

CONCILIAÇÃO: INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EFETIVAMENTE COMPARTILHADO E DEMOCRÁTICO

CONCILIATION: DISPUTE SETTLEMENT INSTRUMENT EFFECTIVELY SHARED AND DEMOCRÁTICO

Aline Carneiro Magalhães¹
Vitor Salino de Moura Eça²

RESUMO

A sociedade contemporânea, marcada pelo signo da celeridade, instantaneidade, informatização e massificação, pugna por novos meios de resolução de conflitos capazes de promover o gozo tempestivo e efetivo dos direitos, em especial, aqueles que albergam créditos de natureza alimentar. O modelo processual posto, por não mais responder ao contento aos anseios dos jurisdicionados, foi objeto de inúmeras reformas e, dentro desta onda de mudanças, vem ganhando relevo a conciliação, instrumento alternativo de resolução de conflitos que permite às partes, com auxílio fundamental do magistrado, colocar fim às suas contendas, não apenas jurídicas, de forma efetivamente participativa, compartilhada e ativa, o que, em última análise significa exercício da cidadania e democracia.

Palavras-chave: Conflitos. Conciliação. Tempestividade. Efetividade. Crédito alimentar.

ABSTRACT

The contemporary society, marked by the sign of the celerity, immediacy, computerization and massification, advocating new ways of conflict resolution able to promote timely and effective enjoyment of rights, in particular those that are existential credits. The actual procedural model, that does not satisfy the citizen, has been the object of numerous reforms and, within this wave of change, has been gaining importance the conciliation, alternative conflict resolution tool that allows parties, with the aid of magistrate, put an end to their disputes, not just legal, so as participatory, shared and effectively activates, generating exercise of citizenship and democracy.

Keywords: Conflicts. Conciliation. Timing. Effectiveness. Existential credit.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutora e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; professora do Curso de Direito da Faculdade Governador Ozanam Coelho, Ubá-MG; graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

² Pós-doutorado em Direito Processual Comparado na Universidad Castilla-La Mancha, Espanha; professor adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; juiz do trabalho titular - TRT/MG 3ª região - MG; doutorado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

O conflito é algo inerente à vida em sociedade, tendo em vista os anseios diversificados e contrapostos dos indivíduos que a compõe.

Na contemporaneidade, entretanto, podemos observar o seu número elevado, fato que pode ser atribuído a diversos fatores, dentre eles, a massificação do consumo, a ampliação da informação sobre direitos, a busca pela concretização de direitos sociais, o incremento da industrialização, tecnologia, meios de comunicação e transporte.

As disputas, em regra, deságuam no Judiciário. A jurisdição é a forma predominantemente utilizada para resolvê-las, em que um terceiro, o magistrado, com o auxílio das partes que exercem o princípio do contraditório e da ampla defesa, aplica o direito ao caso concreto.

O Judiciário abarrotado por esta grande procura acaba realizando uma prestação jurisdicional aquém da desejada, gerando, em muitos casos, morosidade e baixa efetividade.

Ainda dentro da dinâmica processual o conflito solucionado pelo Judiciário gera uma parte vencedora e outra vencida. Esta, talvez por uma característica nata ao ser humano, busca em todas as instâncias e através de todos os recursos processuais alterar a sua condição e, na eventualidade de não obter êxito, tende a adotar uma postura renitente na fase de execução, adiando ao máximo o momento de cumprimento da sua obrigação, em especial, na seara laboral.

A parte sucumbente propende a passar por todo o *iter* procedimental previsto em lei, não raras as vezes agindo de maneira protelatória, fazendo com que o processo leve muito tempo para chegar ao fim (demora fisiológica *versus* demora patológica)³.

A espera pode representar um ônus excessivo à parte que não tem condições de suportá-la sem a ameaça de sofrer algum dano, em especial quando o objeto da lide, por sua natureza alimentar (ou existencial, expressão que melhor traduz a imprescindibilidade da

³ A demora fisiológica é aquela relacionada à duração normal do processo, que, para ser resolvido, depende de um procedimento, ou seja, de uma cadência ordenada de atos cujo cumprimento é diluído no tempo. A marcha procedimental é necessária para que as partes exerçam o contraditório e a ampla defesa e para que o julgador, antes de emitir o seu provimento jurisdicional, tenha elementos suficientes para formar o seu convencimento. Embora o tempo seja um fator intrínseco ao processo, a simples espera pela resposta estatal, que é formada depois de uma cognição judicial plena e exauriente, já causa dano à parte que tem razão. Quando essa duração fisiológica ou normal do processo é excedida, surge a chamada demora patológica do feito. A respeito do tema, José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 21-22) esclarece: “Ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório. [...]. O simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Esse quadro representa aquilo que a doutrina identifica como o dano marginal, causado ou agravado pela duração do processo” identifica como o dano marginal, causado ou agravado pela duração do processo”.

parcela na vida da pessoa), é indispensável à sua subsistência, a exemplo dos créditos trabalhista e previdenciário.

A concretização dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da efetividade passa a ter uma importância majorada nas searas que tutelam tais créditos.

Neste contexto, emerge a conciliação como importante meio alternativo de resolução de conflitos em que esta é construída de forma compartilhada por meio do exercício efetivo do princípio da oralidade pelas próprias partes que exercem sua cidadania.

A composição é resultado do diálogo das partes conduzido pelo magistrado que, de forma imparcial, cuida para que o teor do acordo não represente ato unilateral de renúncia de direitos, mas, concessões recíprocas diante da incerteza do resultado da lide.

A pacificação, neste caso, extrapola os muros da Justiça e deita seus efeitos em esferas extraprocessuais na medida em que não haverá no convívio social perdedores e vencedores, mas cidadãos com capacidade de discutir e resolver seus conflitos de maneira democrática e participativa o que gera, em última análise, um maior comprometimento no cumprimento do que fora acordado.

A resolução célere do conflito⁴ – pela conciliação ou uso de técnicas processuais a exemplo da antecipação da tutela de urgência e evidência – deve ser a marca dos conflitos que tratam de créditos de natureza alimentar (existencial), pois a demora pressiona o mais fraco e pode lhe causar dano irreparável.

Na esfera trabalhista, o obreiro, em regra, quando vai a Justiça do Trabalho encontra-se desempregado, representando a parcela que pleiteia a fonte de sua subsistência.

