

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

DELMIRO BORGES CABRAL

**O COMEÇO DO FIM? A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS
TRABALHISTAS E SEU IMPACTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.**

RECIFE 2020

DELMIRO BORGES CABRAL

**O COMEÇO DO FIM? A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS
TRABALHISTAS E SEU IMPACTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira
Co-orientadora: Profa. Dra. Karina Nogueira Vasconcelos

RECIFE 2020

C117c Cabral, Delmiro Borges.
O começo do fim? : a resolução extrajudicial de conflitos
trabalhistas e seu impacto na justiça do trabalho/ Delmiro Borges
Cabral, 2020.
110 f. : il.

Orientador: Sergio Torres Teixeira.
Coorientadora: Karina Nogueira Vasconcelos.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de
Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito.
Mestrado em Direito, 2020.

1. Justiça do trabalho. 2. Sistema Multiportas. 3. Conciliação.
4. Mediação. 5. Celeridade (Direito). I. Título.

CDU 34:331
Ana Figueiredo - CRB/4-1140

DELMIRO BORGES CABRAL

**O COMEÇO DO FIM? A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS
TRABALHISTAS E SEU IMPACTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

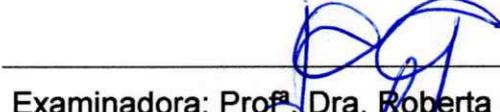
Defesa pública em



Presidente e orientador: Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira



Co-orientadora: Prof^a. Dra. Karina Nogueira Vasconcelos



Examinadora: Prof^a. Dra. Roberta Corrêa de Araújo



Examinadora: Prof^a. Dra. Rogéria Gladys Sales Guerra

RECIFE 2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida, pela energia que eu tirava não sei mais de onde quando estava esgotado. Sem ele, eu não seria nada, pois nem vida eu teria. Agradeço imensamente aos meus pais, não tenho palavras para lhes dizer o quanto sou grato pela realização deste grande sonho, pois, sem o apoio incondicional de vocês, nada disso seria possível. Agradeço também a minha família, que sempre me incentivou, acreditou, e demonstrou que acreditavam que eu seria capaz

Agradeço também ao meu orientador, o Dr. Sergio Torres Teixeira, meu mestre, muitas vezes minha fonte de inspiração. Agradeço pela paciência, pela tolerância, pelos esporros que levei, porque sei que todos eles foram para meu bem. Não tenho dúvidas! E o que mais admiro no Senhor, Dr. Sergio Torres Teixeira, é que sou seu aluno há cerca de 20 (vinte) anos, e nunca desistiu de mim! Isso é uma coisa que levarei comigo para sempre; e, como já disse, conte comigo, estou a sua disposição! E ainda digo mais, quem inventou que um mestrado pra fazer em 2 anos era um tempo suficiente, ledô engano, terminar um mestrado em 2 anos é uma pressa da gota serena. E, como eu já disse acima, eu já sinto saudades.... Então Dr. Sergio, não pense que vou largar do seu pé não: o mestrado foi apenas o despertar para uma nova fase da minha vida, onde eu pretendo construir uma nova história. Portanto, me aguarde!

E, nesse momento, por mais feliz que eu esteja por estar finalizando uma etapa, confesso que, já sinto saudades. Saudades do convívio com os colegas, professores, e funcionários da secretaria do mestrado e da Universidade Católica por tudo o que fizeram pelo nosso conforto durante o curso.

Tem uma amiga muito especial, que sem ela eu não teria feito esse curso: minha amiga irmã Cristiana Fontes. Sempre foi um anjo da guarda na minha vida, e não deixou de ser no mestrado.

RESUMO

A pesquisa se baseou no seguinte dilema: houve impacto na demanda à Justiça do Trabalho após a implementação da Lei 13.467 de 2017?? A pesquisa também observou se os conflitos trabalhistas que foram dirimidos por outros métodos de solução de conflitos, tais como a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem, o trabalhador necessariamente estaria perdendo direitos que foram conquistados como consequências de muitas lutas. Importante ter esclarecido a grande inovação trazida pelo CPC/2015, que é o tribunal multiportas, e se ele surge com o objetivo de ser um aliado ao Poder Judiciário Estatal, ou se um concorrente seu. E, nesse contexto, reformas de grande envergadura foram feitas na Legislação, desde que o CPC/15 entrou em vigor, e, posteriormente a Lei nº 13.467/2017, que foi a maior reforma na CLT nos últimos tempos. Qualquer tema que aborde a extrajudicialização dos conflitos trabalhistas, bem como a possibilidade de esses conflitos serem solucionados por outras vias que não seja o Judiciário Estatal, é bastante criticado, bem como sofre muita resistência, a começar pelos próprios operadores do Direito. O “mito” consiste no fato de que o trabalhador, hipossuficiente, ao procurar qualquer um dos outros métodos adequados, ou mesmo consensuais, de solução de conflitos, poderia ser uma possível ameaça à concretização dos direitos sociais. O debate está fundado nas mudanças trazidas pela reforma trabalhista e no temor de que elas possam mitigar os direitos sociais conquistados ao longo dos anos pelos cidadãos brasileiros, além de enfraquecer a justiça trabalhista. Em que aspectos o tribunal multiportas seria de bastante utilidade para a nossa sociedade moderna, consumidora de massa, inclusive de prestação jurisdicional. Por fim, a pesquisa também analisou se, devido às verbas que forem oriundas de direitos trabalhistas assumirem um caráter de verba de caráter alimentar, se são passíveis de disposição por parte do trabalhador empregado, principalmente após a introdução do novo procedimento de jurisdição voluntária na justiça do trabalho, inserido no capítulo X, título III-A da CLT, que confere ao juiz do trabalho competência para decidir quanto aos pedidos de homologação de acordo extrajudicial firmados pelas partes. Para tanto, foram analisados os dados das demandas de novas ações no Tribunal Regional do Trabalho no Estado de Pernambuco e as homologações realizadas no período compreendido entre novembro de 2017 e novembro de 2018 nas em todas as Varas do Trabalho no Estado de Pernambuco. A pesquisa teve caráter qualitativo e quantitativo, com análise de conteúdo de casos representativos e estatística descritiva dos dados levantados.

Palavras-chave

Justiça do trabalho. Celeridade Processual. Alternativas à via Judicial. Métodos consensuais de solução de conflito. Sistema multiportas.

ABSTRACT

The research was based on the following dilemma: was there an impact on the demand of the Labor Court after the implementation of Law 13,467 of 2017? The survey also noted that if labor conflicts that were resolved by other methods of conflict resolution, such as mediation, negotiation, conciliation and arbitration, the worker would necessarily be losing rights that were won as a result of many struggles. It is important to clarify the great innovation brought by CPC/2015, which is the multiport court, and whether it arises with the objective of being an ally to the State Judiciary, or if it's a competitor. And, in this context, major reforms have been made in the Legislation, since CPC/15 came into force, and, subsequently, Law nº. 13.467/2017, which was the biggest reform in the CLT in recent times. Any issue that addresses the extrajudicialization of labor conflicts, as well as the possibility of these conflicts being resolved by means other than the State Judiciary, is highly criticized, as well as undergoing a lot of resistance, starting with the law operators themselves. The "myth" consists in the fact that the worker, who is hyposufficient, when looking for any of the other suitable, or even consensual, methods of conflict resolution, could be a possible threat to the realization of social rights. The debate is based on the changes brought about by labor reform and the fear that they may mitigate the social rights conquered over the years by Brazilian citizens, in addition to weakening labor justice. In what ways would the multiport court be of great use to our modern, mass-consuming society, including the provision of jurisdiction. Finally, the research also analyzed whether, due to the funds that come from labor rights, they take on the character of a food allowance, whether they are subject to disposition by the employed worker, especially after the introduction of the new procedure of voluntary jurisdiction in court of labor, inserted in chapter X, title III-A of the CLT, which gives the labor judge the power to decide on requests for ratification of an out-of-court settlement signed by the parties. To this end, the data on the demands for new lawsuits at the Regional Labor Court in the State of Pernambuco and the approvals carried out between November 2017 and November 2018 in all the Labor Courts in the State of Pernambuco were analyzed. The research was qualitative and quantitative, with content analysis of representative cases and descriptive statistics of the data collected.

Keywords: Labor justice. Procedural Celerity. Alternatives to the Judicial Branch. Consensual methods of conflict resolution. Multiport system.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
PJE – Processo Judicial Eletrônico
HOTREX – Homologação de transação Extrajudicial
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho
MPT – Ministério Público do Trabalho
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CPC – Código de Processo Civil
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
LRT – Lei da Reforma Trabalhista
Lei nº 13.467/2017 – Lei da Reforma Trabalhista
Lei nº 13.105/2015 – CPC/2015
TRCT – Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho
SDI – Sessão de Dissídios Individuais
IN – Instrução Normativa
FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social
CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho
CEJUSC – Centro Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1: Homologação de T. Extra Judicia - 2017 (%)	61
GRÁFICO 2: Homologação de T. Extra Judicia - 2018 (%).....	62
GRÁFICO 3: Homologação de T. Extra Judicial 2017/2018- Variação (%)	63

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Número de Ações Trabalhistas Recebidas por Distribuição no 1º Grau - Por Rito Ordinário, Sumaríssimo e outras (De janeiro a dezembro - 2017)	60
Tabela 2: Número de Ações Trabalhistas Recebidas por Distribuição no 1º Grau - Por Rito Ordinário, Sumaríssimo e outras (De janeiro a dezembro - 2018)	62

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ACESSO AO JUDICIÁRIO, ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO À JURISDIÇÃO EM UM MODELO MULTIPORTAS	17
1.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO	17
1.2 ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL BÁSICO PREVISTO NA CF/88: 26	
1.3 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS	32
1.4 JUSTIÇA MULTIPORTAS	34
2 DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA:	43
2.1 MORFOLOGIA DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.....	43
2.2 A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	51
2.3 A NOVA COMPETÊNCIA INSERIDA NA ALÍNEA “F” DO ARTIGO 652 DA CLT: DO PROCESSO PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL PELO JUIZ DO TRABALHO..	57
2.4 DA ESTATÍSTICA DO TRT/6 NO TOCANTE AO PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL	62
2.5 DO PROCEDIMENTO PARA A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO EXTRAJUDICIAL PELO JUIZ DO TRABALHO	66
2.6 DO NEGÓCIO JURÍDICO	75
3 DIREITOS SOCIAIS: INDISPONIBILIDADE X DISPONIBILIDADE: ATÉ QUE PONTO O TRABALHADOR PODERÁ RENUNCIAR ESSES DIREITOS, SOB O ARGUMENTO DE QUE SÃO PAUTADOS EM NORMAS DE ORDEM PÚBLICA?	83
3.1 DIREITOS SOCIAIS INDISPONÍVEIS.....	83
3.2 DIREITOS SOCIAIS DISPONÍVEIS	90
4 CRISE DO JUDICIÁRIO E VIAS ADEQUADAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	106
ANEXO	109

INTRODUÇÃO

Uma das principais discussões da doutrina jurídica é a crise do sistema judicial que se manifesta de diversas formas, entre elas, a morosidade e a ausência de efetividade do judiciário, de forma que, muitas vezes, a decisão judicial, quando vem a ser entregue à parte, não tenha mais nenhuma utilidade.

Diante desse cenário, foi elaborado inicialmente um novo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, e posteriormente também foi realizada uma reforma de grande porte na Legislação Trabalhista. Para tanto, foram criados, sistematizados e alterados diversos institutos processuais, entre os quais consta a grande mudança, qual seja, o Poder Judiciário deixou de ser a principal fonte de solução de conflitos, e sendo apenas mais uma como poderá se verificar do art. 3º do CPC.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como principal objetivo a apreciação do uso do processo de homologação de acordo extrajudicial nas Varas do Trabalho do Estado de Pernambuco, no curso do primeiro ano da Reforma Trabalhista, pelas partes e pelos juízes, por meio de uma análise do número de processos, levando em comparação o ano anterior ao da Reforma Trabalhista. A problematização de partida para o desenvolvimento deste trabalho é a seguinte: Se com as Reformas que ocorreram o trabalhador irá ficar necessariamente vulnerável quando não há um representante do Estado para dirimir um conflito trabalhista? Se não começa sendo um preconceito do próprio juiz do trabalho, pois a solução de um conflito trabalhista pode ser feita por um particular, sem que necessariamente seja menos capaz para dirimir a controvérsia.

A resposta do questionamento acima foi feita por meio de uma análise quantitativa e qualitativa dos processos que envolvam pedido de homologação de acordo extrajudicial ao juiz do trabalho, no curso do primeiro ano de vigência da Reforma Trabalhista.

Na literatura especializada, é praticamente unânime a ideia de que o ideal de acesso à justiça no plano constitucional repousa no direito fundamental assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, que garante ao cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Pelo texto do legislador constituinte de 1988, repetindo uma garantia prevista em sede constitucional desde a Carta de 1946 (artigo 141, §4º), qualquer cidadão tem

assegurado o direito de acionar o Judiciário toda vez que se sentir em risco de sofrer um dano ou já se considerar lesado.

A ideia de acesso à justiça, nesse contexto, é resumida à ideia de acesso ao Judiciário.

O alcance de tal garantia constitucional do processo, por sua vez, sofreu uma “leve ampliação” quando o legislador ordinário de 2015, aprovou o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), e estipulou no artigo 3º do respectivo diploma processual que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

A expressão “apreciação jurisdicional” abrange outras fórmulas “adequadas” de solução de conflitos (a expressão “adequada” aqui sendo utilizado para evitar a expressão “alternativa”, usualmente considerada como de status inferior a uma via “primária”), próprias de um modelo multiportas de acesso à justiça, incluindo fórmulas como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

E o legislador de 2015 deixou claro nos parágrafos do artigo 3º do CPC/2015 tal quadro, ao fixar no §2º que é dever do Estado promover, sempre que possível a solução consensual do conflito, e, ainda, estabelecer no §3º que é um dever dos principais agentes processuais (o juiz, o advogado, o defensor público e o ministério público) estimular a conciliação, a mediação e outros meios consensuais de solução de conflitos.

Nada mais natural em um Estado Democrático cuja Constituição tem em seu preâmbulo a expressa previsão de sociedade fraterna comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

O debate sobre a serventia de caminhos adequados, distintos da jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho, sempre foi caracterizado por polêmicas e questionamentos de lado a lado. Especialmente considerando a postura refratária de uma parte considerável de juízes e de advogados, contrários a qualquer forma de solução de conflitos individuais trabalhistas que não envolvem diretamente a presença de um magistrado trabalhista.

Inúmeros argumentos são apresentados por essa corrente contrária a fórmulas como a arbitragem privada e a mediação extrajudicial, mas sistematicamente com um uma ideia fixa: apenas o Judiciário do Trabalho revela condições de solucionar lides individuais entre empregados e empregadores.

A presente pesquisa busca provocar tal posição, examinando os graus de indisponibilidade que afetam aos direitos do trabalhador para aferir a licitude e legitimidade do acesso a essas fórmulas adequadas. Se é possível também solucionar um conflito trabalhista através de um processo de jurisdição voluntária, bem como de outras formas adequadas e consensuais de solução de conflitos.

Importante salientar que não será uma defesa incondicional, pois é evidente que exigências mínimas deverão ser definidas para assegurar a lisura desses novos caminhos, bem como direitos mínimos que não poderão ser abandonados pelo trabalhador.

Nessa busca, serão apontadas algumas considerações de doutrinadores e, ocasionalmente, serão utilizados posicionamentos extraídos da jurisprudência dos tribunais do trabalho para melhor ilustrar uma linha de argumentação. Na maior parte do estudo, entretanto, a fonte primária será a simples observação da realidade que cerca o Judiciário do Trabalho, no tocante ao processo de homologação de acordo extrajudicial pelo juiz do trabalho, se ele realmente veio para dar uma maior celeridade à solução de conflitos trabalhistas, sem que o trabalhador fique efetivamente vulnerável.

No primeiro capítulo, realizou-se um estudo sobre a diferença entre o direito fundamental previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, e o significado da expressão acesso ao judiciário; bem como o significado de acesso à justiça em um modelo multiportas. Neste capítulo explica-se o que vem a ser a função jurisdicional do Estado, e quais são os equivalentes jurisdicionais. Por fim, explica-se o significado de justiça multiportas, como surgiu o a ideia do tribunal dos sonhos, que é o tribunal multiportas.

No segundo capítulo, realizou-se uma pesquisa sobre o direito a jurisdição voluntária na legislação brasileira, levando-se em consideração que o procedimento de homologação de acordo extrajudicial foi introduzido pela legislação reformadora como um processo de jurisdição voluntária. Ainda foi falado sobre os casos específicos de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho no Brasil. E, sobre a nova competência atribuída ao juiz do trabalho, para homologar o acordo extrajudicial. Fala-se também dos requisitos para o ajuizamento de um processo de homologação de acordo extrajudicial, bem como apresenta através de gráficos um comparativo entre o 1º ano de reforma, e o ano anterior.

No terceiro capítulo, explica-se o que vem a ser o negócio jurídico, e quais os requisitos para que se possa pactuar um acordo extrajudicial, tais como a declaração de vontade, capacidade do agente, objeto lícito ou não defeso por lei, e a forma.

No capítulo quarto explora os direitos sociais que são indisponíveis, ou seja, aqueles que refletem um patamar civilizatório mínimo, de forma que o trabalhador não poderá abrir mão deles, seja através de renúncia seja por transação. Para ser indisponível, um direito deve ser imune a qualquer pretensão de alteração de sua titularidade. Mesmo a vontade de seu titular não pode ensejar a respectiva transferência subjetiva, levando à completa vedação à sua alienação a qualquer título. De igual forma, para ser caracterizado pela indisponibilidade, o direito não pode ser despojado pelo seu titular, que não poderá abdicar do mesmo. Exemplos de direitos indisponíveis são os direitos da personalidade, previstos expressamente como intransmissíveis e irrenunciáveis no artigo 11 do Código Civil Brasileiro.

Em relação aos direitos do trabalhador, são absolutamente indisponíveis, naturalmente, os direitos do trabalhador que também se enquadram como direitos da personalidade, como os relativos à integridade física, à integridade psíquica e à integridade moral. Não será admissível, assim, a alienação ou a abdicção do direito do trabalhador a um ambiente de trabalho seguro e saudável, nos termos estabelecidos pela legislação laboral específica e em sintonia com as Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho que disciplinam a matéria.

São igualmente alcançadas pela indisponibilidade absoluta direitos como o relativo à anotação do contrato de emprego na carteira profissional, não apenas por se tratar de algo que atrai diretamente o interesse público em virtude das consequências previdenciárias e tributárias, mas também por estar diretamente vinculado a sua dignidade enquanto pessoa humana.

No capítulo quinto, fala-se sobre quais são os direitos sociais disponíveis, podendo inclusive se entender a diferença entre indisponibilidade absoluta e relativa também. Há uma outra gama de direitos do trabalhador que são direitos patrimoniais, e que eles ainda podem de alguma forma ser despojados por parte do trabalhador: São os direitos quando existe uma incerteza subjetiva, ou seja, quando existe a *res dúbia*. É importante diferenciar em cada caso concreto aqueles direitos patrimoniais que, inequivocamente, são de titularidade do trabalhador de um lado, e, de outro,

aqueles direitos reivindicados por imprescindível distinguir quando existe a res dúbia (coisa duvidosa). Nessa hipótese existe incerteza subjetiva quanto à existência ou não de um direito patrimonial.

