da autora)
[...]

Para finalizar, salientamos que a transação é de grande utilidade social, pois transforma o litígio em estado de paz. Entretanto, é bom lembrar que “transigir não é tudo conceder sem nada receber”. (BARROS, 2010, p. 211)

Nesse contexto, deve-se observar que o princípio da indisponibilidade informa a regra geral, sem, contudo, vedar hipóteses de exceção, permissivas da transação, sobre as quais mantém sua força normativa, impondo limitações e requisitos, até porque somente o acordo adequado às partes será homologado pelo Magistrado do Trabalho.

Sem se olvidar da mitigação da aplicação do princípio em voga no processo trabalhista devido à ampliação de competência da Justiça do Trabalho, a disponibilidade terminantemente vedada concerne aos direitos absolutamente indisponíveis, aos direitos incontroversos, àquela conduzida pela vontade exclusiva dos sujeitos ou, ainda, a que causará prejuízos ao trabalhador. Portanto, a conciliação estimulada pelo ordenamento não é a que se presta à desconstrução das garantias ao trabalhador, mas a que representa uma forma mais democrática, justa e ágil de concretizar os direitos assegurados aos empregados pela ordem justralhista.

Após essa breve explanação, deve-se ter em mente que parte dos direitos dos trabalhadores pode ser conciliado sob a égide processual trabalhista, em razão da própria natureza principiológica da indisponibilidade. Sendo princípio, cabe ao Magistrado atribuir-lhe um peso e aferir a sua incidência na hipótese vertente. Portanto, frente à incidência concomitante de demais princípios, como o da utilidade social e o da conciliação, cabe ao Magistrado sopesá-los de acordo com as circunstâncias e peculiaridades do

caso concreto, atendo-se, principalmente, à proporcionalidade analisada em seu sentido estrito.

Com propriedade, prontifica Sena:

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 com a necessidade de tutela da ordem econômica e social. (SENA, 2007, p. 153)

Ademais, deve-se ter em mente a unidade do ordenamento jurídico, pelo que a mitigação da indisponibilidade se justifica para que sejam observados outros princípios de igual ou maior valor que incidam numa realidade concreta levada ao Poder Judiciário. Como qualquer outro princípio, a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores apenas indica uma diretriz a ser seguida, cabendo uma análise proporcional de sua incidência, que poderá ou não ocorrer à integralidade.

4. ATIVISMO JUDICIAL

A flexibilização do princípio da indisponibilidade dos direitos do trabalhador é também possibilitada pela superação da imagem do Magistrado como mero expectador do processo. Assim é que, diante da versatilidade e das peculiaridades dos problemas levados ao Judiciário, bem como da impossibilidade de que todo e qualquer conflito fosse resolvido pela subsunção do fato à lei positiva, requer-se do Estado-Juiz uma atuação mais ativa e atenta à realidade das partes e do processo, quando do exercício da jurisdição.

Por conseguinte, afastou-se o brocardo segundo o qual o Juiz é “*le bouche de loi*” para compreender que a inércia do Magistrado não mais condiz com as perspectivas processuais e materiais contemporâneas, as quais prezam pelo ativismo judicial. Ativismo judicial corresponde, portanto, à postura prática, ativa e participativa do Magistrado no que atine à construção, juntamente com as partes e terceiros interessados, do advento processual. A atividade do Magistrado no processo deixa de ser vislumbrada sob uma perspectiva inerte, de “mero expectador do processo”, para se substituir à ativa, de exercício de poderes e faculdades instrutórias e diretivas.

Sobre o tema, mister corroborar as palavras de SENA, que sabiamente esclarece:

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. (SENA, 2007, p. 145) No Estado Democrático de Direito, a jurisdição merece ser analisada sob uma perspectiva ampla, e não meramente simplória, quer de “atuação da vontade concreta da lei” (CHIOVENDA), quer de “justa composição da lide” (CARNELUTTI). A atividade jurisdicional envolve também, dentre outras atividades, a uniformização de jurisprudência, a criação de súmulas vinculantes e a própria ênfase ao acesso à justiça. Preza-se por enfoques tanto formais quanto materiais do direito, pelo que se requer uma atuação judicial pró-ativa, que permita a construção do processo em conjunto pelas partes e pelo Magistrado, com o fito de resolver o conflito de maneira mais econômico-processual e condizente com a realidade fática vivenciada por aquelas.

Sem dúvida, a conciliação judicial permite essa postura pró-ativa do juiz, uma vez que resulta da participação e colaboração conjunta do juiz-conciliador e das partes no advento processual. Aliás, não bastasse a concepção doutrinária em prol do ativismo judicial, a própria legislação trabalhista, especificamente os artigos 764, 831, 850 e 852-E da CLT, determina a obrigatoriedade de tentativa de conciliação pelo Juiz para resolução do conflito, o que facilmente rechaça a concepção de Magistrado como mero aplicador da lei ao caso concreto, vislumbrando-o também como pacificador social.