No âmbito previdenciário, o benefício pleiteado, também pode ser a única fonte de sustento do segurado, que não raro quando litiga encontra-se em situação delicada em face de doença, incapacidade total ou parcial para o trabalho ou idade avançada.

Entretanto, nas duas esferas, há a figura da indisponibilidade, quer seja do crédito trabalhista, quer seja do interesse público (previdenciário), fato que deve ser levado em consideração quando se estuda a conciliação enquanto meio alternativo de solução de conflitos.

Traçado este panorama geral, no presente trabalho abordaremos, no primeiro tópico, os meios de resolução de conflitos existentes. Na sequência faremos uma análise do perfil da sociedade contemporânea e da jurisdição para, no item subsequente tratarmos da crise da justiça, dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da

⁴ Celeridade com respeito às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, ressalte-se.

efetividade e o seu paralelo com a conciliação. Por fim, falaremos da conciliação, enquanto instrumento de resolução compartilhada do conflito e o seu tratamento em face de direitos e interesses indisponíveis.

Tudo para que ao final demonstremos que a conciliação não é antagônica à indisponibilidade presente nas searas trabalhista e previdenciária e representa um promissor meio alternativo de resolução de conflitos condizente com as características da sociedade contemporânea.

2 SOBRE OS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O direito material estabelece normas destinadas a regular as relações intersubjetivas, cuja observância é essencial para a paz social. Apesar de o ideal no contexto social ser o cumprimento espontâneo das normas, exatamente para se viabilizar uma convivência harmônica, nem sempre isto acontece.

No momento em que há lesão ou ameaça a direito, nasce para aquele que se sente ofendido o direito de buscar a atuação da norma violada, o que é feito, em regra, através do Estado, que impediu a autotutela e avocou para si o monopólio da jurisdição.

Entretanto, esta não é a única forma de resolução de conflitos, apesar de ser a mais utilizada hodiernamente. A doutrina identifica três formas, sendo elas a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição (LEITE, 2008).

Na autodefesa ou autotutela as próprias partes defendem seus interesses e a solução do conflito é alcançada unilateralmente mediante o uso da força, ou seja, uma parte impõe a sua vontade à outra por ser a mais poderosa, física, econômica ou socialmente.

Na atualidade esta forma não é aceita porque foge dos escopos da vida em sociedade e gera violência. Entretanto, podemos identificar hipóteses pontuais da figura, a exemplo da legítima defesa prevista no art. 25 do Código Penal (CP), quando uma pessoa usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Ainda, a doutrina (GARCIA, 2012; SENA, 2007a) identifica a greve como espécie de autodefesa, mas, com a ressalva de que ela, na verdade, pressiona a classe patronal a aceitar as condições favoráveis exigidas pelos obreiros na negociação coletiva⁵ e não necessariamente coloca fim ao conflito.

⁵ A negociação coletiva é o meio pelo qual o sindicato dos trabalhadores e a empresa (ou sindicato de empresas) discutem e acordam sobre normas (acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho) que vão reger

Já na autocomposição as próprias partes, de forma pacífica, negociada e sem a interveniência de um terceiro, solucionam o embate.

Não há consenso doutrinário sobre as formas autocompositivas, especificamente, o enquadramento da conciliação e da mediação. Para alguns (GARCIA, 2012) estas figuras seriam espécie de autocomposição porque a solução seria escolhida pelas partes, ainda que estimulada por um terceiro. Para outros (SENA, 2007b), exatamente este fato faria destas formas heterocompositivas.

Seguindo esta posição, entendemos que a autocomposição abrange a renúncia, hipótese em que uma das partes abdica de sua pretensão a favor da outra; a aceitação, quando a parte reconhece o pedido do oponente; e a transação, em que a solução decorre de concessões recíprocas das partes.

Estas figuras “[...] podem ocorrer tanto no âmbito exclusivo da sociedade civil (classificando-se como extraprocessuais) ou no interior de um processo judicial (enquadrando-se como endoprocessuais)” (SENA, 2007a, p. 3).

Por fim, na heterocomposição há um terceiro, exterior à relação conflituosa original, a quem as partes submetem o litígio ou para que ele lhes auxilie na busca da solução ou para que por elas decida. As suas espécies são a arbitragem, a mediação, a jurisdição e a conciliação.

A arbitragem é regulada pela lei nº 9.307/96 e cabe para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. As partes que optam por esta via se comprometem a acatar a solução dada pelo terceiro livremente escolhido por elas.

Na seara trabalhista há previsão da arbitragem para resolução dos conflitos coletivos (art. 114, § 1º e 2º da CR/88 e art. 3º da Lei de Greve) e para aqueles que versam sobre participação nos lucros e resultados (art. 4º, II, da Lei n. 10.101/00).

No âmbito previdenciário a arbitragem pode ser utilizada para resolver conflitos relacionados à Previdência Complementar Fechada (art. 2º, VIII, da Lei n. 12.154/09).

Na mediação o terceiro atua aproximando as partes, estimulando e facilitando o diálogo entre elas para que cheguem à composição do conflito. O mediador não impõe uma solução à contenda, mas conduz a conversação neste sentido.

A jurisdição, por sua vez, é, como dito, a forma mais utilizada na resolução de conflitos, caracterizada pela imposição da decisão estatal. A parte, através do exercício do

a sua relação. Nas palavras de Arion Sayão Romita (2005, p. 24) “[...] sem dúvida, a negociação coletiva constitui o melhor método de composição do conflito coletivo de trabalho. Só os próprios interessados diretos [...] conhecem as necessidades do trabalhador e as possibilidades da empresa, no atendimento das reivindicações formuladas pelos sindicatos obreiros”.

direito de ação, materializado no processo, pede ao Estado uma prestação jurisdicional (princípio da inércia) e ele, uma vez provocado, passa a ter o poder-dever de dizer o direito no caso concreto, fazendo atuar a norma outrora descumprida (ou dita descumprida).

A partir do momento em que o Estado avoca para si o monopólio da jurisdição, proibindo a justiça pelas próprias mãos, passa a ser responsável pelo cumprimento desta função, devendo executá-la de maneira tempestiva e efetiva, ou seja, a tempo e a modo.

A responsabilidade pela resolução dos conflitos existentes na sociedade traz para o ente público, a um só tempo, a necessidade de instrumentalização adequada, aí envolvida a estrutura administrativa, seja física, seja de pessoal, mas também o seu envolvimento com a promoção de justiça, sobretudo social, a fim de que o jurisdicionado possa ser tutelado de modo eficaz. A jurisdição, assim, deve atuar neste sentido.