Quando há tal dúvida dentro de um quadro conflituoso ainda não solucionado, envolvendo sujeitos capazes, e agindo de boa-fé, há disponibilidade sobre os direitos patrimoniais objeto do conflito, pois a incerteza subjetiva enseja a mitigação de eventuais restrições oponíveis apenas diante da certeza da existência de um direito.

No capítulo seis, faz-se uma análise do atual cenário do Poder Judiciário Brasileiro, se ele tem conseguido responder aos anseios da sociedade consumidora do Poder Judiciário. Se a prestação jurisdicional tem sido justa e efetiva, entregue pelo magistrado de forma satisfatória. Nesse momento, aborda-se também as formas adequadas de solução de conflito, principalmente as consensuais, e explica-se se o uso delas iria ocasionar um esvaziamento do Poder Judiciário, ou se elas iram ser utilizadas de forma integrativas, em conjunto.

Para finalizar, apresenta-se a conclusão acerca dos principais problemas levantados no trabalho, trazendo a comunidade acadêmica um trabalho relevante e atualizado, que tem por principal escopo o de analisar se a utilização da jurisdição voluntária, ou mesmo formas consensuais de resolução de conflitos na Justiça do Trabalho, por si só, é capaz de fazer com que o trabalhador fique mais vulnerável, e, conseqüentemente, tenha seus direitos mitigados.

1 ACESSO AO JUDICIÁRIO, ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO À JURISDIÇÃO EM UM MODELO MULTIPORTAS

1.1 A função jurisdicional do Estado

Em virtude de este trabalho ser uma proposta de analisar alguns institutos de resolução adequada ou mesmo consensual de solução de conflitos, uma vez que houve uma mudança significativa no cenário nacional, a partir da entrada em vigor do CPC/2015, e posteriormente pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como a “Lei da Reforma Trabalhista”, é relevante abordar o significado de Jurisdição, e conseqüentemente a distinção entre acesso ao judiciário, acesso à justiça, e, por fim, acesso à jurisdição em um modelo multiportas.

Como bem observa Alvim (2018, p. 74): “A palavra jurisdição vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), querendo significar a “dicção do direito”, compreendendo à função jurisdicional, que, como as demais, emana do Estado”.

Ou seja, a jurisdição, portanto, é uma das funções do Estado Democrático de Direito que consiste em “dizer o direito”. Em outras palavras, jurisdição significa que, em havendo um litígio entre duas partes, e sendo o poder competente acionado, cabe a esse Poder estatal dizer qual o direito a ser aplicado ao caso concreto, para dirimir tal situação.

Importante lembrar que, conforme Alvim (2018, p.73) “o poder, como expressão de soberania do Estado, é fundamentalmente uno, pelo fato de que a tradicional “separação dos poderes” deve ser entendida no sentido de divisão funcional do poder. Por isso, afirma Chiovenda, ser o poder do Estado uno na sua essência, mas fracionado no seu exercício.”

Alvim (2018, p. 74) afirma que:

Cumpramos ressaltar, entretanto, que a separação dos poderes não significa que sejam eles estanques e incomunicáveis, vez que o Governo é a resultante da interação dos três poderes e a cada um corresponde, na doutrina constitucional moderna, especificamente, uma função. Assim, ao Poder Legislativo corresponde a função de “ditar as normas reguladoras das atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos”, ou a função de criar o direito, de elaborar a norma geral e abstrata, reguladora da vida em sociedade. As normas gerais e abstratas ditadas pelo Poder Legislativo compõe o

ordenamento jurídico do Estado ou o direito objetivo, que tem na lei a sua expressão mais característica.

Ao Poder Executivo incumbe a função administrativa ou executiva, provendo as necessidades gerais e realizando o bem comum.

Ao Poder Judiciário, por fim, cabe a função jurisdicional, no exercício da qual atua a lei ou direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, declarando o direito aplicável ao caso concreto.

À função jurisdicional corresponde, especificamente, “atuar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos.

A função jurisdicional do Estado, numa clássica definição dada por Didier (2017, p. 173):

A jurisdição é a função atribuída a um terceiro imparcial, de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo, efetivando, protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

Esse conceito se enquadra perfeitamente na transformação que o Estado Democrático de Direito passou nos últimos anos, pois o atual conceito de jurisdição tem que estar de acordo com o Estado atual, moderno, ao invés de um conceito de jurisdição ligado a um Estado que não mais existe. Já se percebe no conceito do renomado jurista baiano um avanço, levando-se em consideração outros doutrinadores. Porém, levando em consideração um modelo multiportas de solução de conflitos, Didier já deixa claro que na jurisdição, necessariamente o conflito é dirimido por um terceiro, por um agente externo que não é parte envolvida no litígio. Assim, um membro do Estado vai impor às partes uma solução a uma controvérsia apresentada ao Poder competente.

Importante mencionar também que, conforme Alvim (2019, p. 98) “o Direito confundia-se, de início, com as regras de moral, religião, convivência. Paulatinamente, porém, foram-se isolando as normas jurídicas e, exclusivamente com elas, foram se construindo os sistemas jurídico-positivos.” Porém, com o passar do tempo, a evolução das sociedades, bem como do aprimoramento do Estado Democrático de Direito, concluir o professor Alvim (2019, p. 99) que:

Modernamente, é universal a tendência de se entender como

sendo Direito, unicamente, aquele emanado do Estado. O Direito seria, por assim dizer, a própria expressão do Estado, que é fonte única do Direito. Essa ideia, todavia, não é tida por verdadeira por todos os autores.

Como afirma Marinoni et al (2019, p. 189),

o dever de proteção ou de tutela dos direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção de direito subjetivo. O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão de sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF).

De fato, o Estado não pode deixar de se manifestar sempre que acionado por um membro da sociedade, quando se sentir lesionado ou ameaçado de lesão. Essa regra é uma norma de direito fundamental, insculpida no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88. E inclusive o acesso ao judiciário é amplo e irrestrito, uma vez que o inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 assegura a provocação do Poder Judiciário não só pela lesão, mas também pela ameaça à lesão de um direito, de forma preventiva, portanto.

De acordo com Dinamarco (2017, p. 453)

a função jurisdicional do Estado é exercida através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supraindividuais e aos demais escopos do sistema processual. Entre esses escopos está o de atuação do direito material, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos. Conceitua-se, pois, a jurisdição estatal a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada a solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.

O conceito de jurisdição também sofreu alterações com o desenvolvimento das sociedades, com o surgimento de novos direitos.

Primeiramente, o Estado trouxe para si a função de dirimir conflitos entre os particulares, uma vez que em nosso sistema é vedado a autotutela, que significa a efetivação da justiça pelas próprias mãos, pela imposição, onde certamente venceria o mais forte, não quem tivesse razão.

A autotutela é uma forma de resolução de conflitos muito antiga, sendo considerada inclusive uma forma bárbara, e como tende a utilização de violência e da força bruta, ela não é aceita na grande maioria das sociedades, salvo algumas raras exceções.

Assim, a antiga forma tradicional adotada para dirimir conflitos chama-se heterocomposição, em que o conflito existente vai ser solucionado por um terceiro, não envolvido no conflito. E, no sistema brasileiro, o Estado trouxe para si a função de solucionar conflitos, através do Poder Judiciário, tanto que o juiz é um órgão do próprio Estado.

Verifique-se que, em que pese na República Federativa do Brasil, os três poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário sejam independentes e harmônicos entre si, cada um tem sua função primordial, respectivamente a função executiva, a legislativa, e a jurisdicional, mas eles não são estanques e incomunicáveis.

Importante salientar ainda que, conforme Dinamarco (2017, p. 454),

no atual estado da ciência processual todo o estudo sobre a jurisdição deve passar pela inclusão, nesse conceito, da jurisdição exercida pelo juiz estatal e também por aquela que se exerce no processo arbitral, sabendo-se que a arbitragem é um processo e, tanto quanto o processo conduzido pelos juízes, insere-se desenganadamente na teoria geral do processo. É do passado a crença em um monopólio estatal da jurisdição, responsável pela concentração dos estudos sobre esta com o foco lançado exclusivamente sobre a jurisdição estatal. Há notórias diferenças entre essas duas espécies de jurisdição mas não tantas nem tão profundas que legitimem o alijamento da jurisdição arbitral do conceito de jurisdição.”

De acordo com a definição para o termo “jurisdição”, podemos observar que a mesma contém 7 elementos que deveremos tratá-los de maneira mais meticulosa aqui, tendo em vista que esses elementos tratam de características que são essenciais para a compreensão da jurisdição.

Como bem orienta o mestre Didier (2017, p. 174), “(a) a jurisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.” E, não há como falar em solução imperativa é pressupor o exercício do poder. E o Estado persegue os escopos do processo com base em sua capacidade de decidir imperativamente e impor as decisões, nem a necessidade da anuência dos sujeitos sob o qual se decide uma lide.

Segundo Dinamarco (2017, p. 455),

pelo aspecto técnico a atividade jurisdicional é sempre substitutiva das atividades dos sujeitos envolvidos no conflito, a quem a ordem jurídica proíbe atos generalizados de autodefesa. Seja quando o sujeito aspira a um bem negado pela pessoa que lhes podia dar (p. ex., pretensão a uma soma de dinheiro, etc.), seja nos casos em que o processo é o único caminho para obtê-lo (anulação de casamento), a atividade jurisdicional é sempre substitutiva de alguma atividade das pessoas. Os atos proibidos de autotutela são substituídos pela atividade do juiz, que, serenamente e com imparcialidade, verifica se o sujeito tem ou não razão e, por ato seu, propicia-lhe a obtenção do bem na primeira hipótese. A jurisdição é diferente da atividade vedada ao autor, justamente por seu caráter imparcial e pela final imperatividade de que se reveste. Tendo ele razão, o exercício da jurisdição pelo juiz propicia-lhe o bem em substituição à atividade omitida pelo réu ou proibida a ele. Se a razão estiver com o réu, à resistência deste o Estado acrescenta a sua própria, vedando ao autor novos atos de tentativa de obter o bem (coisa julgada). De todo modo, dá-se sempre a substituição de atividades de todas as partes pela atividade jurisdicional do Estado.

E essa é uma das características que diferencia a jurisdição das duas outras funções estatais, que é a função legislativa e a função executiva. No caso, a solução de um conflito através da jurisdição será feita necessariamente por um terceiro estranho àquela relação conflituosa.

Para Chiovenda (2000, p. 373 e 374) “é o que ele chama de substitutividade, pois o que vai solucionar o conflito necessariamente não será sujeito nem ativo nem passivo da relação processual, e o Estado substitui como sendo uma atividade sua as atividades daqueles que estão envolvidos na relação trazida à apreciação”.

Nessa hipótese, não cabe a uma das partes envolvidas na relação

litigiosa dizer quem está com a razão, impondo a sua opinião sobre a outra parte, tendo em vista que essa forma de solução de conflito é chamada de autotutela, o que em tempos atuais é vedado por praticamente todos os ordenamentos jurídicos, tendo em vista que na autotutela se caracteriza a resolução de um conflito com a utilização de força.

Assim, através da autotutela não se realizaria justiça, pois muito provavelmente a vontade do mais forte seria imposta sobre a vontade do mais fraco, seja através da utilização de força física, ou mesmo de qualquer outro artifício mas de forma que vencerá quem tenha mais força, e não quem tenha a razão, ou mesmo do direito ao seu lado.

Por isso entendeu o Estado burguês que a solução de conflito através da jurisdição deverá ser feita por um terceiro estranho a relação, desinteressado no resultado (aspecto objetivo) para que possa ser imparcial (aspecto subjetivo), que não tenha preferencialmente nenhuma relação com as partes ou mesmo com o conflito que lhes é trazido a decidir, e dessa forma tenha melhores condições de prestar a função jurisdicional de forma imparcial.

Salienta-se apenas que a imparcialidade não se confunde com neutralidade, pois neutro ninguém será, tendo em vista que todos, como seres humanos, possuem sentimentos, mas o que precisa, no momento em que vai exercer a função jurisdicional é ser imparcial, não ter relação nem interesse na causa. Ainda, deverá o julgador zelar, na condução do processo, tratar as partes com igualdade, bem como observar o contraditório e a ampla defesa em paridade de armas.

E continua Didier (2017, p.176), "(b) que a jurisdição é a manifestação de um Poder, e, portanto, impõe-se imperativamente, reconstruindo e aplicando o direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional." E, no tocante ao exercício da jurisdição, Didier (2017, p.176) afirma:

Ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função jurisdicional compões o tripé dos poderes estatais. Embora monopólio do Estado, a função jurisdicional não precisa necessariamente ser por ele. O próprio Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros agentes privados, como no caso da arbitragem, mais adiante examinado (...).

E concorda com a posição acima mencionada Dinamarco (2017, p. 454), ao afirmar que falar em solução imperativa é pressupor o exercício do poder, e o Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, sem a necessidade da anuência dos sujeitos. Ainda, afirma o renomado doutrinador que

a situação destes perante o Estado que exerce a jurisdição é de sujeição – conceituada esta como impossibilidade de evitar os atos alheios ou furtar-se à sua eficácia (Carnelutti). Este é o significado da afirmação da jurisdição estatal como função pública, regida por normas de direito público. Também a jurisdição arbitral é exercida com fundamento em um poder mas, diferentemente do que se dá com a jurisdição estatal, a fonte do poder do árbitro não é o *imperium* soberano, como a do Estado-juiz, mas a vontade bilateral das partes que houverem optado pela arbitragem, sem a qual esta não será admitida.

Assim, em que pese que o pensamento dominante seja aquele que a jurisdição tem que ser prestada única e exclusivamente pelo Estado, através de um órgão do Poder Judiciário, essa ideia também evoluiu com o passar do tempo e com a transformação da sociedade, que, conseqüentemente, ocasionou na modernização do Direito, para atender aos anseios do ser humano.

Foi, portanto, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que ficou sacramentado que há formas diferentes do exercício da função jurisdicional através de entidades privadas, que é o caso da arbitragem por exemplo, e será examinada no tópico oportuno mais adiante; abrindo, dessa forma, o próprio CPC/2015 a possibilidade de um sistema multiportas de justiça, tendo o Processo Civil um importante papel nesse cenário, como logo mais adiante será o tema abordado no tópico oportuno, e chega-se ao ponto em que ganha espaço a justiça multiportas.

Continuando a fazer uma análise dos elementos do conceito de jurisdição, dizer-se que ela tem uma (c) função criativa, essa questão é bem assemelhada à atividade reconstrutiva; e ao mesmo tempo é uma atividade ilimitada, pois, segundo Didier (2017, P. 177) “recria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se recria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto.” Isso quer dizer que, aos tribunais cabe interpretar, testar, e confirmar ou não a sua consistência. E é por esse motivo que se pode concluir que

há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos Tribunais: pois a eles cabem interpretar, construir e ainda distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões em conformidade com o Direito Vigente, e por esse motivo que os Tribunais exercem papel singular e único na produção normativa.

E essa produção normativa dos Tribunais é um tema que se encontra bastante em alta, em função do novo constitucionalismo, da valorização das normas princípios que foram colocadas na Constituição, com a grande difusão do controle difuso de constitucionalidade dos juízes de primeiro grau, que basta não aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional, e, também, pela auto aplicabilidade das regras de direitos fundamentais inseridas na Carta Magna, tendo em vista que elas independem de norma infraconstitucional que venha a regulamentar para poderem ser aplicadas.

Assim, em função dos motivos acima elencados, os Órgãos do Poder Judiciário passaram a exercer com mais efetividade funções do Poder Legislativo, principalmente quando esse Poder ficou omissivo em sua função principal, levando-se em consideração o princípio dos freios e contrapesos, que embasa os 3 poderes da república federativa do Brasil.

Assim, como acertadamente menciona Didier (2017, p. 177):

Ao decidir o Tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo). Ao decidir, repita-se, o tribunal gera algo novo – se não fosse assim, não haveria decisões, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta.

E é aí nesse ponto em que uma nova norma jurídica estará sendo criada entre as partes, pois um juiz não poderá deixar de julgar alegando lacuna, obscuridade, ou mesmo ausência de Lei que trate dessa matéria, mas ele terá que se socorrer de outras fontes do Direito, ou mesmo até inventar o Direito, mas as normas de procedimento não admitem que o Estado deixe de prestar a função jurisdicional, através do princípio do *non liquet*. E, a sentença, vai efetivamente ser uma nova Lei e terá que ser cumprida pelas partes.

No caso da decisão judicial, a mesma será uma norma, só que

individualizada, definida pelo Poder Judiciário, mas que se deferência das demais espécies normativas, em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível em razão da coisa julgada material. Porém, até se chegar a esse ponto, é necessária uma postura mais ativa do juiz, tendo que entender as especificidades do caso concreto, e encontrar na norma geral e abstrata uma solução que esteja em conformidade com os princípios constitucionais, principalmente com os direitos fundamentais.

Importante chamar atenção para a conceituação de Didier (2017, p. 179) ao acertadamente afirmar que

ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de observar qual a norma geral que se lhes aplica. Identificável a norma geral aplicável (norma legal, por exemplo), ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o julgador cria uma norma jurídica (= norma legal conformada à constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

Nelson Nery Júnior, um outro jurista de grande peso no Brasil, em sua obra “Princípios do Processo na Constituição da República” (NERY JÚNIOR e NERY, 2017, p. 212-226):

trata desse tema como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ou mesmo princípio do direito de ação. Isso porque, primeiramente, o direito de uma parte que ingressa com uma ação perante o Estado, é que esse se pronuncie sobre o caso através de uma sentença, mas essa sentença não necessariamente tem que ser favorável ao autor da ação. Assim, pensando por essa ótica, o direito do jurisdicionado é na verdade um direito abstrato de ter um posicionamento do Estado acerca do caso, que seja a seu favor ou não.

E, Nery Junior e Nery (2017, p. 214) ainda vai mais além sobre o tema, ao afirmar que

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao

processo justo, todos tem direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.

Dessa forma, é vedada a não decisão pelo Poder Judiciário, e não só isso, o jurisdicionado tem direito a uma prestação jurisdicional célere, justa e adequada.

Ainda, como leciona Didier (2017, p. 182) (d) “A jurisdição é uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos. Todas as situações jurídicas ativas (direitos em sentido amplo) merecem a proteção jurisdicional.”

O que é importante salientar aqui é que todas as situações jurídicas são passíveis de uma tutela jurisdicional, ou seja, a parte tem o direito de obter um provimento judicial, mesmo que contrário ao seu interesse.

A jurisdição também atua em uma situação jurídica concreta, ou seja, sobre um determinado problema que é levado para ser dirimido pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário é chamado a resolver um problema concreto.

A função jurisdicional também é uma função estatal que é insuscetível de controle por outro Poder do Estado. É através da função jurisdicional que se produz a última decisão a respeito de um caso concreto deduzido em juízo.

E, por fim, e não menos importante, a função jurisdicional é passível de se produzir coisa julgada (f), que é uma possibilidade exclusiva da função jurisdicional.