Assim é que se deve falar na possibilidade de realização da justiça social pelo Poder Judiciário, uma vez que é permitido ao Magistrado adequar a amplitude e conteúdo da norma à situação concreta, pelo uso, por exemplo, da equidade. É o que prontifica Gajardoni:

Com efeito, o juiz, na atividade de julgar, define o alcance dos comandos normativos, convertendo-os de gerais/abstratos em individuais/concretos, impondo, ainda, sanções coativas, nos casos de violação. O julgador, na atividade de conciliar, define às partes o conteúdo e alcance das normas, encaradas sob um prisma de equidade, não as impondo, mas persuadindo-as à observação espontânea. No julgamento da ação, vige o princípio da legalidade estrita, não havendo campo para inovações. Entretanto, no exercício da atividade conciliatória, age o magistrado livremente, por equidade, o que demonstra que, no exercício dessa função, os poderes/deveres do juiz são ainda maiores. (GAJARDONI, 2003, p. 142-143)

Cumprе salientar que os Magistrados possuem cautela e experiência jurídica suficientes para saber analisar toda a conjuntura processual, inclusive a adequação ou não da conciliação num caso concreto. Com efeito, a forma de investidura, as responsabilidades e atribuições do cargo da Magistratura exigem do profissional conhecimento jurídico e social necessário para a análise de cada caso concreto. Por isso, como importantes agentes na formação da solução do conflito, não são meros homologadores de acordos e não pretendem o acordo a qualquer custo.

Nesse sentido, cumpre corroborar as palavras de Sena:

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). Na homologação que corresponde ao ato judicial praticado pelo Juiz do Trabalho, compete-lhe avaliar com percuciência e profundidade pertinente a forma e o conteúdo que lhe estão sendo submetidos. Tudo de modo a assegurar livre e consciente manifestação da vontade das partes e, também, para evitar ofensas a normas de ordem pública, assegurando a presença de uma genuína transação. (SENA, 2007, p. 147).

NICACIO nos lembra que o Poder Judiciário “... continua a “enviar mensagens”⁷ ao público de cidadãos no que concerne à forma a partir da qual alguns temas e domínios são interpretados pelo direito oficial e suas autoridades constituídas” e isso também se aplica à conciliação. Prossegue a autora que essas “mensagens”, “desveladas no seio da cena social, prestam-se a refundar a maneira segundo a qual os cidadãos, público da justiça, mas também atores de direito, continuarão a tratar os conflitos e influenciar suas decisões no que toca às estratégias a adotar para a gestão da vida em sociedade.”

⁷ Marc Galanter em seus estudos afirma que os tribunais não apenas pronunciam decisões, mas também expedem mensagens. Essas mensagens serão úteis tanto para que os cidadãos possam tomar consciência de seus direitos ; possam formular demandas ; iniciar negociações ; fazer valer suas pretensões ou mesmo se abster de impetrar uma ação ou resistir e rejeitar a pretensão do adversário. De uma perspectiva utilitarista, os cidadãos poderiam assim ter um julgamento sobre a oportunidade de um processo judicial e, com conhecimento de causa, optar por um outro meio de resolução de conflitos.. Cf. M. Galanter, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », in *Accès à la justice et État-Providence*, M. Cappelletti (dir.), Publications de l'Institut Universitaire Européen, Paris, Economica, 1984, p. 163.

5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Inicialmente, buscou-se o entendimento da doutrina sobre a situação-problema da pesquisa, analisando as diversas concepções acadêmicas dos institutos estudados, quais sejam: o princípio da indisponibilidade e a conciliação, especialmente a judicial. Assim, foram analisadas diversas obras de autores renomados e conhecidos no meio jurídico-acadêmico, bem como colhidos dados estatísticos, elaborados por órgãos públicos, para que, partindo da hipótese apresentada, fosse complementada a fundamentação e conclusão da pesquisa.

Tendo em vista a parceria das instituições CNPq e FUNDEP/SANTANDER, que concederam bolsas de estudo para possibilitar o pleno desenvolvimento da presente pesquisa, as bolsistas puderam participar de diversos eventos que promoviam debates atinentes ao tema do trabalho. Destaca-se, nesse sentido, a participação em seminários e palestras ministradas por especialistas da área. Inclusive, um desses seminários foi realizado pelo Programa RECAJ UFMG - pesquisa, ensino e extensão em Acesso à Justiça e Formas de Resolução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, coordenado pela Professora Doutora orientadora desta pesquisa.