Por fim, o conflito pode ser solucionado através da conciliação, em que as partes, por meio do diálogo e com a intervenção ativa da autoridade jurisdicional, chegam a um acordo resultante de concessões recíprocas em relação à titularidade incerta do direito. Ela se difere da mediação e da transação em três aspectos:

No plano subjetivo a diferenciação se apresenta na interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito que é a autoridade judicial. Do ponto de vista formal, a conciliação judicial se realiza no íter de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente. E, quanto ao seu conteúdo, também, difere, pois a conciliação judicial pode abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada. (SENA, 2007b, p. 8).

A conciliação se traduz na solução do conflito construída pelas partes, através de concessões mútuas e sem a imposição do resultado por um terceiro.

Para Jorge Luiz Souto Maior (2006, p. 1), cumpre salientar, ela “[...] não é, propriamente, uma técnica para solução de conflitos, assim como não o é o julgamento. As técnicas são: a mediação, a arbitragem e o processo”, a conciliação é uma solução “[...] aceita pelas partes, que tanto pode ocorrer em uma das técnicas criadas para solução de conflitos quanto fora delas”.

A conciliação traz inúmeras vantagens, sendo uma via integrativa e democrática de solução de conflitos que proporciona verdadeira pacificação social (resolução tanto da lide processual quanto da lide psicológica) e gera, por consequência, a redução do número de processos a serem julgados pelo magistrado (VAZ, 2013), encurtando o seu tempo de duração.

Ela significa “[...] não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas assumindo também relevante papel promocional de conscientização política” (GRINOVER, 2013, p. 1).

Na conciliação não há as figuras do vencedor e do perdedor, partes adversárias presentes na jurisdição, característica que acirra o estado de tensão entre os conflitantes. A solução é consensual, sendo ambas as partes vencedoras, fato que tende a favorecer o cumprimento do acordo.

Dentro desta dinâmica evita-se que o processo passe por todo o seu *iter* procedimental próprio – fase instrutória, recursal e executória – agilizando-o e desabarrotando o judiciário, que terá melhores condições de dispensar um cuidado maior às demandas em que não houve composição. O trabalho dos magistrados será menos pressionado pelo número excessivo de processos para julgar o que pode contribuir para a qualidade e tempestividade da prestação jurisdicional.

A importância da temática conciliatória tem crescido no cenário pátrio a ponto de gerar a instituição de uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - Resolução nº 125, de 29/11/10 ⁻⁶, segundo a qual aos órgãos do Poder Judiciário incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial, os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Na seara laboral, especificamente, a conciliação é tão relevante que há previsão normativa genérica (art. 114 da CR/88) e específica (art. 764, 846, 850 e 852-E da CLT) sobre o tema, ficando o magistrado obrigado a propô-la, no procedimento comum, assim que aberta a audiência (art. 846 da CLT) e após as razões finais orais (art. 850 da CLT) sob pena de nulidade absoluta dos atos processuais posteriores⁷ por tratar-se de imperativo de ordem pública.

⁶ Para Kazuo Watanabe (2014) é papel do CNJ estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que estimule a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, a exemplo da conciliação, dando um mínimo de organicidade, qualidade e controle a esta prática, padronizando as experiências existentes no Poder Judiciário. Com isto, entende o autor que haverá um filtro da litigiosidade, maior índice de pacificação dos conflitos (e não apenas sua resolução), estímulo em nível nacional de uma nova cultura de solução negociada e amigável dos conflitos, que gerará coesão social, redução da quantidade de serviço do Judiciário e celeridade da prestação jurisdicional.

⁷ Ressalte-se que hoje prevalece o entendimento de que apenas a falta da segunda tentativa de conciliação gera nulidade, uma vez que esta supre a ausência da primeira.

3 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A TRADICIONAL FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A sociedade contemporânea apresenta algumas características peculiares que deitam seus efeitos na esfera jurídica, especialmente no âmbito processual, porque o processo “[...] fenômeno não apenas técnico, mas também ético, deve ser permeável à realidade social. Como instrumento do direito material que é, deve ser sensível às profundas modificações por que vêm passando as relações sociais e jurídicas” (BEDAQUE, 2003, p. 385).

Ela é marcada pelo signo da rapidez e fugacidade. Ela é plural, globalizada e digital. As pessoas vivem conectadas 24 horas por dia e tudo o que acontece no mundo é transmitido via internet a todos e em tempo real. A tecnologia encurtou distâncias, quebrou barreiras e proporcionou a ampla e veloz disseminação de informações.

Aparelhos modernos como *smartphones*, *tablets* e *ipads* permitem que as pessoas fiquem sempre ligadas à internet em casa, no trabalho ou na rua. Redes sociais servem para postar imagens de um momento de lazer, bem como meio rápido e eficaz de disseminar ideias, fazer protestos ou denúncias, capazes de deflagrar uma onda revolucionária contra Governos e Estados, derrubando ditadores ou levando a população às ruas para reivindicar.⁸

A massificação também é uma característica da sociedade contemporânea, sendo ela uma “[...] uma sociedade em massa, a produção é em massa, o consumo é em massa e a conflituosidade é também em massa” (PIMENTA; FERNANDES, 2007, p. 47).

Este fato reflete na jurisdição, forma tradicional de resolução de conflitos. O número de conflitos aumentou⁹ e a sociedade mudou, mas o aparato judicial e o modelo processual civil posto regido pelo CPC de 1973 remontam a outro contexto social, político e econômico, fazendo surgir um descompasso entre a realidade e o direito instrumental.

⁸ Primavera Árabe foi o nome dado aos protestos pró-democracia que se espalharam pelo Norte da África e Oriente Médio a partir de 2010, que levaram à derrubada de ditadores na Tunísia, no Egito e na Líbia. Em outros países, como Jordânia, Bahrein, Iêmen e Síria, manifestações populares levaram ao anúncio de reformas ou violentas reações do Estado. Os protestantes usaram as mídias sociais, como *Facebook* e *Twitter*, para se organizar, comunicar e sensibilizar a população e a comunidade internacional sobre as tentativas de repressão e censura por parte dos Estados. No Brasil, em meados de 2013, uma série de manifestações populares tomou conta das ruas do país. De um protesto contra o aumento das passagens de ônibus a população passou a reivindicar melhorias na saúde, educação, combate à corrupção e contra gastos com a Copa do mundo de 2014, dentre outros. Interessante que as manifestações, que tomaram grandes proporções, foram organizadas por meio das redes sociais, especialmente o *facebook*.