1.2 Acesso à justiça como um direito fundamental básico previsto na CF/88:

A expressão “acesso ao judiciário” é bastante diferente do termo “acesso à justiça”. Como já visto no tópico anterior, o acesso ao judiciário está garantido como um direito fundamental, no art. 5º inciso XXXV da CF/88, “que assegura a todos que forem lesados, ou se sentirem ameaçados de lesão, terem a possibilidade de acionar o Poder Judiciário, para dele ter o resultado de sua provocação, mesmo que essa seja de forma negativa.

Porém, a acepção do termo acesso à justiça, essa vem mudando ao longo dos anos, e acompanha inclusive a evolução do Estado Democrático de

Direito. Um processo célere, rápido e ágil é um dos fatores fundamentais para que a justiça seja útil e efetiva. E esse pensamento já é defendido por Cappelletti e Garth, em sua clássica obra “acesso à Justiça” (1988, p. 8) traduzida por Ellen Grace Northfleet:

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível à todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam igualmente individuais e socialmente justos.

Assim, em que pese sua clássica obra já não ser uma obra tão recente, importante destacar que Cappelletti (1988, p.8)

defende a ruptura da crença tradicional da confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivo – e não meramente simbólico – os direitos dos cidadãos comuns, ele exige reforma de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de Justiça.

Importante mencionar também os direitos fundamentais básicos, cada vez mais presentes nas Constituições do ocidente. E, paralelamente a isso, a força que as Constituições Federais vêm ganhando no atual cenário. De acordo com MENDES e BRANCO (p. 135, 2019):

O avanço do direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculante máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

E, de acordo com os Autores, pela leitura da própria análise do preâmbulo da Constituição, percebe-se a relevância dos direitos fundamentais. Pois foi no preâmbulo que foi proclamado o propósito da Assembleia Nacional

Constituinte, e que teve como inspiração básica de seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático de Direito, com objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança. Esse objetivo há de erigir-se como pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. Ainda, o domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.

Bastante atual, portanto, os pensamentos e as ideias de Cappelletti, e já de acordo com os princípios fundamentais do CPC/2015. Ocorre que o significado de acesso à justiça sofreu modificação, uma vez que ele foi evoluindo de acordo com o Estado Democrático de Direito. E, de acordo com o trabalho de Cappelletti, para se entender o verdadeiro acesso à justiça, esse acesso deverá ser estudado e entendido de acordo com 3 óticas, o que ele chamou de 3 ondas.

Como bem coloca Cappelletti (1998, p. 10),

as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo do que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove.

De fato, podemos observar a quantidade de direitos humanos sociais que passaram a integrar o corpo das Constituições pelo mundo a fora, a começar pela Constituição do México de 1917. E, uma grande característica também de quase todas as Constituições da América do Sul e América Latina, que promulgaram novas Constituições Federais após o período de ditadura pelo qual passaram. Então, continua Cappelletti (1998, p. 11),

o movimento faz-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão o direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é

surpreendente, portanto, que o direito de acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados, e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.”

Assim, evidente a mudança de pensamento ao longo do século XX, razão pela qual a definição do que vem a ser “acesso à justiça” se transformou, e vem se transformando até hoje, em função da mudança das sociedades, dos valores, dos direitos, e das próprias necessidades humanas. É importante também um outro ponto a ser discutido, o que vem a ser relevante é a questão de como os direitos tuteláveis vão ser realizáveis, (CAPPELLETTI, 1998, p. 12) “o modo como os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo.

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem efeito importante sobre a forma como opera a Lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente,

ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”

Ou seja, de acordo com a teoria do grande processualista italiano, já há mais de meio século ele conseguia visualizar vários pontos importantes, e que hoje estamos vivenciando no Brasil, principalmente após o CPC/2015, e de uma forma mais tímida, a Lei da Reforma Trabalhista. Muito importante a sua consideração de que o processo é tão somente um instrumento, o processo não tem um fim em si mesmo, mas sua grande finalidade é aplicar o direito material, e, via de consequência, fazer justiça. Ainda, já se fala que não somente através das cortes judiciais, ou do processo, é a única forma de se fazer justiça, mas outras formas de fazer justiça são possíveis, através de outros métodos, e também com o auxílio de normas de outras ciências, que não só a ciência jurídica.

Ainda, já se fala na igualdade entre as partes, ou mesmo em sua desigualdade, uma vez que no processo ambas estarão representadas por advogados. E, como considerar uma efetividade de acesso à justiça perfeita entre as partes? Poderia se considerar a efetividade perfeita com a plena paridade de armas entre as partes? Tal fato é difícil porque a desigualdade entre as partes não poderá jamais ser totalmente erradicada.

Para Cappelletti, ele identificou 3 posições básicas de que pelo menos nessas 3 “ondas”, que é como ele chama, haverá de ter a igualdade entre as duas partes, para que haja a efetividade do acesso à justiça: (CAPPELLETTI, 1985, p. 31) “A primeira solução para o acesso – 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 da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.”

E afirma o autor (CAPPELLETTI, 1985, p. 31-35) que

os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que a não podem custear, são, por isso mesmo, vitais. [...] Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados. Um movimento foi desencadeado e continuou a crescer e, como veremos, excedeu até mesmo as categorias da reforma da assistência judiciária. Antes de explorar outras dimensões do movimento – e sem dúvida para ajudar a esclarecer a lógica dessas dimensões ulteriores – precisamos acompanhar as principais realizações, sendo assim como os limites dessa primeira grande onda de reformas.

Para Gomes Neto (2005, p. 73)

No sistema processual decorrente de nosso ordenamento, via de regra, é patente a necessidade da presença de um advogado a postular em nome da parte, para que a relação processual possa formar-se validamente, pelo preenchimento do pressuposto processual subjetivo da capacidade postulatória. Há, inclusive, menção expressa no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, artigo 1, I – lei federal em sentido estrito – estabelecendo a atividade de postular pretensões perante qualquer instância do Poder Judiciário, como privativa dos profissionais de advocacia, devidamente cadastrados em seu órgão de classe e no gozo de pleno exercício de seus direitos profissionais, salvo exceções previstas ao longo da legislação.

Ainda, a própria norma determine a nulidade de atos privativos de advogado, praticados por pessoa que não seja efetivamente advogado, sem prejuízo de responsabilização penal, administrativa e civil. Dessa forma, não há dúvidas que dentro de nosso sistema legislativo, existem atos que só podem ser de fato praticados por advogados.

E, mesmo que não fosse, no moderno sistema legislativo, existem atos que são praticamente impossíveis de serem praticados, por pessoas leigas ao Direito, diante do alto grau de complexidade das normas jurídicas, bem como dos mecanismos para que seja elaborada uma ação judicial, de maneira que, por uma forma ou por outra, a representação por um advogado se torna essencial.

1.3 Equivalentes jurisdicionais

Como já analisado, a jurisdição estatal é exercida através do Poder Jurisdicional do Estado, através de um dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Então os equivalentes jurisdicionais (DIDIER, 2017, p.185):

são as formas não jurisdicionais de solução de conflitos. São chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas. Todas essas formas de solução de conflitos não são definitivas, pois podem ser submetidas ao controle jurisdicional.

Várias e interessantes observações poderemos tecer acerca do tema, após a entrada em vigor do CPC/2015, e posteriormente a Lei da Reforma Trabalhista, pois houve uma mudança de “paradigmas” que foram impostas pelo legislador infra constituição brasileiro, que sequer os operadores do Direito, nem mesmo a sociedade ainda não se deu conta.

Pode-se perceber que o CPC/2015, em seu artigo 3º ratificou a adoção de um sistema multiportas de resolução de conflitos, a partir do momento que autorizou que a tutela dos direitos poderá ser obtida por diversos métodos, sendo a justiça estatal apenas mais um desses meios. Ainda deixa claro que a jurisdição estatal não é mais o meio principal, mas apenas mais um meio de solução de conflitos, desde que ele seja adequado. Isso porque, se houver outros meios não estatal de solução de conflito, e que seja ele mais adequado para a solução de conflito, deverá ser ele utilizado.

Assim, atualmente, é recomendável que se procure o meio adequado para a solução do conflito, antes de que a máquina judiciária estatal seja acionada. A expressão “meio adequado de solução de conflito” além de ser bastante atual, ela é bem recomendável na medida em que essa designação poderá ser obtida todos os meios de resolução de conflito, seja estatal, seja não estatal. Sob essa perspectiva, observa-se que a jurisdição estatal não é mais a principal, ou mesmo a que deverá ser utilizada antes das demais formas. Não é mais assim. A justiça estatal poderá até mesmo ser considerada a forma menos indicada de resolução de conflito, a depender de diversos fatores.

Atualmente, ao se deparar com um conflito, é preciso que se verifique qual é o método mais adequado para solucioná-lo, para que as partes já busquem a forma que seja mais adequada. Entendem-se como formas de resolução de conflito a autotutela, autocomposição, e a resolução de conflitos em tribunais administrativos.

Não se enquadra aqui a arbitragem, tendo em vista que a arbitragem é uma forma jurisdicional de resolução de conflito, só que uma forma privada de solução de conflito. Esse é o grande diferencial da arbitragem para as demais formas de solução de conflito, porque ela é jurisdição, privada, porém jurisdição. A decisão de um árbitro é equivalente a decisão de um juiz, e observe-se também que, da mesma forma que a jurisdição estatal, na arbitragem o conflito é solucionado por um terceiro imparcial, estranho à lide, caracterizando-se, portanto, em heterocomposição também.

Como poderemos observar, a doutrina, nos termos das regras do “novo processo civil”, modifica a forma de pensar da sociedade, bem como a cultura, tendo em vista que há uma mudança de foco, ou mesmo uma mudança de lente da forma como se olhar para um conflito: o que muda é tão somente a forma de ter direito a um direito, e não o direito em si. O direito de cada parte não mudou em nada, mas apenas na forma de acessá-lo. (DIDIER, 2017 p.186).

Para Marinoni et al (2019, p. 203) “O Estado Constitucional, como Estado de Direito que é, está comprometido com a paz social, com o que repele a justiça de mão própria, isto é, o exercício arbitrário das próprias razões – que constitui inclusive ilícito penal (art. 345 do CP). Apenas quando autorizado pela legislação é lícito o uso da força própria para resolução de conflitos (como ocorre, por exemplo, com o direito de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis consentidas no direito civil, artigo 578 do CC, com o direito de greve no direito do trabalho, art. 9º da CF/1988, e com a autoexecutoriedade dos atos administrativos no direito administrativo).

No Estado Constitucional, os conflitos podem ser resolvidos de forma heterocompositiva ou autocompositiva. Há heterocomposição quando um terceiro resolve a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes. Há autocomposição quando as próprias partes resolvem os seus conflitos.

Nessa linha, note-se que também por essa razão é impróprio pensar para a jurisdição como meio de resolução de uma lide por sentença. Na verdade, o conflito deve ser tratado com a técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades – que inclusive podem determinar o recurso à jurisdição como *ultima ratio*. Não é por outra razão que o código de 2015 explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de litígios e de forma expressa incentiva os meios alternativos de resolução de controvérsia (art. 3º do CPC). Ao fazê-lo, nosso Código concebe a Justiça Civil dispondo não apenas de um único meio para a resolução de conflito – uma única “porta” que deve ser necessariamente aberta pela parte interessada. Pelo contrário, nosso Código adota um sistema de “Justiça Multiportas” que viabiliza diferentes técnicas para a solução de conflitos – com especial ênfase na conciliação e na mediação.”

1.4 Justiça multiportas

É um fato concreto e palpável a questão que após a Constituição Federal de 1988, com a quantidade de direitos fundamentais que foram inseridos na Constituição, bem como a própria noção de acesso à justiça como um direito fundamental, e a crise do Estado Liberal, como leciona Mazzei e Chagas (2018, p. 68), “o Estado é repaginado, ampliando a promoção dos direitos sociais, também chamados prestacionais, bem como a sua tutela”.

E, continua o autor, “de acordo com as mudanças que ocorreram na legislação brasileira, busca-se propor reflexões iniciais sobre a mudança quanto ao tratamento dos conflitos no Brasil, com enfoque nos papéis dos atores processuais diante do litígio.”

Entretanto, é possível se constatar que acionar o judiciário é um serviço cada vez mais consumido pelo cidadão, em busca dos seus direitos, tendo em vista que, quando há a previsão de um direito fundamental, e ele não é efetivado, é possível se utilizar das ferramentas dispostas na legislação para a efetivação desse direito.

Ainda, importante considerar o processo judicial é empregado indiscriminadamente como a via mais importante de pacificação de controvérsias, mesmo em situações que a sua utilização não se revela adequada às exigências

do conflito. E, esse fenômeno acarretou no agigantamento do Poder Judiciário, que se consolida como superego de uma sociedade órfã do seu poder de tutela. Como consequência, o Poder Judiciário não tem correspondido aos anseios da sociedade de acesso à justiça como um direito fundamental básico previsto na Constituição Federal.

Mazzei e Chagas ainda afirmam que (2018, p. 68):

Nesse cenário de ampliação de direitos e garantias fundamentais pós 1988, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. O ato normativo apresenta as primeiras diretrizes gerais para a implementação dos meios não-adjudicatórios de resolução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação.

E finalmente, no ano de 2015, esse tema voltou a ganhar um relevante destaque no ordenamento jurídico brasileiro, com a edição e entrada em vigor do Código de Processo Civil, que é a Lei nº 13.105/2015. O novo código de processo civil de 2015 apresenta dispositivos de Lei que visa facilitar a composição dos litígios, por meio dos chamados meios consensuais de resolução de conflitos – quais sejam a mediação, a conciliação, dentre outros.

Desde então a doutrina tomou um posicionamento que adotou a chamada teoria multiportas de resolução de conflito a norma geral, ou seja, a forma principal, deixando em segundo plano o acesso ao Poder Judiciário, em que pese o culto da população brasileira ao sistema adversarial da advocacia, e resolução de conflitos através de uma sentença.

Ainda, segundo Marco Aurélio Ventura Peixoto (2018, 118):

A ideia geral da Justiça Multiportas é, portanto, a de que a atividade jurisdicional estatal não é a única nem a principal opção das partes para colocarem fim ao litígio, existindo outras possibilidades de pacificação social. Assim, para cada tipo de litígio existe uma forma mais adequada de solução. A jurisdição estatal é apenas mais uma dessas opções.

E, continua o professor a afirmar que costumam-se chamar de ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution – ADR*).

Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam 'alternativos': mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal.

Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.

O direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o *método* ou *técnica* mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de *juízo* apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma *solução* adequada que faça com que as partes saiam *satisfeitas* com o resultado. (CUNHA, 2016, p. 637).

Entretanto, importante salientar que alguns entraves existiam no Brasil para a implementação de uma Justiça Multiportas. Primeiro os obstáculos de índole informativa, pois há carência de informação por parte da sociedade brasileira, bem como dos próprios operadores do Direito, sobre os propósitos, ou mesmo a existência da mediação. Um segundo obstáculo pode-se afirmar que na última década tem sido superado, que é a existência de uma legislação destinada especificamente à regulamentação de formas consensuais de resolução de conflitos no Brasil. Por fim, a questão cultural é muito forte no Brasil, de que todo e qualquer problema deverá ser solucionado por um Magistrado, tendo em vista que as partes de um litígio a princípio não estariam aptas a produzir a sua própria decisão.

Mas, a partir da edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), se instituiu uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tendente a promover a difusão da conciliação e da mediação no âmbito do próprio Poder Judiciário.

Em seu artigo 3º, o CPC disciplina que “os métodos de solução consensuais de conflitos deverão ser estimulados pelos autores do processo. Em adição, ainda na *vacatio legis* do novo CPC, promulga-se a chamada Lei de mediação, (Lei nº 13.140/2015), com o objetivo de disciplinar a autocomposição de conflitos”.

Porém, é importante deixar claro que os meios adequados de resolução de conflitos não devem ser analisados apenas pela ótica de que, se outros meios consensuais forem utilizados para resolução de uma controvérsia, isso irá desafogar o Poder Judiciário. A questão mais importante sobre esse tema inclusive não é essa. Mas, uma vez a utilização, pelos sujeitos da demanda, de formas consensuais de resolução de conflito, um novo paradigma de acesso à justiça ganha vez, tendo em vista que a lide irá ser dirimida pelas próprias partes, pela forma que seja mais conveniente, adequada para os dois lados, ao invés de uma sentença imposta.

O importante é que a proposta do legislador brasileiro é que seja utilizado o método adequado de resolução de conflito, e como adverte Mazzei e Chagas (2018, p. 69)

o ensaio se vale da expressão métodos adequados de resolução de conflitos, em descarte a duas outras usualmente utilizadas, que podem causar alguns embaraços, a saber: (a) métodos alternativos de resolução de conflitos e (b) métodos de solução consensual de conflitos. O uso da palavra adequada na expressão, permite, de plano, analisar que há opções entre os diversos meios de solução dos conflitos, tendo as partes escolhido justamente a opção mais adequada, isto é, a que melhor se amolda à situação concreta.

Então, dessas afirmações automaticamente já pode se concluir que a utilização alternativa dá a impressão que o meio adequado, que existe alternativa e que poderá ser utilizada uma ou outra, e concluir com a ideia de que não existe meio mais adequado. Ou mesmo que a solução mais comum é a resolução por terceiro, sendo a autocomposição tão somente uma forma alternativa àquela.

E, na verdade, o novo código pretende uma mudança mesmo de paradigma, tendo em vista que a alternativa a ser utilizada em primeiro lugar agora é a forma adequada de solução de conflito, tendo sido dado uma grande ênfase inclusive aos institutos da mediação e da conciliação.

E, no tocante a expressão “formas consensuais de solução de conflito”, a mesma também não deverá ser adotada tendo em vista que passa a impressão de que essa forma seria quando não outra do que a solução judicial, mas o que reclamada a heterocomposição. E quando na verdade isso não procede, a solução de um conflito poderá ser até mesmo através da arbitragem, que é também uma heterocomposição.

Com o CPC/2015, o processo civil está passando por uma transformação bastante radical. O grande “giro” que o legislador deu foi no sentido de que a clássica jurisdição estatal deixou de ser a forma principal para solução de conflitos. Muito pelo contrário, tem sido bastante incentivado a utilização de outras formas de acesso à justiça, razão pela qual pode-se dizer que a justiça se torna uma justiça multiportas, ou seja, uma justiça com muitas portas de acesso.

E, nesse sentido, como leciona Didier e Zaneti (2018, p. 38):

Nessa nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a *ultima ratio*, *extrema ratio*. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

Então, a transformação está no direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, que vem sofrendo profundas transformações. Não é mais um direito de acesso aos tribunais, mas um direito de acesso ao direito, e se possível sem ter contato com o Poder Judiciário.

Com toda essa modificação na legislação, observa-se que o Estado está se esforçando para eliminar os obstáculos de direito fundamental de acesso à justiça no Brasil. E, o fato de o Estado incentivar através das políticas públicas a difusão de formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, dentro dos próprios Tribunais, isso passa pelo desenvolvimento de uma política pública nacional essencialmente democrática, participativa, transformadora, emancipatória e comprometida com a observância dos princípios e escopos da prática mediadora.

A implementação de políticas públicas também se justifica pela necessidade de superação de uma carência no Brasil, que é a escassez de

métodos diversificados dos quais os juízes e tribunais possam se valer, como o objetivo de prevenir e também solucionar os conflitos judicializados, de forma adequada, respeitadas as particularidades de cada caso concreto.