Assentada a carga teórica inerente ao tema versado, as bolsistas analisaram os efeitos da situação-problema na conjuntura social e na praxe forense, assistindo a audiências na Justiça do Trabalho, em Belo Horizonte, e entrevistando as partes posteriormente. Aproximando-se do público, foi possível examinar as questões psicológicas verificadas no universo da prática conciliatória e verificar como e até qual ponto a análise doutrinária se compatibilizava com a realidade forense.

Dessa forma, com o propósito de evidenciar os aspectos pragmáticos da conciliação judicial, impende analisar as conclusões obtidas a partir de casos concretos observados em audiências, com os quais foi possível perscrutar o fundo psicológico das partes.

Em geral, observou-se que os empregados não compareceram à

primeira audiência, predeterminados a firmar um acordo. No entanto, oferecida a proposta pelo empregador e feitas as negociações, surge o interesse em conciliar, tendo o Magistrado advertido sobre os benefícios e vantagens obtidas, ainda que não atendida a integralidade das pretensões.

Já os empregadores pesquisados, em sua maioria, disseram que vão ao Poder Judiciário com o intuito de conciliar, em razão das benesses que a conciliação lhes proporciona. Outros dizem que a possibilidade de previsão do acordo depende do caso concreto e do perfil do Magistrado condutor da audiência.

Constatamos, ainda, que as propostas de conciliação que partiam dos empregados eram de valor excessivamente elevado, ao passo que as propostas dos empregadores, de valor baixo, notadamente irrisório em relação ao pedido inicial. Com o advento da audiência conciliatória, após a intervenção do Magistrado no espaço conciliatório, especialmente com a confecção de cálculos balizadores do risco para as partes, da atuação das próprias partes, o valor acordado aproximava-se de média dos dois valores apresentados frente aos riscos calculados.

As partes apresentaram diversos benefícios que justificaram a feitura do acordo entre elas, dentre os quais convém citar: 1) a natureza célere da conciliação, de trazer mais rápido a solução do problema, evitando o desgaste psicológico; 2) o fato de a natureza das verbas guerreadas em juízo serem de cunho alimentar, pelo que o trabalhador precisa do dinheiro de forma mais rápida possível; 3) o afastamento de quaisquer riscos de um provimento jurisdicional que não lhes sejam favoráveis, haja vista a existência de entendimentos doutrinários e judiciais diferentes sobre as questões acordadas; 4) a redução de gastos, evitando o dispêndio de verbas com o trâmite processual; 5) a possibilidade de parcelamento do débito pelo empregador⁸; 6) a possibilidade de o empregado ser recontratado

⁸ NASSIF (2005, p. 186) critica veementemente o parcelamento do débito trabalhista. Para ela, tal atitude não poderia vir desacompanhada da aplicação de juros compensatórios, pois o cumprimento espontâneo não prevê o parcelamento. Assim, ela ressalta que “[...] a mera aplicação de princípios civis na conciliação judicial traria uma substancial compensação na desigualdade da relação de forças”.

posteriormente pelo empregador, evitando um litígio entre eles, eis que a conciliação é uma solução amigável; 7) razões tributárias, porquanto, quando da conciliação, permite-se às partes acordar como e quando pagar, sem que haja imediata retenção de imposto de renda na fonte.

Vale ressaltar que a atuação do advogado é positiva para a conciliação, na medida em que o fato de a parte remover previamente as informações, dicas, questões favoráveis e desfavoráveis envolvidas no processo possibilita que decida com maior segurança, no momento da audiência, se aceitará ou não a proposta formulada pela parte contrária, especialmente no que tange ao valor oferecido. O conhecimento desses subsídios fornecidos ao cliente pelo advogado antes da ocorrência da audiência uma contribui para elevar a probabilidade e o grau de satisfação da parte com a conciliação a ser realizada, reduzindo proporcionalmente as chances de arrependimento. A participação dos advogados de forma ativa na condução da negociação, dentro e fora da audiência, foi fator impactante observado. Se não há tal atuação e se o magistrado também não atua com tal diretiva, a possibilidade da transação fica esmaecida, até porque, como se salientou, nem sempre a primeira opção é a conciliação, considerando a cultura de litigação que impera na sociedade.