⁹ De acordo com o presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ministro Carlos Alberto Reis de Paula, em 2013 houve um crescimento muito grande no volume de casos novos na Justiça do Trabalho. O ano foi fechado, no TST, com mais de 293 mil processos, ou seja, um acréscimo de cerca de 30% sobre o volume de 2012 nesta instância. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=ad9436917f&view=lg&msg=143b18cd623113f1>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

A busca (e exigência) pela duração razoável e efetividade do processo são reflexos desta realidade contemporânea no âmbito jurisdicional.

A sociedade¹⁰, ainda, vem passando por um momento de reflexão, crítica e revisão das estruturas postas num contexto de transformações,

[...] capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho etc.). (BITTAR, 2008, p. 137).

As bases sobre as quais vivemos até o presente, em muitos aspectos, já não respondem bem aos anseios da sociedade, que granjeia novos modelos.

Mais uma vez a realidade reflete no âmbito jurídico, emergindo uma busca por alternativas à forma tradicional de resolução de conflitos, pois a usual já não responde bem aos desejos e ao perfil dos jurisdicionados.

Podemos dizer que vivenciamos um “[...] colapso das formas tradicionais de se atender a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado Liberal, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês” (BITTAR, 2008, p. 144). Neste contexto:

[...] a pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição no qual se ressentem o conjunto dos descabros da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social. (BITTAR, 2008, p. 142). (*grifos nossos*).

Repensando o modelo jurisdicional posto, muitas vezes moroso e menos efetivo que o desejado, como resposta a este momento de críticas e reflexões, a conciliação desponta como um instrumento capaz de devolver aos atores sociais a capacidade de solucionar seus próprios conflitos, ainda que dentro de um processo e auxiliados pelo imprescindível papel do magistrado.

¹⁰ Cumpre ressaltar que a sociedade contemporânea é chamada de pós-moderna e, de acordo com Eduardo Carlos Bianca Bittar (2008, p. 131) “[...] a expressão ‘pós-modernidade’ batiza um contexto sócio-histórico particular, que se funda na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental. A expressão é polêmica e não gera unanimidades, assim como seu uso não somente é contestado como também se associa a diversas reações ou a concepções divergentes. A literatura a respeito do tema é pródiga, mas as interpretações do fenômeno são as mais divergentes”.

Ela emerge não como panacéia, mas como meio alternativo de resolução de conflitos que atua positivamente dentro (ou ao lado) da jurisdição.

4 A CRISE DA JUSTICA, A EFETIVIDADE, A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A CONCILIAÇÃO

O processo em sua acepção clássica era marcado pelo apego às formas e aos conceitos o que acabava gerando sua lentidão. O valor segurança jurídica regia as relações processuais e o magistrado se limitava a aplicar o direito ao caso concreto, em um exercício de subsunção da lei ao fato, sem qualquer juízo de valor ou ponderação. O juiz era apenas a boca da lei.

Apesar das críticas que hoje fazemos ao modelo processual clássico, à época, era o que a sociedade aspirava. A partir do século XIX desenvolveu-se a ideia de que para obter certeza e segurança jurídica era necessário buscar a verdade nos conflitos, o que favoreceria a incipiente industrialização, pois, para os homens de negócios era indispensável a segurança de que as relações necessitavam para se desenvolverem (MARINONI, 1994).

O procedimento ordinário, constituído por longas e formais fases processuais e pela cognição plena e exauriente, se adequava bem a este contexto. Era necessário consolidar a autonomia do direito processual, o que foi buscado por meio do apego exacerbado a conceitos e formas. O processo era visto como fim em si mesmo. Nas palavras de Érico Andrade:

A saga do direito processual, como direito autônomo e desvinculado, teoricamente, do direito material, começou no século XIX – principalmente em torno da temática da teorização do direito de ação – e até hoje se encontra em plena evolução. A primeira preocupação da doutrina processual foi dar foros de disciplina autônoma ao processo, daí a necessidade de desvinculá-lo do direito material, entendê-lo em separado do direito material. Essa preocupação ou objetivo, justificável à época, levou a certa dose de exagero. (ANDRADE, 2010, p. 18).

E complementa o autor dizendo:

[...] o processo perde quase que totalmente a perspectiva de atuar o direito material e passa a ser pensado apenas em termos de técnica ou de instrumento técnico em si mesmo, desatento às necessidades próprias do direito material violado, que se pretende atuar por meio do processo. Com isso, perdura uma espécie de orientação tecnicista – também denominada, pela doutrina italiana, “burocratização do processo e do juiz” – em que os institutos processuais, abstratamente considerados, se sofisticaram ao extremo e acabaram por perder, cada vez mais, o contato com a

realidade do direito material e com suas necessidades de atuação. (ANDRADE, 2010, p. 18).

A sociedade, que até então se adequava bem a esta dinâmica processual, paulatinamente, como já ressaltado, foi mudando e, conseqüentemente, o processo teve que ser modificado para se adaptar à realidade, pois ambos interagem de tal forma que um influencia diretamente o outro.

O Judiciário, do ponto de vista organizacional, “foi estruturado para operar sob a égide dos códigos e leis processuais cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, valores, procedimentos decisórios e horizontes temporais prevalentes na economia globalizada” (FARIA, 2003, p. 23).

A prestação jurisdicional morosa e com baixa efetividade passou a ser cada vez menos tolerada pelos jurisdicionados, agora inseridos no citado contexto de globalização, incremento da tecnologia e industrialização e massificação dos conflitos.

Eles passaram a pugnar por uma tutela célere e efetiva, não alcançada, em regra, através do modelo processual posto, construído a partir de outro contexto social, político, econômico e axiológico. O Código de Processo Civil de 1973 apresentava vários pontos de descompasso com a realidade.