Desse modo, os esforços empreendidos pelo Estado na implementação de métodos adequados de solução de conflito são muito valiosos para que seja efetivado o direito fundamental de acesso à justiça. Importante também ressaltar que através da mudança cultural da sociedade brasileira, ao invés da cultura ao litígio, a cultura a solução adequada do conflito, também faz com que a própria sociedade seja empoderada, para uma gestão autônoma e não violenta de resolução de conflito, e também que seja incentivado o uso de instâncias informais de solução e prevenção de conflitos, ao invés de se utilizar a máquina estatal com essa finalidade.

O tribunal multiportas foi idealizado por Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard. E a ideia desse Tribunal é de ser uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes litigantes.

O tribunal multiportas poderá efetivamente contribuir para inserção da maioria das pessoas sem voz ativa no centro das ações, em igualdade de condições. E essa instituição ainda poderá vir a ser aperfeiçoada enquanto processo, contribuindo de maneira substancial para o acesso à justiça principalmente daquelas pessoas que não tem opinião ou mesmo voz dentro de uma sociedade.

Isso porque, como informa Crespo (2012, p. 29),

nesses lugares, os pobres e os que não têm direito a opinar constituem a maioria da população e pouco participam do desenrolar da ação. Constatava que a forma como as pessoas interagiam (dentro e fora dos tribunais) gerava um grande número de conflitos e exclusão. Quando comecei a perceber o potencial dos métodos alternativos, vislumbrei que poderia ser uma solução viável para as partes envolvidas, permitindo que elas passassem do conflito à solução; em outras palavras, vi que poderia contribuir para que as pessoas passassem de uma sala onde havia muito barulho para uma sala com muita música! Ao aprender as diferentes formas de tratamento dos conflitos, os mediadores poderiam começar a estender a mesa de discussões às pessoas

envolvidas em um conflito, promovendo assim a inclusão.

Assim, possivelmente através do tribunal multiportas poderia ser proporcionado ao cidadão comum a oportunidade de exercer a participação, escolhendo o processo de resolução de conflitos, experimentando uma forma diferente de resolução de conflitos, e dispondo de novas opções, além das salas de audiências, bem como das medidas de coerção dos tribunais como principais mecanismos para resolução de conflitos.

Ademais, como adverte Vasconcelos (2018, p. 78):

Com efeito, é de conhecimento público que dificilmente a pacificação social é obtida por meio de sentença, que se resume, via de regra, à imposição de textos normativos para solucionar aquela parcela de lide levada à juízo, sem compreender a concretude do conflito, qual seja, as necessidades humanas e sociais a serem reconhecidas e pacificadas. Daí porque emana desses princípios fundamentais a necessidade do fortalecimento, no âmbito processual, do papel da cidadania democrática, comprometida com a solução pacífica das controvérsias. Essa atuação deve justamente acontecer em ambientes de transparência, de cooperação e de controle social da administração da justiça, e pelos procedimentos institucionais de mediação e de conciliação.

E continua o autor argumentando que o CPC/2015 foi inspirado no constitucionalismo contemporâneo, e prioriza a cooperação, a boa-fé, a prevalência do campo material sobre o formal, o diálogo processual entre as partes, o princípio da não surpresa das decisões judiciais, a duração razoável do processo que também reconhecem as suas disposições normativas como instrumentos para a concretização dos princípios constitucionais. Dessa forma, os princípios do Novo Processo Civil resgatam uma dívida histórica do direito processual civil para com a Constituição Federal.

Afirma ainda Vasconcelos (2018, p. 79) que

Estávamos reféns da supervalorização de processos de ganhar-perde, com ênfase para as particularidades formais, que hipertrofiavam os mecanismos adjudicatórios e aviltavam as possibilidades dos métodos autocompositivos. Conforme veremos adiante, acolhe-se, agora, no processo civil brasileiro, a estratégia de algum modo anunciada pela Resolução 125/2010 do CNJ, conhecida como sistema multiportas de acesso à justiça. Ou seja,

o Poder Judiciário não é mais um local apenas para o julgamento, mas para encaminhamentos vários e para o tratamento adequado de conflitos.

O próprio artigo 1º do CPC determina que o ordenamento processual civil brasileiro será disciplinado, interpretado e ordenado de acordo os valores e normas fundamentais. E, os valores e normas fundamentais estão insculpidos nos princípios constitucionais da CF/88. Estão previstos entre os artigos 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988, e fundamentam como a sociedade brasileira instituiu o seu Estado Democrático de Direito, e desde o preambulo da Constituição determina que

os representantes do povo brasileiro reuniram-se em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Desse modo, portanto, os próprios princípios esculpidos na CF/88 já determinam o compromisso do Estado com a solução pacífica dos conflitos, sejam eles internos ou internacionais, bem como indica que o exercício dos direitos sociais e os individuais, como também a liberdade, a segurança e o bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça são elencados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Nessa toada, mais que evidente que o próprio constituinte de 1988 já fez referência a paz social, à solução pacífica dos conflitos, bem como a vida em harmonia e o exercício dos direitos sociais.

Levando-se em consideração também que o Brasil é país de dimensões continentais, e também um país em que existe um desnível muito grande econômico e social entre os seus cidadãos, nada mais justo que seja praticado no país a solução pacífica de conflitos como sendo a forma principal de solução de conflitos, ao invés do antigo sistema adversarial anteriormente instituído como a principal fonte de controvérsia. E, sem sombra de dúvidas que as próprias partes envolvidas no litígio possam decidir por que método ele vai ser tratado e

solucionado, o que, por via de consequência, causa um empoderamento da sociedade brasileira como um todo, bem como um maior comprometimento com o próximo.

2 DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA:

2.1 Morfologia da jurisdição voluntária

A jurisdição voluntária, também conhecida por graciosa ou integrativa, importante destacar que esse tema já foi bastante discutido, e há quem diga que até hoje não se chegou a um consenso sobre a sua natureza jurídica. Mas, sendo um daqueles assuntos instigantes, pode-se dizer que até hoje não se chegou a uma conclusão definitiva se a “jurisdição voluntária” se trata de jurisdição propriamente dita, ou apenas de administração pública de interesses privados.

Entende Cassar e Borges (2018, p. 192) que

Ao contrário do que muitos pensam, o nome original do instituto a que estamos a estudar não era jurisdição voluntária, mas jurisdição graciosa. Isso se deve ao fato de que as pessoas, em priscas eras, se apresentavam espontaneamente ao magistrado para pedir a sua intervenção. As partes chegavam diante do juiz resolvidas e chamavam apenas a chancela do que já haviam decidido por si mesmas. Não havia, nem há lide: mas apenas administração pública de interesses privados, assim pensavam os antigos.

Assim, na jurisdição voluntária a atividade do juiz consiste em integrar o negócio já estabelecido pelas partes, apenas isso. E continua o autor Cassar e Borges (2018, p. 192):

Todavia, com o passar do tempo, passou-se a pensar na jurisdição voluntária, como uma das categorias da atividade jurisdicional, inclusive, pela própria evolução do conceito de jurisdição, muitas vezes maltratado. Ocorre que é preciso refletir que, embora não haja julgamento de pretensões antagônicas, destina-se, a jurisdição voluntária, a tutelar e a chancelar, à luz das regras jurídicas, aquilo que se coloca diante do Estado-juiz. Daí porque se explica que há uma decisão, no que diz respeito aos atos praticados na jurisdição voluntária.

Existem duas correntes que tratam a matéria, caracterizando o processo de jurisdição voluntária em duas posições diferentes. Uma que entende como sendo administração pública de interesses privados; e outra que entende a jurisdição voluntária como jurisdição entendendo-se essa como função do Estado.

Entretanto, essa divisão não pode ser considerada estanque, imutável, até mesmo porque o conceito de jurisdição evoluiu ao longo dos tempos, bem como com a entrada em vigor do CPC/2015, a função do processo também evoluiu.

Entende Alexandre Freitas Câmara, em sua obra “O novo processo civil brasileiro” Camara (2017, p. 35)

Chama-se jurisdição voluntária a atividade de natureza jurisdicional exercida em processos cujo objeto seja uma pretensão à integração de um negócio jurídico. Explique-se: há negócios jurídicos cujas validade e eficácia dependem de um ato judicial que o complemente, aperfeiçoando-o. É o que se dá, por exemplo, no caso de um divórcio consensual de um casal que não tenha filhos. (...) É preciso, então, que em casos assim se instaure um processo em que se veiculará pedido de integração (isto é, de complementação) do negócio jurídico. A atividade jurisdicional desenvolvida em casos assim é conhecida como jurisdição voluntária.

Dessa forma, pode-se afirmar também que a jurisdição voluntária é verdadeira atividade jurisdicional (jurisdição *stricto sensu*), já que o provimento de jurisdição voluntária será produzido através de um verdadeiro processo, no qual são respeitadas todas as garantias inerentes ao modelo constitucional do direito processual civil brasileiro. Também haverá contraditório. Há, portanto, uma certa similitude com o processo de jurisdição contenciosa.

Leciona Cintra (*et al*, 2015, p. 188), que

existem atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera das pessoas diretamente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade. Observando isso, legislador (Estado) impõe, para a validade desses atos de repercussão na vida social, a necessária participação de um órgão público. Mediante essa participação o Estado insere-se naqueles atos que do contrário seriam tipicamente privados. Ele o faz emitindo declaração de vontade, querendo o ato em si e querendo também o resultado objetivado pelas partes.

É por essa razão que, segundo essa corrente, é possível se afirmar que através dessa atividade realização a administração pública de interesses privados. E, dessa forma, trata-se de manifesta limitação aos princípios de autonomia e liberdade que caracterizam a vida jurídico-privado dos indivíduos, e essa limitação

é justificada pelo interesse social nesses atos da vida privada.

Podem ser exercidos através de órgãos do foro extrajudicial, ou mesmo através de órgãos estranhos ao Poder Judiciário, ou diretamente pelos magistrados. E de acordo com Cintra (*et al*, 2015, p.188),

A independência dos magistrados, sua idoneidade, a responsabilidade que têm perante a sociedade levam o legislador a lhes confiar importantes funções em matéria dessa chamada administração pública de interesses privados. A doutrina preponderante e já tradicional diz que são funções administrativas, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. E teriam, tanto quanto a administração pública de interesses privados exercida por outros órgãos, a finalidade constitutiva, isto é, finalidade de formação de situações jurídicas novas (atos jurídicos de direito público, conforme exposto acima).

E a esses tipos de atos que são praticados pelo juiz é que a doutrina tradicionalmente chama de jurisdição voluntária ou graciosa. Assim, entende Cintra (*et al*, 2015, p. 190) que “a doutrina tende a ver toda a atividade em que consiste a administração pública de interesses privados como tipicamente administrativa, mesmo quando exercida pelo juiz.” E acrescenta, ao definir jurisdição, que ao se analisar os elementos que caracterizam a jurisdição, os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais, porque não se visa com eles a atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; também não há caráter substitutivo, tendo em vista que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, mediante uma intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem a exclusão da vontade das partes; e o objeto final não é uma lide, pois não há um conflito de interesse entre duas pessoas, como sucederia numa atividade jurisdicional, mas o que ocorre aqui é um negócio, com a participação do magistrado, que necessariamente terá que intervir, para que o negócio tenha validade.

E continua Cintra (*et al*, 2015, p.190)

Costumam os doutrinadores ensinar ainda que, não havendo oposição de interesses em conflito, não seria adequado falar em partes, pois essa expressão traz consigo a ideia de pessoas que se situam em posições antagônicas, cada qual na defesa de seu

interesse. Além disso, pressupondo-se não se tratar de atividade jurisdicional, seria impróprio falar em ação, pois esta se conceitua como o direito (ou poder) de provocar o exercício da atividade jurisdicional, não administrativa.; pela mesma razão, não há coisa julgada em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais proferidas em sede contenciosa. Fala a doutrina, por outro lado, em procedimento, e não processo, pois este seria também ligado ao exercício da função jurisdicional contenciosa e da ação.

Conclui, assim que a jurisdição voluntária, de voluntária não tem nada, pois a instauração do procedimento em que tal função é exercida é dependente da provocação da parte interessada, vigorando, assim, a regra da inércia. Dessa forma, mesmo sendo chamada de voluntária, não há outra forma de se chegar ao resultado pretendido pela parte interessada. É certo que essa atividade tem como objetivo à pacificação social, em algumas situações particulares em que sejam de maior relevância para a sociedade como um todo. E, para o seu exercício, é preciso também se ingressar com uma petição inicial, e se formar um processo propriamente dito, mesmo que não haja uma lide nem partes envolvidas.

E, por essa razão, que a doutrina mais moderna chama atenção para a natureza efetivamente jurisdicional da jurisdição voluntária, sob a alegação de que não há porque se restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de partes bem como o de processo. De acordo com Cintra (*et al*, 2015, p. 191) “o conceito de processo, em teoria geral, vale até mesmo para funções não jurisdicionais e mesmo não estatal.”

E tanto a percepção entre a diferença entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária foi evoluindo ao longo do tempo que leciona Alvim (2018, p. 90)

Não existe um critério insuscetível de crítica para se distinguir a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, o que levou Kisch a afirmar estar fadada ao insucesso a procura de uma acentuada separação entre os domínios dessas duas espécies de jurisdição. Identicamente, pensam Weismann e Rosenberg, que julgam impossível apresentar um decisivo fundamento material para distinguir a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária.

Chiovenda também reputa imprópria a contraposição tradicional, jurisdição voluntária e contenciosa, porque entre as atividades jurisdicionais não se insere a jurisdição voluntária, que não é propriamente jurisdição.

Couture ressalta que a denominada jurisdição voluntária não é

jurisdição nem voluntária, a uma, porque a sua índole não é jurisdicional, e, a outra, porque, em muitos casos, a intervenção dos juízes é imposta pela Lei, sob pena de sanções pecuniárias ou privação do fim esperado.

Muitos atos estatais, doutrina Chiovenda, embora sejam atos de simples administração, exigem especiais garantias de autoridade nos órgãos que os praticam, pelo que é natural que o Estado se utilize, para corresponder a essas exigências, da mesma hierarquia judiciária comum; mas nem todos os atos de jurisdição voluntária são realizados pelos órgãos jurisdicionais, sendo, muitas vezes, atos de órgãos administrativos que não estão disciplinados pelo Código de Processo Civil, mas são similares aos que a lei atribui, como jurisdição, aos juízes.

Por conseguinte, para Chiovenda, a jurisdição voluntária “é uma forma especial de atividade do Estado, exercida, em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos órgãos administrativos, e pertencente à função administrativa, embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares.

A grande importância prática da distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária é que somente a contenciosa produz coisa julgada, enquanto a voluntária não produz, podendo o ato voluntário ser revisto a qualquer tempo e momento, desde que sejam respeitados os direitos adquiridos.

Já o famoso jurista Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra Instituições de Processo Civil, apresenta a seguinte definição para jurisdição voluntária Dinamarco (2016, p. 468)

Com essas características, jurisdição voluntária define-se como a atividade jurisdicional destinada a pacificar pessoas mediante a tutela a uma delas ou a ambas em casos de conflitos postos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra. Em síntese, as características distintivas da jurisdição voluntária são essas: a) é atividade jurisdicional e não administrativa; b) destina-se a tutela de pessoas em casos de conflitos, c) não consistem em dirimir diretamente conflitos entre elas, d) conseqüentemente, não são julgadas pretensões antagônicas, e) destina-se a dar tutela a uma das partes, previamente determinada, ou a ambas, sem se colocar para o juiz a escolha entre tutelar uma delas ou a outra, e (f) apesar disso, deve sempre ser exercida pelo juiz com inteira imparcialidade.

Theodoro Junior (2019, p.122), por sua vez define

Jurisdição contenciosa é a jurisdição propriamente dita, é aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Pressupõe controvérsia entre as partes (lide), a ser

solucionada pelo juiz. Na ordem constitucional, a justiça foi expressamente concebida como a prestadora da função jurisdicional necessária para tutelar os direitos lesados ou ameaçados de lesão, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV). Assim, na base do processo, por meio do qual atua a jurisdição, nos moldes constitucionais, está sempre “um conflito de interesses”, do qual decorre a pretensão deduzida em juízo, que, por sua vez revelará o litígio a ser composto pelo provimento jurisdicional.

E, para o doutrinador, de acordo com a própria definição e objetivo atual de processo, Dinamarco (2016, p. 464) afirma que

Existem situações conflituosas em que o juiz não é chamado a dirimir diretamente o conflito, mas a criar situações novas capazes de dar a desejada proteção a um dos sujeitos ou a ambos, como que administrando os interesses de um ou de todos. Tem-se nesse caso uma atividade judicial (de juízes) que tradicionalmente a doutrina inclui no quadro da administração pública de interesses privados. Tal atividade, que é a jurisdição voluntária, opor-se-ia à jurisdição contenciosa, na qual o conflito existente entre os sujeitos é posto diretamente diante do juiz e dele recebe solução favorável a um dos sujeitos e desfavorável a outro.

E Dinamarco ainda chama atenção para o fato de que o Código de Processo Civil de 1973, falava literalmente que a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, era exercida pelos juízes em todo o território nacional; enquanto que o Código de Processo Civil de 2015 não traz esse dispositivo que distingue a jurisdição em contenciosa e voluntária, mas muito pelo contrário, o legislador infraconstitucional de 2015 muda completamente de paradigma no que diz ao tema jurisdição, bem como ao tema jurisdição voluntária: No tocante à jurisdição voluntária nada menciona, apenas que “quando este código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes da Seção do artigo 719 e seguintes do CPC.

E, diante de tais argumentos, se há procedimentos a serem observados, tal como o contraditório, a motivação da decisão judicial, o princípio do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, o que se tem ali é um autêntico exercício de jurisdição efetivamente, e não apenas administração pública de interesses provados. E para finalizar, Dinamarco afirma que (2016, p. 465) “No estado atual da ciência do processo a afirmação de que a jurisdição voluntária não é jurisdição

nem voluntária não passa de um gracejo destoante dos conceitos hoje aceitos”.

Isso porque, pode-se concluir que essas características da jurisdição voluntária afastam a ideia tradicional de que ela não teria ideia jurisdicional, sendo administração (administração pública de interesses privados). Entretanto, na jurisdição voluntária é bastante tênue o escopo jurídico de atuar a vontade do direito, incluído entre as características da jurisdição e do próprio sistema processual, mas isso não basta para desfigura-la porque o direito moderno dá primazia a outros escopos, notadamente o de solucionar conflitos para pacificar pessoas.

A exclusividade do escopo jurídico da jurisdição, própria do período conceitual do direito processual civil, mas repudiada na processualística moderna, poderia ser no passado uma válida premissa para a negação do caráter jurisdicional à jurisdição voluntária, mas hoje não tem mais essa força.

Assim, em todos os casos em que o juiz é chamado a exercer a jurisdição voluntária existem sempre alguma situação conflituosa e um estado de insatisfação que afligem pessoas e necessitam solução. Mesmo que seja um conflito mais ou menos aparente ou intenso, mais ou menos explícito na demanda que é levada ao juiz e que ele terá que resolver de forma mais direta ou menos direta, de forma mais participativa ou menos participativa. Porém, é sempre a realidade social de um conflito que leva o juiz a exercer a jurisdição voluntária, tanto quanto a jurisdição contenciosa.