As conclusões desta pesquisa corroboram com alguns aspectos que foram apresentados por NASSIF⁹, para quem a conciliação na Justiça do Trabalho possibilitada por diversas razões, inclusive aquelas extrínsecas ao conflito em concreto e à relação jurídica travada. A conclusão foi parcial por não concordarmos que a conciliação permita um ambiente tão propício à fraude, exatamente porque há a participação e o controle do Magistrado

⁹ Para NASSIF (2005, p. 173), "Razões de natureza diversa contribuem para que a conciliação seja um sucesso na Justiça do Trabalho: razões pessoais, processuais, econômicas e até mesmo razões fraudulentas. Propõe-se a indicação de algumas delas. As razões pessoais representam-se pelo interesse dos juízes, das partes e dos advogados trabalhistas. As razões processuais, por sua vez, pelo *jus postulandi* das partes, pela indisponibilidade de direitos, pela *res dubia* e pela coisa julgada ampliada. A seu turno, as razões econômicas fazem-se representar pelo regime de honorários, de custas, pelo regime tributário, pela redução e/ou parcelamento do débito trabalhista e pela não aplicação de instrumentos normativos que aumentariam o valor desses débitos. Finalmente, as razões fraudulentas representam-se pelo crédito trabalhista privilegiado, pelo desvirtuamento da legislação trabalhista, pela evasão fiscal, pelo uso da redução de cálculo de despesas com mão de obra, até mesmo, em processos licitatórios."

quando da celebração do acordo. Novamente, ressalta-se a sabedoria do sistema processual publicista e equalizador previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais, o acordo também pode vir a ser controlado pelo Ministério Público, quando de sua atividade correicional e fiscalizatória.

Por fim, não se pode olvidar do importante papel exercido pelo Juiz, na atividade jurisdicional de conciliação no transcorrer da audiência, estimulando a realização do acordo e intervindo para assegurar a razoabilidade dos termos e valores fixados. Nesse sentido, deve o Magistrado atentar para a forma de solução da controvérsia que garanta ao máximo o acesso à justiça por parte dos jurisdicionados. Em outras palavras, que o tratamento dado pelo Poder Judiciário seja o mais adequado possível, especialmente considerando os termos da Resolução n. 125 do CNJ.

6. CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro deve ser interpretado como um todo unitário, sistêmico e coerente, em prol da consolidação e efetividade de suas normas. Assim, nenhum primado pode ser aplicado e entendido com viés absoluto, devendo a análise de sua incidência ser feita em cada caso concreto, de maneira proporcional e atenta aos aspectos teleológicos da norma.

Assim, cabe ressaltar que a aplicação ponderada dos princípios da indisponibilidade e da conciliação, o ativismo judicial e a equidade são apenas algumas das razões que justificam a flexibilização do princípio da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores pela conciliação. Acrescenta-se que a conciliação coaduna com a égide constitucional brasileira, que pretende cada vez mais ressaltar a efetividade e duração razoável do processo, bem como fortalecer o acesso à justiça, de modo a fazer com que cada parte compreenda e participe da decisão prolatada, em verdadeira atenção ao princípio da cooperação, sendo o processo construído pelo autor, pelo Juiz e pelo réu conjuntamente, em prol de uma justiça não meramente formal, mas especialmente material.

Por fim, diante de uma análise concreta, vislumbramos que as partes se conciliam por acreditar que a conciliação é uma forma benéfica de resolução de conflitos, atenta à razoável duração do processo e que lhes possibilita conjuntamente construir a solução do litígio. Em sua maioria, saem satisfeitas da Justiça Especializada do Trabalho por observar que as benesses e os efeitos da conciliação extrapolam - e em muito - os aspectos endoprocessuais, findando o conflito não apenas numa dimensão formal-processual, mas também em seus aspectos econômicos, sócio-familiares, dentre outros, que extrapolam a relação jurídica travada no Judiciário e que não seriam logrados com a atividade jurisdicional clássica de prolação de uma decisão final frente a um caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In SALIBA, Aziz Tuffi, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e ALMEIDA, Gregório Assagra de (Coords.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. (*Conceptos Fundamentales La Doctrina de Las Acciones*; v. 1).

Adriana Goulart de Sena Orsini
Ana Flávia Chaves Vaz de Mello
Tayná Pereira Amaral

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. In RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coords.). *Comissões de conciliação prévia: quando o direito enfrenta a realidade: análises críticas em memória de Alaor Satuf Rezende*. São Paulo: LTr, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASSIF, Elaine Noronha. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

NICACIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre a metamorfose da regulação social e a administração plural da justiça. (no prelo).

SENA, Adriana Goulart de. *Juízo conciliatório trabalhista*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 45, n. 75, p. 139-161, jan./jun. 2007.

SENA, Adriana Goulart; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coords.). *Processo do trabalho atual e temas conexos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SENA, Adriana Goulart de. Resolução de conflitos e acesso à justiça: efetividade material e judicial. In SENNA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Os princípios do direito processual civil e o processo do trabalho. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.