Este fato foi responsável pela chamada “crise da justiça” (BEDAQUE, 2003)¹¹, “[...] caracterizada basicamente pela excessiva e intolerável demora com que os processos concluem os provimentos destinados a realizar a definitiva composição dos litígios” (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 16).¹²

A sociedade passou a ver no modelo processual posto um entrave para a realização do direito material,¹³ pugnando por mudanças, especialmente porque a morosidade

¹¹ Segundo José Roberto dos Santos Bedaque (2003), a Justiça está em crise, não só no Brasil, como na maioria dos países. E crise na Justiça implica, necessariamente, crise de justiça. Para ele, os fatores que contribuem para esse estado de verdadeira calamidade podem ser resumidos basicamente na exagerada demora e no alto custo do processo.

¹² De acordo com Érico Andrade (2010), outros fatores acentuam e concorrem para a atual crise judicial: aumento da litigiosidade, diante de maior dinamismo das relações econômicas, que não toleram retardo ou ineficiência; inadequação da legislação para responder às novas necessidades da sociedade; falta de organização dos órgãos judiciais e a incompleta e deficiente forma de utilização das novas tecnologias da informática; e a séria carência na formação dos juízes e advogados. Ainda sobre as causas da crise da Justiça, Ada Pellegrini Grinover (2014) cita a inacessibilidade, a morosidade e o custo.

¹³ Segundo Érico Andrade (2010, p. 19), citando Proto Pisani, o afastamento entre direito material e processual gerou muitas consequências negativas e “[...] essa situação começou a ser percebida com clareza principalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando a processualística européia passou a se preocupar com a chamada efetividade do processo ou com o denominado ‘justo processo’”. Ao que se pode acrescentar, ainda em meados do século XX, o fenômeno da constitucionalização do direito em geral e, em especial, do direito processual, cujos princípios começaram a ganhar residência constitucional, mudando as formas de ver e entender o processo. Ou seja, foi sendo deixada de lado a visão meramente conceitual do processo civil que prevaleceu até então. A partir daí começaram a ferver estudos e pensamentos em torno das ideias de instrumentalidade e efetividade

compromete a efetividade. Tornou-se “[...] mais significativa a percepção social de que a lentidão judicial representa um grave problema” (GONÇALVES, 2011, p. 288).

Sensível a esta realidade, a partir da década de 1990, o legislador realizou diversas reformas no Código de Processo Civil, passando a buscar uma tutela jurisdicional mais efetiva e tempestiva. O processo com estas características responde não somente ao interesse privado das partes, mas também ao escopo de atuação da regra material e de pacificação social, gerando confiança do jurisdicionado no Estado.

Estas características norteiam a atuação do legislador e do magistrado e são o fim por eles almejados. Assim:

[...] o processo hodiernamente se encontra sob o crivo da “efetividade” dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma “crise”, capaz de ser solucionada com “novos instrumentos”, diante desse fenômeno dos “novos direitos” ou “novos anseios”. (FUX, 1996, p. 308).

A necessidade de um processo tempestivo e efetivo é maior quando o objeto do conflito diz respeito a crédito de natureza existencial, como os créditos trabalhista e previdenciário.

A prestação jurisdicional deve ser realizada a tempo e modo, ou seja, sem dilações indevidas, entregando o mais breve possível o bem da vida à parte que tem razão e de modo que a tutela possa surtir efeitos reais no mundo dos fatos, equivalendo o resultado processual àquele que seria obtido se o destinatário da norma a tivesse cumprido voluntariamente e no momento oportuno, pois, quem procura a proteção do Estado “[...] ante a lesão ou a ameaça a um interesse juridicamente assegurado no plano material, precisa de uma resposta tempestiva, apta a desenvolver-lhe, da forma mais ampla possível, a situação de vantagem a que faz jus” (BEDAQUE, 2003, p. 18).

Partindo destas premissas concluímos que o processo hoje está pautado na instrumentalidade, ou seja, ele é concebido como meio de concretização do direito material e deve ser construído a partir das noções de tempestividade e efetividade da prestação jurisdicional.

A tempestividade está diretamente ligada ao princípio da duração razoável do processo, inserido na Constituição da República de 1988 (CR/88) através da Emenda Constitucional nº 45 (EC/45) estando previsto do art. 5º, LXXVIII.

do processo. No Brasil, essas ideias começaram a despontar no final do século passado, a partir da década de 80, tendo por marco inicial – ou pelo menos mais significativo, segundo indicação da doutrina nacional – o estudo de Cândido Rangel Dinamarco sobre a instrumentalidade do processo (ANDRADE, 2010).

Este princípio irradia sua diretriz a todo o ordenamento jurídico, devendo as normas serem criadas, interpretadas e aplicadas à sua luz. A positivação do princípio fixou, em nível constitucional, um objetivo que o processo deve alcançar. Neste sentido Cássio Scarpinella Bueno assevera que é importante:

[...] verificar em que medida a Constituição Federal quer que o direito processual seja. É verificar, na Constituição Federal, qual é, ou mais propriamente, qual deve ser o modo de ser (de dever-ser) do processo civil. É extrair da Constituição Federal o “modelo constitucional de processo” [...]. É verificar, em suma, em que condições o legislador e o magistrado, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm de conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o modelo constitucional de processo. (BUENO, 2004, p. 2).

E complementa o autor dizendo que:

O plano constitucional delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser do processo. O plano infraconstitucional do processo, assim, é caracterizado, conformado, pelo que a Constituição impõe acerca da forma de exercício do poder estatal. É dizer: o plano técnico do processo, a realização das diretrizes constitucionais do processo, é necessariamente vinculado ao modelo que a Constituição reserva para ele. (BUENO, 2004, p. 4).

Paralelamente, de acordo com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, o processo deve ser capaz de gerar efeitos reais no mundo dos fatos, conferindo ao demandante aquilo que ele teria, ou algo mais próximo possível, se o direito tivesse sido espontaneamente cumprido no momento devido. Para Teori Albino Zavascki (2009, p. 26)

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

A conciliação, neste contexto, pode ser instrumento hábil à concretização dos princípios da duração razoável do processo e efetividade na medida em que confere à parte a possibilidade de gozar oportunamente do seu direito que gera efeitos reais no mundo dos fatos. “O renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça. É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça” (GRINOVER, 2014, p. 2).

Ela, não representa um fim em si mesmo ou uma simples forma de desafogar o Judiciário (fato que é consequência), mas um meio de permitir ao jurisdicionado construir de

maneira compartilhada a solução do seu conflito e ter acesso tempestivo e efetivo ao direito garantido em lei. Para tanto contribui a atuação vigorosa do magistrado, que deve demonstrar as vantagens da composição e auxiliar as partes, sem nunca pressioná-las.