Há casos de jurisdição voluntária que o juiz é chamado tão somente para homologar um acordo que as partes firmaram de forma extrajudicial. Entretanto, se alguns requisitos mínimos não estiverem presentes, o juiz poderá deixar de homologar esse acordo, mesmo estando no exercício da jurisdição voluntária. Nesses casos, o juiz não foi chamado a ditar soluções por ele próprio, mas de algum modo ele estará decidindo, pois somente poderá homologar alguns acordos se alguns requisitos básicos estiverem presentes no caso concreto. E por isso, também suas decisões estarão sujeitas a recurso, sendo, portanto, também submetidas ao duplo grau de jurisdição.

Desse modo, conclui Dinamarco (2016, p.467)

é inegável que, conquanto não exposto conflito algum na petição inicial

do processo de separação judicial, é sempre um conflito que lhe dá causa. (...) Pelo aspecto teleológico o que distingue a jurisdição voluntária da contenciosa e lhe dá alguma dose de autonomia conceitual é sua destinação a dar tutela jurisdicional a um dos sujeitos do processo, sabendo-se de início a qual deles ela poderá ser dada e excluindo-se que a outro o seja. Isso se vê com bastante clareza no processo (de jurisdição voluntária – CPC, arts. 747 ss) de interdição de pessoas sem condições físicas ou psíquicas para administração de sua própria pessoa e bens.

O fato é que existe uma corrente que não acredita a jurisdição voluntária como processo de jurisdição propriamente dito, mas que se trata de administração pública de interesses privados, razão pela qual não se trata de jurisdição propriamente dita, nem mesmo de processo. Mas, sendo um daqueles assuntos instigantes, pode-se dizer que até hoje não se chegou a uma conclusão definitiva se a “jurisdição voluntária” trata-se de jurisdição propriamente dita, ou apenas de administração pública de interesses privados.

A questão é que, de acordo com Cintra (*et al*, 2015, p. 188) “Existem atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera de interesses das pessoas diferentemente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade.”

E nessa seara, para que determinados atos jurídicos privados, ou mesmo negócios jurídicos, tenham validade e também tenham repercussão na sociedade, é preciso que esses atos sejam submetidos à apreciação do Estado, seja através do Poder Judiciário, Órgãos do foro extrajudicial, ou então de algum órgão administrativo, de forma que o Estado, devido a essa participação, insere-se nos atos que seriam exclusivamente privados.

Importante salientar ainda que, de acordo com Cintra (*et al*, 2015, p.188) “a inserção que o Estado faz é emitindo declaração de vontade, querendo o ato em si e querendo também o resultado objetivado pelas partes.” E é por isso que a parte da doutrina que defende ser administração pública de interesses privados, tratando-se de uma limitação aos princípios da autonomia da vontade dos particulares, dos indivíduos, e limitação essa que é justificada pelo interesse social em alguns atos específicos da vida privada.

2.2 A jurisdição voluntária na justiça do trabalho

Há uma grande resistência por parte dos operadores do direito na seara trabalhista em utilizar os procedimentos de jurisdição voluntária existente na legislação, tendo em vista o caráter cogente das normas de proteção ao trabalhador, que por se tratarem de normas de ordem pública, a princípio, tratam de direitos irrenunciáveis.

E, nas palavras de Saad (2002, p. 267)

Poucos são os casos de jurisdição voluntária no âmbito trabalhista. Entre eles estão os estabilitários, que tinham essa condição quando da fusão dos regimes da CLT e do FGTS pela Lei nº 8036, de 11 de maio de 1990. Nos termos do artigo 500 da CLT, o pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato, e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

Para o autor, os atos que são efetivamente submetidos à jurisdição voluntária são aqueles em que a lei quer que assim se proceda. E fica evidente uma contradição porque o ato de jurisdição voluntária é obrigatório. Mas isso ocorre porque, sem a manifestação judicial, determinados casos não adquirem eficácia jurídica, e é por essa razão que o interessado obrigatoriamente terá que se socorrer do Poder Judiciário, através da jurisdição impropriamente chamada de voluntária.

De acordo com Leite (2018, p. 206)

Podemos dizer assim que os procedimentos especiais no NCPC abrangem: a) a jurisdição contenciosa, que visa à composição de litígios por meio de um processo autêntico, pois existe uma lide a ser resolvida, com a presença de partes e aplicação dos efeitos da revelia, sendo que a decisão fará coisa julgada formal e material; b) a jurisdição voluntária, que visa a participação do Estado, como mero administrador de interesses privados, para dar validade a negócios jurídicos por meio de um procedimento judicial, pois não existe lide nem partes, mas apenas interessados, sendo que a decisão proferida fará, tão somente, coisa julgada formal.

E entende o doutrinador que na seara trabalhista não existia formalmente a jurisdição voluntária, da forma como ela é prevista no processo civil. Havia apenas alguns raros casos que eram previstos pela doutrina, que são na

realidade procedimentos especiais, que a doutrina identifica como sendo procedimentos de jurisdição voluntária.

Outro exemplo de procedimento de jurisdição voluntária na justiça do trabalho, de acordo com Schiavi, (2017, p. 66):

Como exemplo, temos os requerimentos de alvarás judiciais para saques do FGTS, e também a homologação de pedidos de demissão de empregados estáveis, conforme dispõe o artigo 500 da CLT *in verbis* : “O pedido de demissão do empregado só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

Nesse mesmo sentido dispõe o Enunciado nº 63, da 1ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, do Tribunal Superior do Trabalho:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. LIBERAÇÃO DO FGTS E PAGAMENTO DO SEGURO DESEMPREGO.

Compete à Justiça do Trabalho, em procedimento de jurisdição voluntária, apreciar pedido de expedição de alvará para liberação do FGTS e de ordem judicial para pagamento do seguro desemprego, ainda que figurem como interessados os dependentes de ex-empregado falecido.

No caso, o artigo 500 da CLT exigia que os empregados que eram portadores da antiga estabilidade decenal, oriunda do artigo 492 da CLT, quando por sua livre e espontânea vontade decidissem pedir demissão do trabalho, por ato de vontade unilateral, para que esse pedido de demissão tivesse validade, teria que ser formulado perante uma das entidades legitimadas perante o artigo 500 da CLT para cancelar o término do contrato de emprego em que o obreiro estaria protegido pela estabilidade decenal.

E, de acordo com Teixeira (2018, p. 336)

(...) restaria aos interessados (o empregado e o empregador) levar o instrumento no qual estaria materializado o pedido de demissão para a Justiça do Trabalho a fim de obter a assistência de um juiz do trabalho. E este, numa cerimônia simples, mas solene, chancelaria o ato resilitório do empregado, após logicamente confirmar que era esta mesmo a sua vontade, usualmente pelo mero registro de sua homologação no corpo do mencionado

instrumento.

E esse tipo de atuação de um magistrado, diante de uma situação não contenciosa é o que corresponde a uma atividade típica de jurisdição voluntária. Ambos os interessados têm o mesmo objetivo: o reconhecimento da validade do pedido de demissão espontânea que foi feita pelo empregado que gozava de uma estabilidade decenal.

Uma terceira situação de jurisdição voluntária que se verificou na Justiça do Trabalho foi por ocasião da entrada em vigor da Lei Nº 8036/1990, que é a lei que disciplina o sistema do FGTS. O §4º da Lei disciplina sobre a questão da opção pelo Regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, podendo inclusive fazer essa opção com efeito retroativo.

De acordo com Teixeira (2018, p. 338)

Nessa atuação de homologação de atos declaratórios de reconsideração quanto a opção relacionadas ao regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o juiz do trabalho está evidentemente exercendo a jurisdição voluntária, pois a respectiva atividade constitui uma fórmula de administração pública de interesses particulares, mediante a qual o magistrado está fiscalizando a regularidade do ato de reconsideração manifestado pelo empregado e, ao cancelar a respectiva declaração, com a sua homologação, está integrando e constituindo o negócio jurídico entre os respectivos sujeitos da relação de emprego, envolvendo a aplicabilidade ou não das regras do FGTS ao respectivo contrato entre as partes.

Dessa forma, verifica-se que a intervenção estatal é necessária apenas para proporcionar segurança aos interessados envolvidos no negócio jurídico, pois entendeu o legislador que nessas hipóteses a tutela judicial daria uma maior segurança ao ato em si, e, conseqüentemente, mais segurança às partes.

Uma outra e mais rara hipótese de procedimento de jurisdição voluntária que ocorre na Justiça do Trabalho, está prevista no artigo 9º da Lei nº 7064/1982. De acordo com Teixeira (2018, p. 339)

O artigo mencionado trata de hipóteses em que através de um procedimento de homologação, por juiz do trabalho, de instrumento autorizando o levantamento pelo empregador de depósitos do FGTS recolhidos em uma conta vinculada de um empregado

transferido para o exterior, para fins de dedução de eventual pagamento previsto na legislação do país no exterior no qual ocorreu a prestação de serviços, em caso dessa mesma legislação alienígena considerar o período laboral durante a transferência como objeto de um contrato autônomo ao final do qual terá que ocorrer a “liquidação” de direitos decorrentes da respectiva cessação.

E arremata ao concluir que “o legislador brasileiro um procedimento de jurisdição voluntária por meio do qual o empregador, se desejar economizar nas despesas relacionadas ao empregado transferido, poderá até fazê-lo, mas desde que seja através de autorização judicial, para proceder ao levantamento de um valor extraído da conta do Fundo do Tempo de Serviço do empregado transferido, para fins de dedução do montante que, eventualmente, tiver que pagar ao respectivo trabalhador na hipótese de previsão na lei do local da prestação de serviço.”

Importante verificar que de acordo com o caput do artigo 9º, o empregado mesmo que transferido para outro país, o tempo de duração da transferência será computado no tempo de serviço do empregado para todos os efeitos da legislação brasileira, mesmo que a lei do local da prestação de serviços considere esta prestação como resultante de um contrato autônomo, e determine a liquidação dos direitos oriundos da respectiva cessação. Então, por esse motivo, a lei autoriza ao empregado a dedução, caso queira economizar, desde que com uma autorização de um juiz do trabalho.

Importante salientar, entretanto, que essa é a única hipótese criada pelo legislador, através do procedimento de jurisdição voluntária, não existindo a jurisdição contenciosa para esse tipo de situação. É, portanto, uma atividade jurisdicional almejada, mas sem lide. Em que pese a utilidade prática seja bastante limitada, o exemplo de utilização de um caso prático de jurisdição voluntária é perfeito.

Porém, a grande inovação trazida em termos de jurisdição voluntária, podendo-se dizer até mesmo revolucionário, foi com a reforma trabalhista, que atribuiu competência ao juiz do trabalho para homologar acordo extrajudicial firmada entre empregado e empregador, em processo perante a Justiça do Trabalho.

O assunto “processo de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho” será abordado abaixo, em tópico separado. Entretanto, importante salientar que as alterações revolucionárias que ocorreram na CLT pós-reforma, na verdade apenas acompanhou a última alteração do CPC/1973, o que foi mantido pelo CPC/2015. No dizer de Cassar e Borges (2018, p. 187):

Trata-se, sem dúvidas, de uma novidade. Em meu sentir, antes mesmo da vigência do CPC de 2015, em razão da última reforma legislativa que foi imposta ao então vigente CPC/1973, particularmente já entendia que o juiz do trabalho, de primeiro grau de jurisdição, poderia reconhecer como válida – e, portanto, simplesmente homologar – uma petição em que as partes apresentassem o desejo de auto composição. Mantendo a mesma lógica, o CPC de 2015, em seu art. 515, III, continuou reconhecendo como título executivo judicial “a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”.

O que fez agora o legislador reformista? Reconheceu, tal qual no processo civil, a autocomposição extrajudicial, devidamente homologada, como título executivo judicial. Todavia, para além do Código de Processo Civil, resolveu também disciplinar o procedimento a ser adotado para que essa autocomposição fosse válida. Teria sido um desmedido cuidado do legislador?

De qualquer sorte, alguns requisitos são imprescindíveis, sob pena de não se atribuir validade ao acordo extrajudicial, que, apesar de receber esse apelido (acordo extrajudicial), estranhamente exige um procedimento obrigatório, inclusive com análise pelo juiz acerca de seus elementos instituidores.

Dessa forma, o Legislador da Reforma só fez acompanhar efetivamente o que na realidade já vinha acontecendo na prática, só que de forma mais tímida, tendo, portanto, oficializado a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial pelo juiz do trabalho, o que antes apresentava uma enorme resistência pelos operadores do Direito do Trabalho.

Importante ainda fazer a distinção da atenção que deve ser dada ao acordo que é realizado extra processualmente. Verifique-se que, tanto a conciliação realizada em audiência, já com processo em curso, como a homologação de acordo extrajudicial são formas de autocomposição de conflito. Porém, cada uma das espécies deverá ser vista sob uma ótica diferente, pois na conciliação num processo, o objetivo da parte era obter a sentença de mérito, e “acidentalmente” firmou o acordo.

Já na homologação de acordo extrajudicial, o enfoque é diferente: através de uma autocomposição, primeiro as partes realizam um acordo, para só depois de terem ajustados os seus termos é que vão à juízo requerer a sua homologação, para que dessa forma tenham um título executivo judicial.

Por fim, o que o legislador da reforma trabalhista efetivamente fez foi trazer para a CLT uma das modalidades de jurisdição voluntária, previstas no processo civil, no caso, o acordo extrajudicial, que é uma das formas de autocomposição de resolução de conflitos.

Alguns doutrinadores apontam para a inconstitucionalidade do novo instituto, principalmente no curso do contrato de trabalho, sob pena de violar diretamente preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, dentre eles o Princípio da Igualdade (previsto no caput do art. 5º), o do controle jurisdicional, acesso à ordem justa e ao devido processo legal, previstos nos incisos XXXV e LIV da CF/88.

E, a alegação para que o processo de jurisdição voluntária não seja aceito na Justiça do Trabalho seria em virtude do estado de subordinação que o empregado se encontra em relação ao empregador, no caso o estado de dependência que o emprego ocupa diante do poder diretivo patronal. Tal fato, por si só, já desautoriza que se admita utilizar tal instante enquanto estiver vigente o contrato de trabalho entre as partes.

De fato, na grande maioria das vezes o empregado é realmente subordinado ao seu empregador, seja essa subordinação jurídica, técnica ou econômica. Entretanto, não há que se considerar a inconstitucionalidade do instituto com base nesse fato. Isso porque, levando-se em consideração que uma das formas mais efetiva de se fazer justiça, sob o aspecto social, é exatamente criar condições para que o ser humano seja responsável pela sua própria existência.

E, o procedimento ora em análise trata-se de um instrumento de pacificação de conflito de forma autônoma, pois trata-se de um dos casos de autocomposição, em que a justiça vai ser construída no caso concreto pelas próprias partes, que irão realizar o negócio jurídico, porém, terá que submeter ao Estado-juiz, que terá que homologar o acordo, dando, assim, validade ao mesmo.

Sem a chancela judicial o acordo homologado entre as partes

extrajudicialmente não terá validade. Porém, uma vez submetido ao Judiciário e validado, está sendo realizada a Justiça de forma mais democrática possível, tendo em vista que foram as próprias partes quem decidiram o que é melhor para cada uma. Não houve, na hipótese, imposição de uma sentença judicial do Estado. Como afirma Brzostek, “em verdade, a nova legislação colocou o destino dos envolvidos na relação trabalhista em suas próprias mãos, sem olvidar a figura do juiz, responsável pela verificação da higidez e equilíbrio do negócio jurídico”.

Dessa forma, a princípio não há nenhuma ofensa à Constituição Federal de 1988 a utilização do instituto na Justiça do Trabalho. Primeiro, importante lembrar que ele será submetido ao crivo do Juiz; depois as próprias partes irão negociar diretamente, ou seja, uma forma bastante democrática de se fazer justiça, sem ter que passar e aguardar a morosidade do Poder Judiciário dos nossos tempos.

Por fim, em que pese os Direitos Trabalhistas serem tratados por norma de Ordem Pública, isso não quer dizer que esse tipo de norma trate de direito absolutamente indisponível. Mas, muito pelo contrário, desde que respeitado o patamar civilizatório mínimo, tratam-se de direitos disponíveis, muitos deles que já foram flexibilizados inclusive. Tal ponto será, entretanto, tratado em tópico oportuno.

2.3 A nova competência inserida na alínea “f” do artigo 652 da CLT: Do processo para homologação de acordo extrajudicial pelo juiz do trabalho

A grande inovação em termos de processo de homologação voluntária como nunca tinha se visto na legislação brasileira foi introduzido pela Lei n. 13.467/2017, que fez uma modificação de grande porte na CLT, alterando agressivamente as normas que regem a relação de trabalho no Brasil. Dentre elas, inseriu o Capítulo III - A ao Título X da CLT, para instituir, na Justiça do Trabalho, o processo de homologação judicial de acordo extrajudicial.

De acordo com Maurício Godinho Delgado, (2017, p. 314), de fato, ao inserir a nova alínea “f” no corpo artigo 652 da CLT, a Lei da reforma trabalhista fixa a competência para o Juízo da Vara do Trabalho “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do

Trabalho.”

A inovação se fez por intermédio da introdução, na CLT, dos arts. 855-B, caput e §§ 1º e 2º, 855-C, 855-D e 855-E e parágrafo único, agora todos integrantes do novo Capítulo III-A do Título X da Consolidação.

E a inserção desse novo procedimento previsto no artigo 855 da CLT se deu em virtude de que, no bojo dessa alteração legal, foi também inserida a nova alínea "f" no art. 652 da CLT, com nova redação atribuída ao caput desse mesmo dispositivo.

O artigo 652 é uma norma de competência, que atribui competência à vara do trabalho, o correto seria atribuir competência ao juiz do trabalho, a alínea introduzida diz que cabe à justiça trabalhista: “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

De acordo com Silva (2018, p. 652):

O art. 652 sofreu breve alteração para incluir no rol de competência das varas trabalhistas a homologação dos acordos extrajudiciais. Talvez a manifestação do legislador fosse desnecessária, porque o procedimento para apresentação e chancela desse novo tipo de acordo consta expressamente dos arts. 855-B a 855-E. O fato de se tratar de um procedimento de jurisdição voluntária e a sensação de que a magistratura de primeiro grau poderá ser refratária à homologação em série de acordos extrajudiciais – para quitação do objeto do processo e do extinto contrato de trabalho, formando coisa julgada material sem que tenha sido analisado o contexto – pesaram favoravelmente à inserção da alínea ao rol de competências, antes que alguém se escusasse por esse viés. Não há garantia alguma de que os juízes irão abraçar a oficialização das antigas lides simuladas, chamadas de “cadinhas” em alguns Estados, mas, pelo menos, o legislador se esforçou.

De fato, o juiz do trabalho não é obrigado a homologar um acordo extrajudicial, porém terá que fundamentar a sua decisão. E um outro ponto que cabe chamar a atenção é nesse tipo de processo de jurisdição voluntária existe uma incongruência com a regra geral, pois como já falado anteriormente, os casos levados à juízo em procedimento de jurisdição voluntária a regra é que eles não fazem coisa julgada, até mesmo porque não há uma lide, um litígio. Por esse mesmo motivo, não há partes, mas sim interessados.