A conciliação, segundo Grinover (2014, p. 3-4) pode ser justificada por três fundamentos, a saber, (i) fundamento funcional, que representa a racionalização na distribuição da Justiça com a consequente desobstrução dos Tribunais, representando “[...] esforços no sentido de melhorar o desempenho e a funcionalidade da justiça, colocando-se, portanto, numa dimensão inspirada em motivações que foram chamadas *eficientistas*”; (ii) fundamento social, que consiste na pacificação social, não colocando fim apenas à lide levada a juízo, mas, também, a lide sociológica e, enquanto a justiça tradicional julga e sentencia, a conciliação compõe, “[...] previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”; e o (iii) fundamento político, que significa a participação dos cidadãos na administração da justiça como forma de concretizar a democracia participativa e o princípio participativo.¹⁴

Cumprе ressaltar que ela é utilizada de forma muito expressiva na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais e, no projeto do novo CPC ela passa a ser obrigatória¹⁵, alteração que segue a linha das reformas processuais que já estão ocorrendo.¹⁶

5 CONTRADITÓRIO E CONCILIAÇÃO: DA CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO À RESOLUÇÃO DO CONFLITO COMPARTILHADA

De acordo com a sistemática processual, aquele que possui uma pretensão de direito que é obstada pela resistência de outrem deve provocar a atuação estatal para apreciar o conflito, atuando o Judiciário através da prestação jurisdicional.

¹⁴ Ainda nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (2014, p. 4) “[...] com a manifestação da crise e a comprovada insuficiência das estruturas políticas, econômicas e sociais, as instâncias de participação propuseram uma alternativa ao poder único do Estado, ou seja, ao poder exercido por poucos, ainda que em nome de todos. E acentuaram a necessidade de submeter a delegação das vontades a efetivos controles populares. Nasceu, assim, o princípio participativo, cujo núcleo se desdobra em dois momentos principais: o primeiro, consistente na intervenção na hora da decisão; o segundo, atinente ao controle sobre o exercício do poder. Mas o princípio manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a co-gestão, a realização dos serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como a caracterizar graus mais ou menos intensos de participação”.

¹⁵ Vide art. 335 do projeto do Novo CPC aprovado em julho de 2013 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Substitutivo-ADOTADO-versao-FINAL.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

¹⁶ A Lei nº. 8.952/94 incluiu o inciso IV no art. 125 do CPC, segundo qual, “[...] o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe [...] IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Já a Lei nº. 10.444/02 alterou o art. 331 do CPC, determinando a designação de audiência preliminar, em que se tentará a conciliação.

A partir do momento em que a parte contrária é cientificada da demanda e passa a integrar o pólo passivo da lide é formada a relação processual entre autor, réu e juiz. Deste momento em diante a construção do provimento jurisdicional vai depender diretamente da atuação das partes em contraditório.

A participação dos sujeitos no processo representa a garantia de que cada um deles pode influir na construção da decisão pelo magistrado, fornecendo elementos para a obtenção de uma decisão que lhe seja favorável.

A importância da audiência bilateral das partes é tão grande que foi alçada ao patamar de princípio e garantia fundamental (art. 5º, inciso LV da CR/88), traduzida no princípio do contraditório que, em última análise decorre do também princípio e direito fundamental da igualdade, na medida em que, sempre que uma parte falar nos autos, à outra deve ser dada a mesma oportunidade, ainda que ela opte por não fazê-lo. De acordo com Rosemiro Pereira Leal:

O princípio do contraditório é referente lógico jurídico do Processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito, garantia de se manifestarem. Daí, o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida. Conclui-se que o Processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático jurídico principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes. (LEAL, 2005, p. 111).

O princípio do contraditório, para Alexandre Freitas Câmara (2005) é a exteriorização da ampla defesa e deve ser lido sob os enfoques jurídico e político.

Sob o ponto de vista jurídico, o processo – o qual deve, sob pena de não ser verdadeiro processo, se realizar em contraditório – exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos.

Sob o aspecto político, o contraditório é uma garantia política conferida às partes do processo, porque através dele se assegura legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional, ou seja, o exercício da função jurisdicional, como exercício do poder soberano do Estado deve ser legal e legítimo e a legitimidade está ligada à participação dos interessados no provimento que vai se formar (CÂMARA, 2005).

O contraditório, entendido em seus aspectos jurídico e político, segundo o autor, é essencial para que haja processo justo, sendo de extrema relevância para a efetivação prática da garantia constitucional do devido processo legal.

Ele pode ser entendido como referente lógico de um processo constitucionalizado e democrático, que permite às partes contribuírem para a formação do convencimento do juiz.

As partes, entretanto, podem não só contribuir para que um terceiro decida o conflito, mas, elas mesmas têm plenas condições de colocar fim à sua contenda.

Do exercício do contraditório elas passam a resolver o seu conflito de maneira compartilhada e democrática. De fornecedores de informações e produtores de provas as partes passam a ser atores responsáveis e capazes de decidir sobre o destino das suas controvérsias.

Os próprios destinatários da norma, com o auxílio direto e eficaz do magistrado e mediante concessões recíprocas em relação ao direito incerto, escolherão os parâmetros do acordo que atenda a ambos os interesses.

Dentro desta dinâmica não há vencedores *versus* perdedores, mas a solução tempestiva do litígio e o desabarrotamento da Justiça, pois aquele que perde em regra, utiliza-se de todos os recursos para reverter a sua situação.

Quanto maior o número de recursos, mais demorada a resolução do conflito e a entrega do bem da vida objeto do litígio à parte, especialmente quando esta é antecedida da fase de execução. A máquina judicial se torna mais eficiente com a conciliação, principalmente quando obtida logo no início do procedimento.

Aquele que concilia, porque escolheu o teor do acordo, se sente estimulado a cumpri-lo devidamente, diferentemente do que acontece quando é a parte sucumbente na sentença proferida pelo magistrado.

Uma parte abre mão do que entende lhe ser devido para ter acesso pronto ao pleiteado e a outra escolhe cumprir determinada obrigação a se submeter à incerteza do resultado da demanda, que pode lhe ser desfavorável.

A conciliação significa “[...] a participação direta da população na esfera do Poder Judiciário, realizando de forma mais plena o princípio democrático e contribui para a construção de um Estado Democrático de Direito” (VOLPI, 2011, p. 156) e, através dela confere-se “[...] aos cidadãos o direito de participação ativa na resolução de seus conflitos, proporcionando o crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados” (VAZ, 2013, p. 2).

A conciliação tem um papel importante dentro e fora do processo, colocando fim ao conflito e apaziguando as partes em seu contexto social, entretanto, é importante ressaltar que ela não pode ser vista como um instrumento de inacessibilidade a direitos materiais. Ela não pode ser sinônimo de renúncia a direitos previstos em lei, em especial, direitos fundamentais sociais constitucionalmente garantidos.

6 INDISPONIBILIDADE DO DIREITO E A CONCILIAÇÃO: NOTA SOBRE OS CONFLITOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS

A indisponibilidade é uma característica atrelada ao interesse público e social, ou seja, quanto maior este, menor a possibilidade do destinatário da norma dela se dispor. De acordo com a doutrina, indisponíveis são os direitos,

[...] controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade, por protegerem interesses públicos. Não derivam da autonomia da vontade da parte e sim de imposição legal feita através de normas cogentes, impostas pelo Estado para tutelar algum interesse social. (CASSAR, 2010, p. 211).

Na seara laboral esta é uma das principais características da norma trabalhista que visa proteger o obreiro que, por sua condição de empregado juridicamente subordinado, fato que gera uma disparidade entre as partes da relação empregatícia, poderia ter comprometida a higidez da sua manifestação de vontade no que tange a seus direitos face ao empregador.

A necessidade de proteção estatal nesta seara passou a ser maior com a constitucionalização dos direitos trabalhistas, em especial, por sua inserção em uma Norma Fundamental edificada a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Nas palavras de Vólia Bomfim Cassar (2010, p. 211)

A fixação, em sede constitucional, dos direitos trabalhistas, de valores éticos e de princípios protetores e democráticos, todos com força normativa, limitou ainda mais a liberdade contratual e os poderes patronais. A constitucionalização do Direito do Trabalho tornou mais intenso o caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas em face da irradiação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ali preconizados.

A indisponibilidade, segundo Maurício Godinho Delgado (2009), pode ser absoluta ou relativa. Aquela diz respeito a direitos que merecem uma tutela a nível de interesse público por traduzirem um “patamar civilizatório mínimo” escolhido pela sociedade em determinado momento do tempo e espaço, sendo um rol de direitos essenciais que

conferem ao obreiro um mínimo de dignidade. Já a indisponibilidade relativa diz respeito a direito cujo interesse seja privado e pode ser objeto de transação, desde que não implique em prejuízo ao obreiro (art. 468 da CLT).¹⁷

Já na esfera previdenciária, a figura da indisponibilidade diz respeito ao interesse público que significa que:

[...] sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a intentio legis (MELO *apud* VOLPI, 2011, p. 148).

O ente público, no caso o INSS (autarquia que gere o Regime Geral de Previdência Social), é titular de direito indisponível que não se submete à livre disposição do administrador, especificamente no que tange à conciliação, que dependeria de lei a autorizando.

Este argumento, de acordo com a doutrina¹⁸, não pode ser utilizado como um óbice inultrapassável pela Administração Pública para que ela não celebre acordos, sendo o princípio da legalidade uma garantia do administrado contra eventuais arbítrios do Estado.

A indisponibilidade do interesse público não pode ser uma máxima absoluta que não se sujeita a relativizações conforme preleciona Elon Kaleb Ribas Volpi (2011, p. 158),

Tendo em mente que o Estado tem como fim o homem, podemos concluir que a indisponibilidade do interesse público comporta relativizações. Isso porque pode ocorrer de a Administração Pública estar defendendo interesse secundário (v.g. para postergar o pagamento de uma indenização ou vedar a concessão de um benefício a que a parte tem direito), quando, na verdade, o interesse público primário aconselharia o imediato cumprimento da obrigação. Com efeito, por vezes o Poder Executivo em Juízo defende teses já afastadas de forma pacífica pela Jurisprudência, mas que continuam sendo objeto de recursos que, sabidamente, serão improcedentes, fazendo movimentar de forma desnecessária a máquina judiciária a um alto custo para o próprio Estado.

No mesmo sentido asseveram Paulo Afonso Brum Vaz e Bruno Takahashi (2014, p. 8),

[...] o chamado mito da indisponibilidade do interesse público, ao invés de constituir um óbice às conciliações por parte do Poder Público, na verdade, coloca-se como

¹⁷ Dentro da temática o autor chama a atenção para o princípio da adequação setorial negociada, que visa harmonizar validamente as normas decorrentes dos instrumentos coletivos com aquelas oriundas da legislação heterônoma estatal (DELGADO, 2009).

¹⁸ Neste sentido Volpi (2011) citando Juarez Freitas.

um dever de conciliação ou de busca da solução do litígio da forma que melhor atenda ao interesse público, que é o interesse qualificado da coletividade (primário), e não o interesse programático eventual de determinada instituição ou órgão público (como são as aspirações econômicas de redução de despesas com os serviços sociais). A coletividade tem interesse em que os valores sociais insculpidos na Constituição e sua respectiva principiologia, bem assim os direitos sociais constitucional e legalmente previstos, sejam por todos, Executivo, Legislativo e Judiciário, efetivamente observados e tutelados. A coletividade tem o máximo interesse em que seus membros tenham a proteção social com agilidade e presteza. A coletividade tem interesse em que a receita da seguridade social não seja onerada com despesas desnecessárias (juros e demais encargos) com demandas judiciais que podem ser evitadas ou abreviadas. Com isso, quer-se reafirmar a existência de um “dever” de conciliar para atendimento do interesse público quando o direito do autor revele-se inequívoco ou quando a manutenção do litígio restar prejudicial ao interesse público, mesmo que dúvida haja sobre a questão de fato ou de direito.

Apesar da indisponibilidade presente nas searas trabalhista e previdenciária, a conciliação é instrumento de acesso tempestivo e efetivo do jurisdicionado a créditos de natureza existencial, e por isso imprescindíveis. Este é um dos fundamentos para sua compatibilidade com estes ramos do direito, pois empregado e segurado não dispõem da mesma capacidade de esperar o tempo do processo que possuem o empregador e a seguridade social.