Para Luciano Martinez, em seu livro sobre comentários sobre a reforma trabalhista, o autor leciona que Martinez (2018, p. 198) “e entre essas

competências, cabe referir que passou a existir mais uma, visível na nova alínea f, a de “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.” E, continua o autor:

Os juízes do trabalho, de um modo geral, sempre foram avessos às homologações de acordos entabulados no âmbito extrajudicial e que apenas eram trazidos para a Justiça do Trabalho a fim de garantir aos empregadores a segurança da coisa julgada, mais especificamente a certeza de que o ex-empregado não mais o demandaria futuramente em torno de eventuais diferenças. A esse expediente somavam-se muitas vezes a evidência de fuga do empresariado da homologação sindical, causando aos magistrados a sensação de que eles estariam a atuar como verdadeiros assistentes da parte mais vulnerável. Associava-se a tudo isso a certeza dos próprios juízes que não poderiam admitir que qualquer das partes se servisse do processo para praticar ato simulado (lide simulada) ou para conseguir fim vedado por lei.

E, portanto, a lei da reforma trabalhista mudou a realidade, tendo causado duas modificações bastante relevantes, pois ao mesmo tempo que revogou o §1º do artigo 477 da CLT, que determinava que as rescisões dos contratos de trabalho com mais de um ano de vigência teriam que ser homologados perante o sindicato de classe do trabalhador, também institucionalizou o uso do Poder Judiciário como órgão homologador das rescisões contratuais, tendo atribuído inclusive competência à vara do trabalho para homologar as rescisões contratuais, através de acordo extrajudiciais firmados diretamente pelas partes.

Assim, a partir da reforma trabalhista, as varas do trabalho, nos termos do artigo 855-B e seguintes da CLT tem competência para recepcionar o dirimir os processos de homologação de acordo extrajudicial.

Porém, a novidade apresentada pelo legislador reformista, já vinha sendo praticada não só a Justiça do Trabalho, mas também já há previsão expressa à homologação de acordo extrajudicial no inciso III, do artigo 515 do CPC. Na verdade, a celebração de um acordo extrajudicial é a mesma coisa que a realização de um negócio jurídico entre as partes. E, as regras que dão validade a realização de um negócio jurídico entre partes estão previstas no Código Civil, tema esse que não será abordado nesse tópico, mas em capítulo oportuno.

E o que ocorreu foi que a última reforma do CPC/1973 já autorizou o

pedido de homologação pelo Poder Judiciário, de um acordo ou negócio jurídico realizado extrajudicialmente entre as partes. A grande diferença de ter o negócio jurídico homologado, é que torna o título executivo judicial, caso precise acionar a parte contrária no caso de não cumprir com o que foi pactuado.

A aplicação da Lei 13.467/2017 neste aspecto pode abarrotar o judiciário com este novo tipo de processo, causando um efeito reverso, tendo em vista que o papel dos sindicatos em homologar rescisões de contrato de trabalho não é mais obrigatório. Importante ressaltar que, pelo que se constata, o legislador pressupõe a boa-fé das partes, e que o instituto seja utilizado com seriedade pelos operadores do direito.

Apreciando por esta ótica, e presumindo a boa fé dos acordantes, incisar-se-á um estudo acerca da necessidade da intervenção judicial nos acordos extrajudiciais propostos para homologação nas varas do trabalho do Estado de Pernambuco, bem como a quantidade de acordos efetivamente homologados sem a necessidade de ajustes ou de audiências para esclarecimentos de pontos que venham a prejudicar quaisquer das partes, com a tentativa de burlar os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Observar-se-á também a quantidade de acordos que não foram homologados, bem como os motivos que levaram os magistrados a não homologar esses acordos, tendo em vista que os juízes não são obrigados a homologar os acordos que forem submetidos à homologação pelo Poder Judiciário, mas apenas aqueles que preencherem determinados requisitos mínimos.

Como menciona Manoel Antônio Teixeira Filho (2017, p. 186), “o novo capítulo apresentado pelo legislador pátrio trata-se de uma questão intrigante, pois a norma está a versar sobre o acordo extrajudicial como modalidade de negócio jurídico bilateral, sinônimo de transação ou conciliação. Porém, eliminou do sindicato a função de homologar as rescisões contratuais, para aqueles empregados com mais de um ano de emprego, a partir do momento em que revogou o §1º do artigo 477 da CLT. Assim, ao invés de o sindicato, o juiz passaria a ser o “Órgão homologador”, através do procedimento de jurisdição voluntária.

Como já mencionado no relatório do substitutivo apresentado pelo Deputado Roberto Marinho, uma de nossas preocupações é de reduzir a litigiosidade das relações trabalhistas, e a forma pela qual estamos buscando implementar esse intento é estimular a conciliação extrajudicial. (...) Esperamos que, ao trazer

expressamente para a lei a previsão de uma sistemática para homologar judicialmente as rescisões trabalhistas, conseguiremos a almejada segurança jurídica para esses instrumentos rescisórios, reduzindo, conseqüentemente, o número de ações trabalhistas e o custo judicial.

Dessa forma, o que há pouco se denominou de questão instigante, transforma-se num enigma proposto, que só com o passar do tempo será efetivamente desvendado. Vejamos:

A partir do momento em que a Lei da Reforma Trabalhista revogou os §§ 1º, 3º e 7º todos do artigo 477 da CLT, indaga-se a quem será submetida a assistência da rescisão contratual se o trabalhador se recusar a realizar o acordo, ou mesmo o juiz recusar-se a homologar, conforme faculdade do artigo 855-E, §único da CLT?

Nesse caso, a rescisão contratual ficará sem assistência ou sem homologação? Indaga-se também: pela antiga Lei, qualquer vínculo empregatício com mais de um ano de contrato de trabalho, se o empregado fosse dispensado sem justa causa pelo empregador, a rescisão do contrato de trabalho deveria ser homologada perante o sindicato de classe do obreiro.

Com a modificação, e a revogação dos mencionados §§ do artigo 477 da CLT, o sindicato a partir da entrada em vigor da nova Lei não precisa mais homologar nenhum tipo de rescisão contratual. Ou seja, a partir de 13 de novembro de 2017 não existirá mais homologação perante o sindicato dos empregados.

E, ao serem demitidos, empregadores deverão calcular as verbas rescisórias dos seus empregados, e pagar o que entender ser devido. No caso de esse aceitar, poderá haver o pedido de homologação de acordo extrajudicial firmado, o que dará eficácia liberatória dos títulos elencados no acordo. Mas, esse pedido de homologação extrajudicial firmado, não é obrigatório, não é um requisito essencial, é apenas uma possibilidade, caso as partes entendam necessário, apenas para “judicializar” o acordo firmado extrajudicialmente.

Ainda, por outros métodos consensuais de solução de conflitos poderão as partes procurar a composição, sem que seja através do Poder Judiciário, como pela mediação, por exemplo, tendo em vista a morosidade do Poder Judiciário, face ao grande volume de processos.

Entretanto, será que esse novo procedimento ocasionará um esvaziamento de processos perante a Justiça do Trabalho? Será que a partir de agora as varas não

irão ficar abarrotadas de procedimentos de jurisdição voluntária, com pedido de homologação de acordo extrajudicial?

Importante observar também que, o juiz poderá designar audiência para ouvir as partes, se entender necessário, bem como não é obrigado a homologar, de forma que da decisão que não homologar é possível a interposição de recurso ordinário para a 2ª instância. Ainda, depois de transitado em julgado a decisão que homologou, ainda é discutível se é possível a interposição de Ação Rescisória ou de Ação Anulatória, para a discussão de possível vício que venha a ser descoberto no presente título?

Por outro lado, a homologação de acordos também só irá atingir títulos que foram objeto da petição, de modo que o ex-empregado não estará impedido de ingressar com uma nova ação, com novos pedidos, que não foram inicialmente firmados na homologação extrajudicial.

Um dos argumentos do Poder Legislativo é que, a partir do momento em que a homologação de rescisão contratual deixa de ser competência dos sindicatos representativos das categorias, através da revogação dos §§ 1º, 3º e 7º do artigo 477 da CLT, transferiu essa incumbência para o Poder Judiciário, mesmo que tenha criado um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há litígio, mas interesses, e não há partes, mas interessados.

Essa é uma dúvida que só com o passar dos primeiros meses, ou mesmo dos primeiros anos da reforma trabalhista que vamos saber de como foi o comportamento do jurisdicionado nesse aspecto.

2.4 Da estatística do TRT/6 no tocante ao processo de homologação de acordo extrajudicial

Após uma análise da evolução do número de processos de homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho, facilmente verifica-se o grande aumento nesse tipo de procedimento na Justiça do Trabalho em todo Estado de Pernambuco.

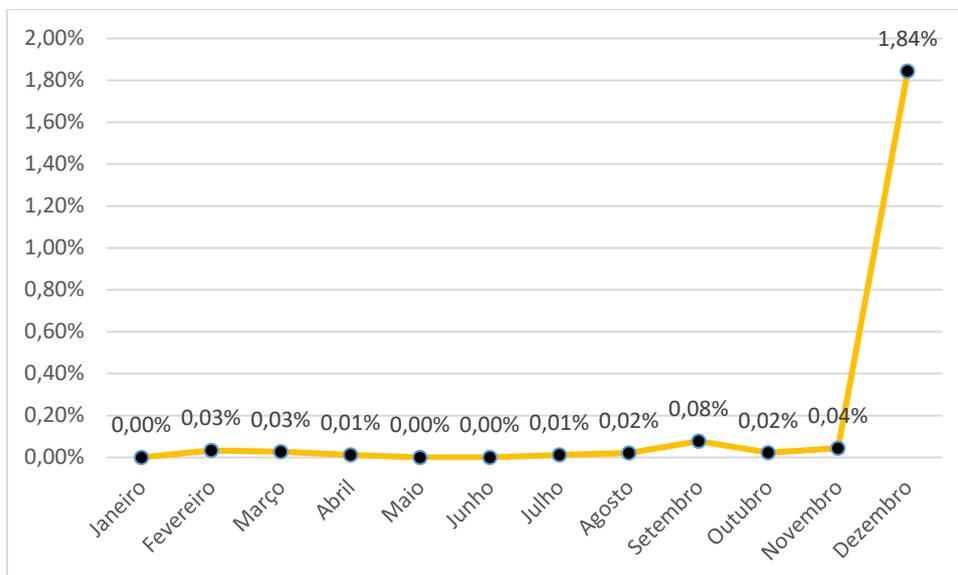
Em 2017, no ano anterior à Reforma Trabalhista, (2018), foram ajuizados 73 processos de pedidos de homologação de acordo extrajudicial ao juiz do trabalho: Sendo 3 pedidos no mês de fevereiro, 3 no mês de março, 1 no mês de abril, 1 no

mês de julho, 2 no mês de agosto, 6 no mês de setembro, 2 no mês de outubro, 5 no mês de novembro e 50 no mês de dezembro, como vemos na Tabela 1, abaixo:

Tabela 1: Número de Ações Trabalhistas Recebidas por Distribuição no 1º Grau - Por Rito Ordinário, Sumaríssimo e outras (De janeiro a dezembro - 2017)

Período Antes Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017)					
Mês	2017				
	Rito Ordinário	Rito Sumaríssimo	Demais Ações	Homologação de T. Extra-Judicial	Total
Janeiro	5.353	1.850	284	0	7.487
Fevereiro	6.326	2.427	307	3	9.063
Março	7.754	2.582	384	3	10.723
Abril	6.050	1.857	323	1	8.231
Mai	7.037	2.449	356	0	9.842
Junho	6.080	1.905	284	0	8.269
Julho	6.486	2.031	328	1	8.846
Agosto	7.015	2.297	368	2	9.682
Setembro	5.452	1.992	303	6	7.753
Outubro	6.567	2.007	374	2	8.950
Novembro	8.524	2.451	412	5	11.392
Dezembro	1.086	1.396	180	50	2.712
Total	73.730	25.244	3.903	73	102.950

Fonte: Sistema e-Gestão.

Gráfico 1: Homologação de T. Extra Judicia - 2017 (%)

Fonte: O Autor, 2020

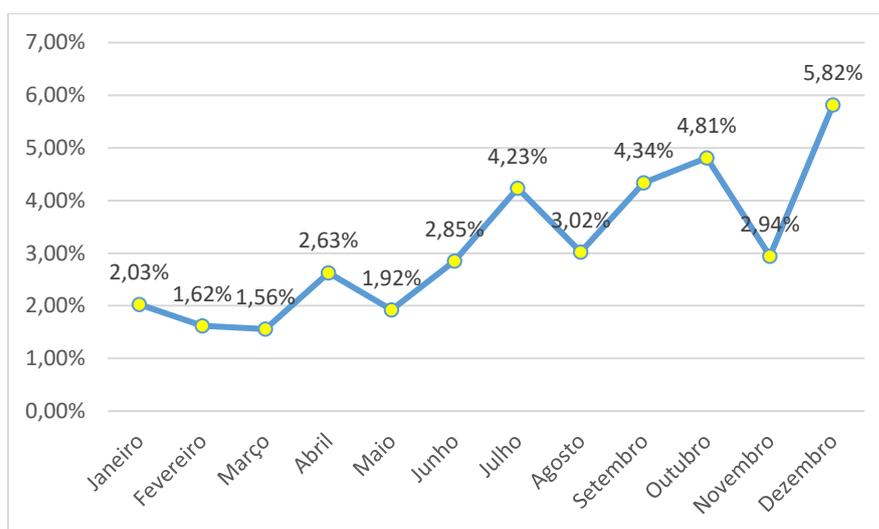
Ao se verificar os números do mesmo tipo de processo que foram ajuizados no ano de 2019, o número total de processos de homologação de acordo extrajudicial no ano seguinte foi de 2.128 ao longo dos 12 meses do ano, em todo o Estado de Pernambuco, sendo distribuídos da seguinte forma: Janeiro 76, fevereiro 73, março 99, abril 173, maio 137, junho 159, julho 264, agosto 197, setembro 217, outubro 284, novembro 169, dezembro 280, conforme Tabela 2, a seguir:

Tabela 2: Número de Ações Trabalhistas Recebidas por Distribuição no 1º Grau - Por Rito Ordinário, Sumaríssimo e outras (De janeiro a dezembro - 2018)

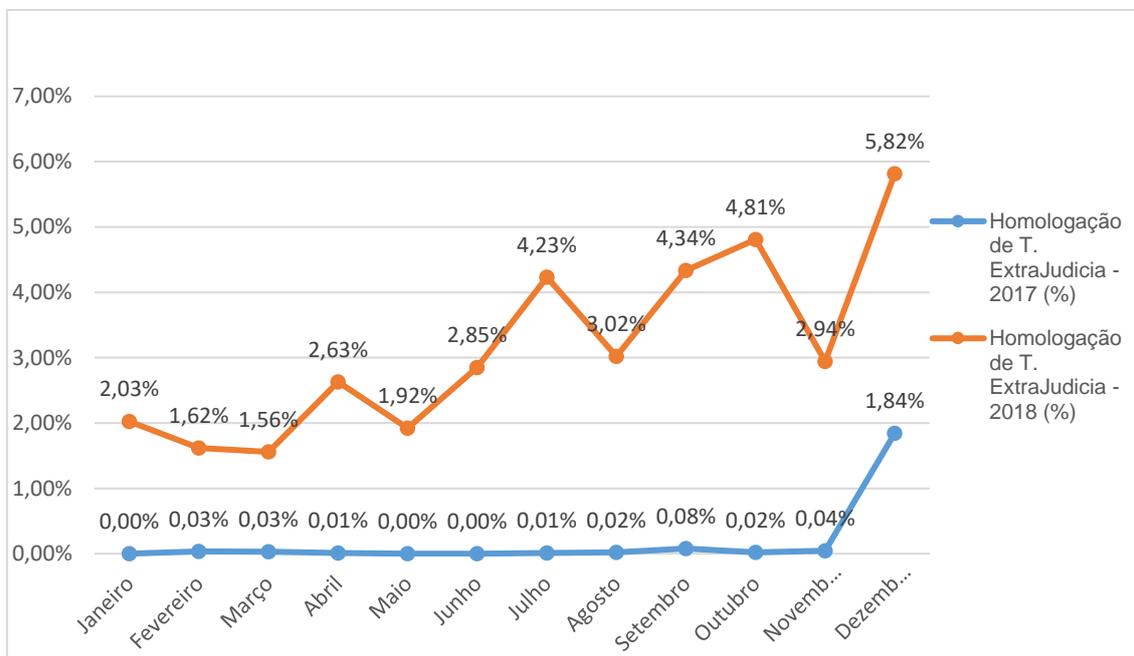
Período Após Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017)					
Mês	2018				
	Rito Ordinário	Rito Sumaríssimo	Demais Ações	Homologação de T. Extra-Judicial	Total
Janeiro	1.278	2.157	241	76	3.752
Fevereiro	1.611	2.601	228	73	4.513
Março	2.268	3.571	415	99	6.353
Abril	2.473	3.578	354	173	6.578
Maio	2.992	3.673	322	137	7.124
Junho	2.339	2.767	314	159	5.579
Julho	2.421	3.117	434	264	6.236
Agosto	2.400	3.299	628	197	6.524
Setembro	1.802	2.609	376	217	5.004
Outubro	2.272	2.907	441	284	5.904
Novembro	2.160	2.954	459	169	5.742
Dezembro	1.569	2.407	558	280	4.814
Total	25.585	35.640	4.770	2.128	68.123

Fonte: Sistema e-Gestão.

Gráfico 2: Homologação de T. Extra Judicia - 2018 (%)



Fonte: O Autor, 2020

Gráfico 3: Homologação de T. Extra Judicial 2017/2018- Variação (%)

Fonte: O Autor, 2020

Dessa forma, no ano de 2018 foram ajuizadas 2.055 processos a mais que em 2017. Ou seja, houve um crescimento de 2.815%. E, diante dos números apresentados, chega-se à conclusão que as partes e os operadores do direito tomaram consciência ao utilizar esse tipo de procedimento, que é muito mais célere e útil para as partes, tendo em vista que ela mesma irá construir junto com a parte contrária o melhor direito para elas, ao invés de ter um terceiro desinteressado que vem para dirimir a causa.

2.5 Do procedimento para a homologação do acordo extrajudicial pelo juiz do trabalho

De acordo com Maurício Godinho Delgado, (2017, p. 314), de fato, ao inserir a nova alínea “f” no corpo artigo 652 da CLT, a Lei da reforma trabalhista fixa a competência para o Juízo da Vara do Trabalho “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.” E isso para se evitar que os juízes do trabalho tivessem maiores problemas com relação à sua

competência.

E tal mudança visa explicitar a competência judicial do Juiz da Vara do Trabalho para o instituto novo criado pela Lei da Reforma Trabalhista, por intermédio do novo Capítulo III-A que foi inserido no Título X da CLT (artigos 855-B até 855-E CLT), e que trata o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, conforme o permissivo da alínea “f” do art. 652, caput da Consolidação das Leis do Trabalho, onde expressamente inclui na esfera judicial trabalhista a homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114 da CF/88.

Dessa forma, desde que o acordo extrajudicial envolva interesses que possam ser objetos de uma transação e cuja matéria se encontra dentro do âmbito dos limites estabelecidos pelos incisos do artigo 114 da CF/88, será da competência material dos juízes do Trabalho, e o exercício da respectiva atividade jurisdicional nova introduzida pela Lei nº 13.467/2017.