Ainda, cumpre ressaltar que, no âmbito previdenciário o pagamento de vultosas quantias a título de juros moratórios insertos nas condenações judiciais e o alto gasto com a sua advocacia contenciosa (VAZ, 2014) são mais dois argumentos favoráveis à conciliação.¹⁹

O acordo é celebrado perante a autoridade judicial que tem o dever de analisar o seu teor²⁰, para que ele não seja sinônimo de dano ou renúncia pelas partes. Este fato legitima a conciliação, que não representa o despojamento de direitos indisponíveis. Sobre o assunto, especificamente na seara laboral, Adriana Goulart de Sena (2007a, p. 153) afirma que:

O caráter cogente da norma ou a sua inderrogabilidade não implicam, necessariamente, a absoluta impossibilidade de disposição de direitos (§ 1º do art. 331 do CPC c/c art. 769 da CLT). Quando a transação ocorre perante o Estado o princípio da utilidade social prepondera. O Estado entende que é melhor, politicamente, terminar a lide e que, assim celebrada, a transação não serviu como um instrumento para a derrogação de institutos básicos. A transação judicial está dentro do sistema de legislação social, na medida em que concilia a necessidade de segurança dos negócios jurídicos com a necessidade de tutela da ordem econômica e social.

¹⁹ De acordo com Paulo Afonso Brum Vaz e Bruno Takahashi (2014, p.7) “a grande maioria dos processos da Justiça Federal advém do Poder Público Federal, com 77% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça (68% no polo passivo). O INSS é o maior litigante nacional (22,33%) e também o maior da Justiça Federal (43,12%)”.

²⁰ De acordo com a Súmula nº 418 do Tribunal Superior do Trabalho, a homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Importante salientar que um dos requisitos para celebração de um acordo é a dúvida sobre a existência ou não do direito alegado em juízo. A sua discussão em ação judicial se mostra menos vantajosa, em uma análise de custo/benefício, do que o encerramento do processo por meio da conciliação (VAZ, TAKAHASI, 2014). Assim, como dito, o acordo não pode ser sinônimo de renúncia de direitos com chancela judicial, até porque um dos seus pressupostos é a incerteza.²¹

Neste contexto, podemos perceber que a indisponibilidade é uma proteção conferida ao cidadão ou em face do empregador ou em face da Administração Pública e não pode representar um óbice, mas talvez um filtro, para a conciliação, em especial pelo papel que esta desempenha na contemporaneidade, contribuindo para o gozo tempestivo e efetivo dos direitos insculpidos na norma, imprescindíveis ao empregado e segurado.

7 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea tem características peculiares que deitam seus efeitos na esfera jurídica, especialmente no processo.

O descompasso entre a realidade e a norma instrumental foi responsável pela chamada “crise da justiça” que teve como consequência uma onda de reformas destinadas a dotar a prestação jurisdicional da efetividade e da tempestividade que dela se espera hodiernamente.

Dentro deste contexto, passou-se a ver na conciliação um importante instrumento de alcance destes escopos, bem como de exercício da cidadania e democratização da construção da solução do conflito. Ela confere às partes uma maior capacidade de resolver suas contendas – jurídica e social – sob a imprescindível supervisão e auxílio do magistrado.

O papel da conciliação ganha destaque quando se busca a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos que ostentam natureza existencial e, por este motivo, necessitam sobremaneira ser entregue a tempo e a modo a seu destinatário.

No âmbito trabalhista e previdenciário a conciliação deve ser analisada levando em consideração a indisponibilidade do crédito obreiro e do interesse público.

²¹ A certeza do direito logo no início da ação caracteriza pedido incontroverso (art. 273, § 6º, do CPC) para o qual cabe a tutela da evidência. Sobre o tema vide: EÇA, Vitor Salino de Moura; MAGALHÃES, Aline Carneiro. Concretização do direito fundamental de acesso à justiça na seara laboral através da tutela da evidência. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord). Direito material e processual do trabalho na perspectiva dos direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2014.

Aquela diz respeito a normas que não podem ser objeto de negociação pelas partes da relação empregatícia, por seu caráter público e cogente, representando um rol mínimo de direitos dos trabalhadores do qual eles não podem abrir mão. Esta, diz respeito ao interesse qualificado da sociedade que necessita de realização e não pode a Administração Pública dele dispor, salvo mediante autorização legal, por não ser seu titular, mas, seu curador.

Quer parecer que a indisponibilidade não é óbice à conciliação, porque esta permite a concretização dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da efetividade.

A natureza existencial do crédito exige uma tutela jurisdicional com estas características e este fato deve ser compatibilizado com a indisponibilidade.

Ainda, deve ser levado em consideração o papel que a conciliação exerce na sociedade, conferindo aos cidadãos o poder de colocar fim aos seus conflitos jurídicos e psicológicos, democratizando as formas de resolução dos embates e fortalecendo a sua responsabilidade social e cidadania.

A conciliação, assim, não é antagônica à indisponibilidade presente nas searas trabalhista e previdenciária e representa um promissor meio alternativo de resolução de conflitos realizado com o auxílio efetivo do magistrado, condizente com as características e anseios da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. **Mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

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

FARIA, José Eduardo. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. **Seminário Direito e Justiça no Século XXI**, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Direito e tempo. In: JAIME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Org.). **Processo civil**: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_ADA%20PELLE.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta. FERNANDES, Nadia Soraggi. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 45-60, jul./dez. 2007.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Lei n. 12.440/2011: Certidão negativa de débitos trabalhistas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 231-239, jan./jun. 2011.

ROMITA, Arion Sayão. O poder normativo da justiça do trabalho na reforma do judiciário. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 17, n. 193, p. 10-35, jul. 2005.

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

_____. Adriana Goulart de. Formas de resolução dos conflitos e acesso à justiça. **Revista RDT – Revista de Direito Trabalhista**, a. 13, n. 9, p. 10-19, set. 2007b.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Modos extrajudiciais de solução dos conflitos individuais do trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, n. 14, set./out. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: volume 1: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Criar a mentalidade de conciliar leva muito tempo**. Disponível em:

<http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_CRIAR%20MENTALIDADE%20DE%20CONCILIAR.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2013.

_____. Paulo Afonso Brum; TAKAHASHI, Bruno. **Barreiras da conciliação na seguridade social e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_barreiras%20segur.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2014.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. **Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**, a. 1, n. 2, p. 139-164, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_KAZUO.pdf. Acesso em: 11 jan. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.