Acertadamente leciona Teixeira (2018, p. 344):

Ao estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, o texto do artigo 114 não deixa dúvidas quanto à admissibilidade de atividade jurisdicional dos juízes do trabalho em sede de jurisdição voluntária, administrando interesses privados numa função de gestão de natureza integrativa própria da jurisdição graciosa. Mas a atuação do juiz do trabalho no exercício da jurisdição voluntária peculiar ao procedimento de homologação de acordo extrajudicial vai além de uma função meramente “certificante”, como será abordada na próxima sessão.

Conforme mencionado por Delgado (2017, p. 352), a Lei n. 13.467/2017 instituiu o procedimento de jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial, no novo Capítulo III-A do Título da CLT, formado pelos arts. 855-B até 855-E.

Para enfatizar a competência do Juiz do Trabalho em exercício na respectiva Vara do Trabalho, inseriu também a nova alínea “f” no art. 652 da CLT, conferindo nova redação ao caput do mencionado preceito legal. O procedimento segue o rito estabelecido nos dispositivos integrantes do novo Capítulo III-A mencionado.

Desse modo, todos os requisitos para o pedido de homologação do acordo

extrajudicial estão inseridos nos artigos 855-B ao 855-E do novo capítulo da CLT. E, o primeiro deles é que o acordo extrajudicial tem que ser apresentado por petição conjunta, que deve ser subscrita necessariamente também por advogado de cada uma das partes, além da assinatura pessoal da parte, se for o caso.

Importante, antes mesmo de se fazer considerações acerca da nova competência atribuída aos juízes do trabalho, importante destacar que o novo instituto sofreu severas críticas e preconceitos por parte inclusive dos próprios juízes do trabalho. Afirma Martinez (2018, p. 198) que:

Os juízes do trabalho, de um modo geral, sempre foram avessos às homologações de acordos entabulados no âmbito extrajudicial e que apenas eram trazidos para a Justiça do Trabalho a fim de garantir aos empregados a segurança da coisa julgada, mais especificamente a certeza de que o ex-empregado não mais o demandaria futuramente em torno de eventuais diferenças. A esse expediente somavam-se muitas vezes a evidencia de fuga do empresariado da homologação sindical, causando aos magistrados a sensação de que eles estariam a atuar como verdadeiros assistentes da parte mais vulnerável. Associava-se a tudo isso a certeza dos próprios juízes de que não poderiam admitir que qualquer das partes se servisse do processo para praticar ato simulado (lide simulada) ou para conseguir fim vedado por lei.

Chama-se atenção aqui, que para se ingressar perante o judiciário com um requerimento de homologação de um acordo extrajudicial, o meio adequado é uma petição inicial. E essa petição inicial é uma peça, nos mesmos moldes que uma petição inicial de uma Ação Trabalhista, devendo a mesma inclusive ser acompanhada com todos os documentos exigidos pela Lei que instruem a petição inicial da Reclamação Trabalhista. Assim, a peça de ingresso em si é a mesma de uma petição inicial.

Dessa forma, na petição conjunta deverá conter a assinatura de 2 (dois) advogados, um representante do trabalhador, e outro representante do empregador. Em se tratando do trabalhador, o seu advogado pode ser o mesmo de seu sindicato profissional, naturalmente, sendo vedada, entretanto, a representação comum, efetivada pelo mesmo advogado (art. 855-B, caput e § 1º).

A Lei da Reforma Trabalhista não faz nenhum comentário no caso de em se tratando de empregador, se esse poderá contratar advogado do sindicato de sua categoria profissional. Contudo, se ao mencionar que o trabalhador poderá contratar

advogado de seu sindicato de classe, analogicamente, o empregador não estaria proibido de também contratar advogado de sindicato da categoria econômica que lhes representa.

Cabe mencionar aqui uma primeira “inconsistência” entre a nova exigência legal, de que a petição deve necessariamente vir assinada por um advogado representante do trabalhador, face à possibilidade do exercício do “*jus postulandi*” na Justiça do Trabalho pelas partes, nos termos do artigo 791 da CLT.

Entretanto, neste caso específico de processo de pedido de homologação de acordo formulado pelas partes extrajudicialmente, a petição terá que necessariamente ser assinada por 2 (dois) advogados, sendo um de cada parte, já que se trata de uma petição conjunta. Essa exigência se dá em virtude da proteção que goza os direitos trabalhistas, que se trata de verbas de caráter salarial, e que se supõe que o fato de o trabalhador estar representado por seu advogado na realização do acordo, ele correria menos riscos de prejuízos futuros no acordo firmado.

Foi, portanto, uma cautela do legislador além de exigir a presença de advogados, impor que sejam advogados distintos para cada parte. É, portanto, uma forma de garantir a veracidade da declaração de vontade das partes, e que caso o acordo não venha a ser homologado, cada advogado esteja livre para agir com mais independência no interesse de seu cliente.

Concorda com a restrição dada pelo legislador Leite (2018, p. 208):

Não nos parece razoável a possibilidade de as partes (empregado e empregador) poderem ser representadas por advogado comum, pois o empregado é a parte mais vulnerável na desigual relação de direito material de trabalho, e o acordo entabulado, na verdade, caracteriza autêntica renúncia de direitos, mormente em situações de desemprego estrutural com a que vivemos atualmente. De toda sorte, pensamos que o juiz do trabalho deve ter a máxima cautela para “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial” (CLT, art. 652, f), sob pena de se tornar o principal protagonista do desmonte de sistema de proteção jurídica dos direitos humanos dos trabalhadores brasileiros.

Não é pelo fato de o processo de homologação de acordo extrajudicial que necessariamente vai garantir a lisura do procedimento. Mas, de toda forma, importante lembrar que além de ter sido uma preocupação maior do legislador em dar mais solenidade ao caso, com o objetivo de prevenir a utilização da fórmula com desvios,

mas a própria Constituição Federal que dá ao advogado o status de agente indispensável à administração da justiça. É, portanto, uma forma de se tentar prevenir certos abusos.

Esclarece o art. 855-C da Consolidação que se o acordo versar sobre verbas rescisórias, ele não tem o condão de afastar o prazo de acerto rescisório fixado no art. 477 da CLT (até 10 dias contados a partir do término do contrato), além de não afastar a aplicação da multa rescisória estipulada no § 8º desse art. 477, se for o caso. Dessa forma, o prazo volta a contar após a homologação ou não do acordo, que será uma sentença de mérito.

O processo de homologação de acordo extrajudicial não tem como objetivo único a chancela do juiz do trabalho para homologar as rescisões contratuais, principalmente levando-se em consideração a revogação do §1º do artigo 477 da CLT. Mas, uma das conclusões a que se pode chegar é que provavelmente existirão muitos processos de jurisdição voluntária com pedidos de homologação da rescisão contratual, tendo em vista que o sindicato deixou de ser órgão competente para homologar a rescisão de empregados com mais de 1 ano de emprego.

Porém, nos casos em que a petição de homologação de acordo extrajudicial venha a tratar sobre extinção de contrato de trabalho, e conseqüentemente o pagamento das verbas rescisórias, o prazo prescricional das parcelas indicadas no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho deverão ser pagar dentro do prazo previstos no §6º do art. 477 da CLT, sob pena da incidência da multa prevista no §8º do mesmo artigo. Assim, o prazo para pagamento tem que ser respeitado independentemente de homologação ou não.

No caso de entender necessário, o juiz também deverá designar audiência para sanar eventuais dúvidas, esclarecer os fatos que entender necessários para a homologação do acordo. Contudo, o artigo 855-D da CLT determina que o juiz terá um prazo de 15 dias para analisar o acordo e designar audiência, se entender necessário. Porém, como se sabe, muitas vezes não há como se cumprir esse prazo, tendo em vista as extensas e longas pautas das varas do trabalho pelos mais diversos Tribunais do país.

Esse não é, entretanto, o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, que afirma que essa audiência deverá ser obrigatória. Leite (2018, p. 208) afirma que:

Vale dizer, é imprescindível a oitiva das partes em audiência, para que ratifiquem perante o Juiz os termos do acordo extrajudicial, evitando-se, assim, eventuais fraudes ou lides simuladas.

Do contrário, a Justiça do Trabalho se transformará em mero órgão cartorário homologador de rescisões de contratos de trabalho, em substituição aos sindicatos e aos órgãos do Ministério do Trabalho, Ministério Público, Defensoria Pública ou Juiz de Paz, como previam o §§1º e 3º do art. 477 da CLT, revogados expressamente pelo art. 5º, I, j, da Lei n. 13. 467/2017.

Contudo, esse não é o entendimento majoritário. A audiência só deverá ser designada caso o magistrado realmente entenda necessário. Martinez (2018, p. 199) afirma que "(...) que deverá ser analisada no prazo de 15 (quinze) dias com designação de audiência, se o magistrado a entender necessária(...)". Da mesma forma é o entendimento de Homero, que afirma que a audiência só deverá ser designada caso o magistrado entenda necessário (2018, p. 629) "Muito importante é saber como o juiz do trabalho operará a homologação. O artigo 855-D apresenta algumas pistas ao dizer que o juiz "analisará o acordo", poderá designar audiência para tirar dúvidas e proferirá sentença." Dessa forma, a audiência não é obrigatória, só se o juiz entender realmente necessária. O objetivo do processo de homologação do acordo extrajudicial é a celeridade.

Dispõe ainda o art. 855-D que o Juiz, no prazo de 15 dias da distribuição da petição, "analisará o acordo, designando audiência se entender necessário e proferirá sentença".

Importante salientar que o Magistrado não está vinculado ao estabelecido no acordo extrajudicial, podendo, inclusive, recusar a homologação pretendida. Resta claro, portanto, que o magistrado jamais poderá homologar um acordo extrajudicial contra a Lei, ou mesmo que um empregado abra mão de seus direitos trabalhistas. E, o acordo extrajudicial proposto na Justiça do Trabalho, tem que necessariamente versar sobre matéria de sua competência, nos termos da competência delimitada no artigo 114 da CF/88.

Importante salientar também que a recusa, pelo Magistrado, na homologação do acordo pode ser total ou apenas parcial. Ilustrativamente, a recusa quanto à descaracterização de verbas salariais em indenizatórias, para fins de burla aos recolhimentos imperativos legais (no caso, para determinar o correto recolhimento, por exemplo); ou recusa quanto à amplitude da quitação lançada na

petição de acordo (no caso, para fixar os corretos limites da quitação, por exemplo).

Fundamental, entretanto, que ao decidir por não homologar o acordo extrajudicial, ou mesmo por homologar apenas em parte, a decisão do magistrado terá de ser devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX da CF/88.

Homologada integralmente a petição de homologação do acordo, a única hipótese de recurso é a prevista no artigo 831 da CLT, § único, de interposição de Recurso Ordinário pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, caso a Autarquia entenda existir irregularidades nos créditos a que faz jus, após ser intimada. Nessa hipótese, não caberá Recurso Ordinário pelas partes.

A decisão judicial de recusa total ou parcial à homologação do acordo é passível de recurso ordinário, tendo em vista que o próprio artigo 855-D menciona que se necessário, o magistrado proferirá sentença, e ainda dentro da lógica do novo procedimento instituído, pois se trata de decisão terminativa do feito, no âmbito do 1º grau de jurisdição (art. 893, caput, inciso II e §1º, in fine, combinado com o artigo 895, caput, e inciso I, todos da CLT).

Ainda, depois de transitado em julgado a decisão homologatória, é discutível se é passível de interposição de Ação Rescisória ou de Ação Anulatória, uma vez que terá o mesmo efeito que um acordo homologado num processo judicial, ou mesmo que uma sentença judicial transitada em julgada, em que pese seja num procedimento judicial de jurisdição voluntária, razão pela qual será preciso se analisar se após o trânsito em julgado da decisão, será cabível Ação Anulatória ou Ação Rescisória.

O protocolo da petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional relativo à ação “quanto aos direitos nela especificados” (art. 855-E, caput). O prazo prescricional voltará a correr no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo” (parágrafo único do art. 855-E da CLT).

De acordo com Silva (2018, p. 191)

A ideia é correta e racional, mas de pequena consequência prática. Poderia ter algum sentido se o acordo fosse 1 (um) ano e 11 (onze) meses depois da rescisão, de modo a proteger o empregado contra a influência do biênio prescricional, mas, a rigor, esse acordo será sacado logo nos primeiros dias após a rescisão. Alguns advogados mais habilidosos vão se lembrar de pedir a suspensão também do

quinquênio prescricional, ou seja, se e quando for ajuizada a ação trabalhista típica, o prazo de 5 (cinco) anos deverá ser computado com a exclusão do período de tramitação do pedido de acordo extrajudicial. Confusão à vista.

Importante mencionar também que a novidade trazida pela Reforma Trabalhista não se aplica apenas para os casos de distrato previstos no artigo 484-A da CLT, conforme bem menciona Cassar e Borges (2018, p. 508-509):

hipótese, aliás, com a qual o juiz deve tomar muito cuidado para não gerar a eficácia liberatória geral tão desejada pelos empresários. Aliás, a regra é que o distrato ocorra extrajudicialmente, como qualquer outra modalidade de extinção do contrato, não necessitando da necessidade da chancela judicial. Excepcionalmente, ele deve vir como petição inicial para sua ratificação. Neste caso, o prazo da prescrição das parcelas indicadas no distrato estará suspenso e só voltará a correr com o trânsito em julgado da decisão que negar a homologação.

No caso em tela, o objetivo do Legislador pátrio é fazer com que haja uma diminuição no número de processos ajuizados perante a justiça do trabalho. Nesse caso, é criado um procedimento de jurisdição voluntária, para que o magistrado possa homologar o acordo firmado extrajudicialmente pelas partes.

Da leitura dos artigos acima indicados que tratam do processo de homologação de acordo extrajudicial pelo juiz do trabalho, alguns pontos já chamam atenção: i) O artigo 855-D fala em “sentença”; ii) O artigo 855-E § único fala em “decisão”. Então isso poderá gerar alguma discussão acerca da natureza jurídica da decisão que homologa ou rejeita o acordo, e, conseqüentemente, o remédio jurídico adequado para a sua desconstituição: se é possível a interposição de mandado de segurança, ação rescisória ou ação anulatória.

Para a resposta objetiva, deve-se levar em consideração todos os detalhes que regem o Processo do Trabalho. Primeiramente, a decisão que homologa integralmente a petição de acordo transita em julgado imediatamente, sendo, portanto, irrecurável, nos termos do artigo 831 da CLT. E, nessa hipótese, essa decisão só poderia ser desconstituída através de ação rescisória, uma vez que o TST por meio da Súmula nº 259 entendeu que apenas através da ação rescisória como o meio de impugnação do termo de acordo judicial.

Leciona Teixeira (2018, p. 349) que

O caminho mais em sintonia com as qualidades, antigas e novas, do modelo processual trabalhista, entretanto, conduzem a ideia de que a ação rescisória se revela mais adequada para postular invalidação da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho.

Já no segundo ano de vigência do Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho ainda mantém intacto texto da Súmula nº 259, que consagra a ação rescisória como o meio de impugnação do termo de conciliação judicial, ressalvada a hipótese de recurso ordinário interposto pela Fazenda Pública quanto a questões previdenciárias.

E o próprio texto do artigo 855-E é explícito ao enfatizar que faz coisa julgada material, que é típica de ação rescisória, a decisão que deixar de homologar a petição de acordo extrajudicial, seja total ou parcialmente. E, sendo a coisa julgada material o tipo de coisa julgada típica da pretensão rescindenda da ação rescisória, não haveria melhor entendimento do que ser a ação rescisória o remédio mais adequado para se atacar as decisões que negaram a homologação de acordo extrajudicial.

E, de acordo com Teixeira Filho (2017, p. 46)

Do ponto de vista objetivo, é inegável que a ação rescisória não se apresenta como recurso, pois o art. 944 do CPC não a inclui no rol dos remédios dessa natureza, tratando-a, como dissemos, como autêntica ação (arts. 966 a 975). Logo, a rescisória deve ser elaborada com a observância dos requisitos medulares previstos no art. 319, podendo ser indeferida; exige citação da parte contrária (CPC, art. 970), em prazo variável (ibidem) e enseja a produção de provas (CPC, art. 972).

E, continua o grande doutrinador: “O máximo que se pode transigir, no tema em exame, é que a ação rescisória possua “alma” de recurso (Liebman), embora o seu escopo seja, fundamentalmente, de ação.” Então, só se rescinde o ato jurídico que existe, que é eficaz, porque desse ato declaram-se a sua inexistência e a sua ineficácia. Já o ato nulo não se rescinde, se desconstitui, porque ele não tem validade.

E, continua Teixeira Filho (2017, p. 93)

A ação rescisória foi, teleologicamente, instituída para desfazer a coisa julgada (material). A autoridade e a intangibilidade da *res iudicata* não representam, portanto, valores absolutos, porquanto

o mesmo texto constitucional, que ordena e respeita às sentenças passadas em julgado (art. 5º, XXXVI), faz expressa referência à rescisória (art. 102, I, j), que, como dissemos, é o remédio que o nosso ordenamento processual reserva para o ataque (=desconstituição) aos pronunciamentos da jurisdição em relação aos quais já se esgotaram as vias recursais.

Dessa forma, é imprescindível que tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão para que haja a interposição da ação rescisória.

E, como poderá se observar dos termos do §único do artigo 831 da CLT, o termo de conciliação que for lavrado nos autos será uma decisão irrecorrível, exceto para a Previdência Social, no tocante às contribuições que lhes forem devidas, resultantes do acordo homologado. Nessa toada, não há outro remédio mais adequado do que a ação rescisória para atacar a decisão que não homologou o acordo extrajudicial, depois que ocorreu o trânsito em julgado, já que essa é uma condição essencial.

Admitir a possibilidade de atacar a decisão que homologou o acordo extrajudicial através de ação anulatória seria abrir portas para um caminho tortuoso no processo do trabalho nessa hipótese, pois estaria permitindo-se “atacar” a mesma decisão através de dois remédios processuais: um quando ele não fosse homologado pelo juiz, a ação rescisória; e outro quando ele fosse homologado pelo juiz, a ação anulatória.

2.6 Do negócio jurídico

O propósito de se abordar o tema Negócio Jurídico exatamente no procedimento para a homologação de acordo extrajudicial, é que essa homologação de acordo extrajudicial nada mais é do que um negócio jurídico firmado entre as partes. É importante se verificar, primeiramente, se estão presentes os requisitos previstos no Código Civil para a realização e validade de um negócio jurídico. E, num momento em que o Brasil edita um novo Código de Processo Civil em 2015, e posteriormente faz uma reforma de grande porte na Legislação Trabalhista em 2017, através da LRT, é de se considerar também que o Direito Civil está se modernizando, adquirindo uma roupagem mais moderna, acompanhando, dessa forma, o desenvolvimento da sociedade.

Venosa (2003, p. 369) define o negócio jurídico como sendo

Fundamentalmente, consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico, embora haja profundas divergências na em sua conceituação na doutrina. Trata-se de uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades que oferece o universo jurídico.

De acordo com o doutrinador acima mencionado, ele comunga do entendimento de que há, inclusive na doutrina estrangeira, entendimento ponderável no sentido de que a conceituação do negócio jurídico já se encontra superada. Isso por conta da evolução dos estudos mais recentes, bem como pelo fato de que há, sem dúvidas, manifestações de vontade que não são efetivamente em sua essência, como por exemplo principalmente no campo contratual, o que dificulta a compreensão natural do negócio jurídico.

Porém, é, contudo no negócio jurídico que se repousa a base da autonomia da vontade, que é a base do direito privado. Apesar de todas as críticas que vem sofrendo o negócio jurídico ao longo dos anos, é através dele que se dá vida às relações jurídicas tuteladas pelo Direito. E, o Código Civil de 2002 conceituou o negócio jurídico.

Ainda, de acordo com o raciocínio desenvolvido por Venosa (2003), o negócio jurídico trata-se de fruto do raciocínio jurídico moderno. É uma matéria presente na teoria geral do direito civil dos códigos dos mais diversos países, bem como também abriu margem e horizonte à mais recente teoria geral dos contratos, levando-se em consideração que é através do contrato que ocorre a maior manifestação de vontade do negócio jurídico.

Porém, o conceito de negócio jurídico evoluiu com o passar dos anos, desde a edição do Código Civil de 2002 até o momento atual, pois passaram-se quase 20 anos. A grande transformação que ocorreu no Direito Civil Brasileiro foi sua mudança de eixo, ou seja, o grande eixo centralizador deslocou-se do Código Civil para verdadeiros microsistemas de normas jurídicas, ou seja, para leis extravagantes, ou sistemas jurídicos autônomos.

Assim, nos últimos anos ocorreu uma desconcentração normativa. Prevalece hoje, portanto, uma realidade fragmentada devido a pluralidade de

estatutos autônomos, e que tem validades. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 405)

Dentro dessa concepção, calcada, como sugere a sua própria denominação, na noção de “vontade”, costuma-se definir o negócio jurídico como sendo “a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos”, “o ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico”, ou “uma declaração de vontade, pela qual o agente pretende atingir determinados efeitos admitidos por lei.

Como poderá se verificar do artigo 112 do CC/2002, no Direito brasileiro, a corrente voluntarista é a dominante, uma vez que de acordo com o artigo acima mencionado, que trata de negócio jurídico, determina que nas declarações de vontade, deverá realmente se observar mais a intenção do que o sentido literal da linguagem. E, essa previsão é literal, não deixando margem de dúvidas que deverá se observar principalmente a intenção dos declarantes, do que a literalidade da declaração.

Algumas ponderações deverão ser feitas no tocante a essa questão. A primeira dela é com relação à manifestação de vontade: a vontade do sujeito deverá ser efetivamente manifestada, não tendo valor para o direito objetivo, se a vontade não tiver clara, ou seja, efetivamente ser manifestada. Então, no tocante à vontade, uma vez que a mesma esteja formalmente concluída, essa vontade terá de necessariamente ser manifestada, e, se não o for, ela não terá valor algum mesmo que legitimamente formada, não se exteriorizou.

Isso se dá porque, somente com a exteriorização da vontade é que o agente poderá provocar a desejada relação jurídica, e esta exteriorização, que torna visível a vontade e lhe dá existência objetiva, é o que nós chamamos de declaração ou manifestação, sendo indiferente que se faça através de palavras, gestos ou até mesmo através do simples silêncio.

E, de acordo com Orlando Gomes (2000, p. 280)

o negócio jurídico é, para os voluntaristas, a mencionada declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos, ou, na definição do código da saxônia, a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

Assim, outras formas de conceituar o negócio jurídico são o negócio jurídico como sendo “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre eles incide.

Numa linguagem mais simples, embora não menos jurídica, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 407) afirma que “o negócio jurídico seria a declaração de vontade, emitida em obediência aos pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendido pelo agente”

Importante também salientar que a vontade interna e a vontade declarada para a realização de um negócio jurídico são faces da mesma moeda. Como acertadamente leciona Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 407),

se o negócio jurídico, enquanto manifestação humana destinada a produzir fins tutelados por lei, é fruto de um processo cognitivo que se inicia com a solicitação do mundo exterior, passando pela fase de deliberação e formação da vontade, culminando, ao final, com a declaração de vontade, não há como negar-se o fato de que a vontade interna e a vontade declarada são faces da mesma moeda.

Fazendo uma comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, possível se verificar facilmente que de uma simples leitura dos títulos transcritos, em que pese a nova denominação não seja ainda perfeita, do ponto de vista doutrinário houve uma profunda evolução se a compararmos com o direito positivo posterior.

Por fim, para aprender sistematicamente o tema, e não apenas reproduzir regras positivadas, é importante sob 3 planos em que o negócio jurídico possa vir a ser visualizado: a) no plano de existência; b) validade e c) eficácia.

Porém, o mais importante no tocante ao tema negócio jurídico, é importante se ter em mente que a ideia de que manifestação de vontade é seu elemento mais importante, muito mais, inclusive, do que a forma com que se materializou.

Isso porque se a palavra é, sem sombra de dúvida, o instrumento de trabalho do jurista, o seu eventual manejo impreciso não deve lesionar mais do que

os limites da boa-fé. E o ponto crucial de interpretação de todo negócio jurídico vem a ser a boa-fé objetiva, que é extremamente valorizado pelo CC/2002.

Dessa forma, mesmo para aqueles que admitem a autonomia do plano existencial, é importante chamar a atenção para o fato de que a declaração feita por uma pessoa é o resultado do processo de vontade interna, mas, ao ser proferida, na prática ela deixa de ser elemento do negócio.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 412):

Coadunando-se com esta boa-fé objetiva é que deve ser lembrada a regra de interpretação estrita dos negócios jurídicos benéficos e da renúncia, constante do artigo 114, pois essa própria noção interpretativa não é uma noção aritmética, rígida, mas sim submetida a cada caso concreto.

Nesse contexto, ao se ajuizar um processo de homologação de acordo extrajudicial firmado entre um empregado com o seu ex-empregador, importante que no ato da homologação o Juiz do Trabalho verifique se estão presentes os elementos constitutivos do negócio jurídico, pois, sem eles, estar-se-ia diante de um “não ato”, que não tem nem validade nem eficácia.

Assim, são elementos constitutivo do negócio jurídico, elementos sem os quais o negócio jurídico não existe: a) manifestação de vontade; b) agente emissor da vontade; c) objeto; d) forma.

A manifestação de vontade é o primeiro elemento constitutivo do negócio jurídico. Na verdade, para que um negócio jurídico venha a ter existência, é preciso que uma pessoa declare a sua vontade nesse sentido. Pode-se afirmar que a declaração de vontade é um pressuposto para a existência de um negócio jurídico. Consiste no ato que uma pessoa declara, exterioriza a sua vontade para a realização de um determinado negócio jurídico.

A declaração de vontade poderá ser expressa, através de palavra escrita ou falada, ou mesmo através de sinais ou gestos, mas de maneira que dê a entender que aquele ato consiste numa declaração de vontade, seja pela celebração ou não de um negócio jurídico. A manifestação de vontade também poderá ser de forma tácita, ou seja, é a que resulta de um comportamento do agente, tal como previsto, por exemplo, na CLT, que a celebração do contrato individual de trabalho por prazo indeterminado poderá ocorrer de forma expressa ou mesmo tácita. Tácita quer dizer

que não há de forma direta uma declaração de vontade, mas de forma tácita as atitudes das partes já indicam as suas intenções.

O segundo elemento constitutivo de validade do negócio jurídico diz respeito ao agente que emite a vontade declarada. É imprescindível a participação de um sujeito de direito para que existe o negócio jurídico. Não importa que seja pessoa natural ou pessoa jurídica, mas sua participação é essencial para a configuração existencial do negócio jurídico.

O terceiro elemento constitutivo de validade do negócio jurídico é o objeto. E, todo negócio jurídico pressupõe necessariamente a existência de um negócio jurídico, em razão da qual giram o interesse das partes. Aqui trata-se da utilidade física ou ideal do objeto em jogo.

O quarto elemento a ser mencionado, consiste na forma do negócio jurídico. A forma consiste no meio pelo qual a declaração se exterioriza, ou, de outra forma, é o tipo de manifestação através do qual a vontade chega ao mundo exterior, seja na forma escrita, forma oral, através do silêncio, ou mesmo através de sinais, dentre outras formas.

Sendo a forma (o meio através do qual a declaração de vontade se exterioriza ao mundo exterior) um dos elementos essenciais do negócio jurídico; sem ela o negócio jurídico não inexistente, pois a simples intenção sem declaração que fica estagnada na mente de um agente não tem nenhum interesse para o Direito.

Segundo Vicente Ráo (1999, p. 153-4 apud GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2019, p. 417), que cita:

E é assim que a forma, conferindo existência à vontade, existência também confere ao ato jurídico, pois o ato jurídico se constitui e compõe pela exteriorização da vontade dos agentes, ou partes, observados os demais requisitos, isto é, outros pressupostos e os outros elementos essenciais que a lei exige. Nesse sentido, é a forma um elemento essencial do ato jurídico, pois todo ato jurídico há de ter, necessariamente, uma forma”.

Importante salientar no tocante à forma como elemento essencial de existência de um negócio jurídico que esta não se confunde com a forma legalmente prescrita, como um pressuposto de validade de um ato negocial. No caso, um negócio jurídico sem que tenha ocorrido de acordo com a forma prescrita por Lei, esse negócio

está eivado de nulidade, mas essa nulidade atinge o plano da validade do negócio jurídico, mas não o plano de sua existência, sendo forçoso reconhecer que o negócio jurídico existiu.

A título de exemplo, tomemos o caso de uma pessoa que através de contrato de compra e venda adquire alguns hectares de terra de seu vizinho, mas tão somente mediante recibo. Ora, em se tratando de compra e venda de bem imóvel, o próprio Código Civil exige para a validade do negócio jurídico que o ato seja registrado em cartório. E, no exemplo acima foi apenas efetivado mediante recibo de compra e venda. Então, pode-se concluir que o negócio jurídico existiu, mas que não tem validade, até que as partes cumpram os pressupostos legais para a compra e venda de um bem imóvel.

Importante salientar também que os pressupostos de validade dos negócios jurídicos são os mesmos acima mencionados, a grande diferença é que esses pressupostos de existência do negócio jurídico são adjetivados, ou mesmo qualificados, para que dessa forma se transforme nos pressupostos de validade do negócio jurídico.

O primeiro pressuposto de validade do negócio jurídico é a manifestação de vontade, que necessariamente terá que ser livre e de boa fé, e não poderá estar eivada de malícia ou de má-fé. Está diretamente ligada ao princípio da autonomia privada, que é um conceito umbilicalmente ligado à noção de liberdade negocial, sendo, portanto, a pedra fundamental da teoria dos negócios jurídicos.

É, portanto, a liberdade de atuação do indivíduo no comércio jurídico, levando-se em considerações padrões mínimos de convivência social e de moralidade média, pois a declaração de vontade dos agentes envolvidos no negócio jurídico deve conter a livre manifestação de vontade do ser humano.

Importante nesse aspecto se falar um pouco sobre a autonomia da vontade. Pois, em outros tempos, a liberdade da autonomia da vontade extrema, sem limites, pode converter-se em tirania do mais forte. Importante se deixar claro que, os motivos de ordem psicológica do agente, que os levou a realizar aquele negócio jurídico pouco importa para o Direito, mas tão somente os motivos determinantes que dizem respeito à causa, segundo a noção subjetivista de “motivação típica do ato”.

Assim, as razões íntimas, psicológicas que levaram uma pessoa a realizar um determinado negócio jurídico podem interessar à moral, mas não ao Direito de

forma direta. Entretanto, para o Direito, o motivo determinante, que é comum a ambas as partes, terá que ser necessariamente lícito. Desse modo, a motivação típica do ato, que é a causa propriamente dita, terá que ser lícita.

No tocante a autonomia da vontade, essa sofre limitações, não podendo mais ser irrestrita, e deve respeitar o ordenamento jurídico, bem como os seus princípios tutelares, tanto no âmbito obrigacional, como no âmbito das situações subjetivas reais. As próprias Constituições Federais mais modernas instituem princípios que não permite a autonomia da vontade irrestrita, devendo essa autonomia observar os princípios norteadores previstos na Carta Magna.

Por esses motivos, a autonomia da vontade deve sofrer suas limitações. E, no plano constitucional, essa limitação poderá ser vista facilmente em vários setores da atividade produtiva, como por exemplo, consagra-se o direito de propriedade, mas à ela é imposto a vinculação à sua função social. Assim, a autonomia da vontade sofre limites na Lei em sentido amplo; na Moral como fonte de ordem subjetiva, com uma carga ético-valorativo; e também na Ordem Pública, levando-se em consideração a estabilidade, ou mesmo segurança jurídica das decisões, nas situações em que não havendo normas imperativas, deverá se observar os princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia.

A importância da limitação à autonomia da vontade para a realização dos negócios jurídicos está diretamente relacionada com o fato de que sem essas limitações, as sociedades modernas entrariam num verdadeiro colapso, se estagnariam. O momento atual é marcado pelo fato de que “o individualismo selvagem cedeu lugar ao solidarismo social, característico de uma sociedade globalizada, que exige o reconhecimento de normas limitativas do avanço da autonomia privada, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2019, p. 427)

A grande transformação que ocorreu no Direito Civil Brasileiro foi sua mudança de eixo, ou seja, o grande eixo centralizador deslocou-se do Código Civil para verdadeiros microssistemas de normas jurídicas, ou seja, para leis extravagantes, ou sistemas jurídicos autônomos. Assim, nos últimos anos ocorreu uma desconcentração normativa. Prevalece hoje, portanto, uma realidade fragmentada devido a pluralidade de estatutos autônomos.

3 DIREITOS SOCIAIS: INDISPONIBILIDADE X DISPONIBILIDADE: ATÉ QUE PONTO O TRABALHADOR PODERÁ RENUNCIAR ESSES DIREITOS, SOB O ARGUMENTO DE QUE SÃO PAUTADOS EM NORMAS DE ORDEM PÚBLICA?

3.1 Direitos sociais indisponíveis

Ponto de bastante relevância para o tema de processo de jurisdição voluntária, através do qual as partes dirigem-se ao Estado-juiz para homologar um acordo extrajudicial firmado entre patrão e empregado, é uma das mais radicais modificações trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista.

Tal resistência começa por parte dos próprios juizes do trabalho, e que tem uma tendência de não ver o novo tipo de processo com bons olhos, tendo em vista inclusive o caráter cogente das normas de Direito do Trabalho, e o fato de que é um ramo do Direito voltado para proteger as minorias, por isso é chamado de um direito de mínimos, que foi conquistando espaço a base de muita luta, e até mesmo derramamento de sangue.

Para qualquer acadêmico de curso de graduação em direito, o estudo do Direito do Trabalho começa com a lição de que as normas trabalhistas surgiram como forma de disciplinar uma relação entre desiguais mediante a previsão de regras de proteção aos empregados hipossuficientes, de modo a promover alguma forma de equilíbrio por meio dessa proteção jurídica. Os direitos assegurados aos trabalhadores, assim, seriam irrenunciáveis, tendo em vista que são salvaguardados por normas de ordem pública.

Na legislação laboral atual, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas por parte do empregado pode ser verificada em três principais dispositivos legais na própria CLT: os artigos 9º; 444 caput e 468 caput.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos

coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Será inválido qualquer ato praticado com a finalidade de evitar a incidência das regras protecionistas ou de materializar uma fraude. Como regra geral, o conteúdo do contrato de emprego pode ser pactuado livremente, desde que não violada as normas protecionistas. E uma alteração contratual somente terá validade se, além de ser consensual, não tenha provocado qualquer lesão ao empregado. Em outras palavras, os sujeitos do contrato de emprego não podem dispor livremente do seu conteúdo ou alterar este. Tudo orbita ao redor da necessidade de assegurar uma tutela imediata ao trabalhador hipossuficiente.

Um sistema nitidamente rígido e protecionista, é esta a tradução do modelo tradicional oriundo da legislação brasileira de 1943.

Neste momento, convém esclarecer o significado de indisponibilidade. De acordo com Teixeira (2017, p.7), “indisponibilidade é uma forma que o trabalhador tem de dispor ou não de um direito seu assegurado por lei”.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 7),

Indisponibilidade, enquanto característica de um direito, abrange tanto a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto à irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono de um direito).

Na mesma linha de raciocínio, Rodrigues (2002, p. 142) assim descreve sobre a possibilidade de um trabalhador dispor ou não de um direito trabalhista:

Por isso cremos que a noção de irrenunciabilidade pode ser expressa em termos muito mais gerais na forma seguinte: A impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio.

A renúncia equivale a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona.

Rodrigues (2002), por sua vez, também chama atenção para o fato de que, em que pese as normas trabalhistas tenham um caráter de normas de ordem pública, isso não quer dizer necessariamente que as normas de ordem pública integram o direito público. Assim, ele faz a distinção entre as duas espécies de normas: Isso porque, para o autor uma coisa é a distinção entre o direito público e o privado, bem como a vinculação do direito trabalhista dentro dessa subdivisão, e outra muito diferente é se afirmar que as normas trabalhistas possuem caráter de ordem pública.

Afirmar que as normas trabalhistas possuem um caráter de ordem pública quer dizer que o Estado considera ser mais difícil que as partes possam acordar por sua vontade própria a regulamentação de sua conduta, sem a intervenção do Estado, de maneira diversa da que foi estabelecida pelo legislador. Entretanto, a norma de ordem pública tanto pode pertencer ao direito público ou ao direito privado.

Um bom exemplo são as normas sobre o direito de família, que fazem parte do direito civil, ramo integrante do direito privado, mas que a matéria tratada nesse ramo do direito, por sua própria natureza, são normas de ordem pública, razão pela qual não poderá as partes dispor sobre elas livremente, tendo que observar obrigatoriamente o que foi determinado pelo Estado.

E, portanto, da mesma forma que o autor acima indicado exemplificou com o direito de família, da mesma forma ocorre com o direito do trabalho. As normas que regem esse ramo do direito também são normas de ordem pública, de forma que as partes não podem dispor diferente daquilo que foi determinado pelo legislador.

E conclui Rodrigues (2002, p. 152), sobre o assunto:

A noção de ordem pública foi muito bem definida pelos autores brasileiros. Segundo Clóvis Beviláqua “leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelece os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito. Evaristo de Moraes Filho também afirma: “Ordem pública significa o que não pode ser derogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral.

Assim, conclui-se que as normas de ordem pública, em que pese sejam normas que não façam parte do direito público necessariamente, são um conjunto de

normas que objetivam garantir condições fundamentais da vida social, instituídas em uma comunidade jurídica, as quais, por afetarem no âmago a organização desta, não podem ser alteradas pela vontade dos indivíduos nem, se for o caso, pela aplicação de normas estrangeiras.

O artigo 9º da CLT, conforme acima descrito, estipula a nulidade “de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. O legislador de 1943 estabeleceu que qualquer ato de vontade que ofenda o estatuto mínimo de proteção ao trabalhador, inclusive quando for resultado de acordo de vontade entre as duas partes da relação de emprego, será inválido. Essas cláusulas são nulas de pleno direito, e essas cláusulas declaradas nulas serão automaticamente substituídas por outras consideradas válidas dentro do ordenamento jurídico.

As normas que regulamentam as relações de trabalho, portanto, não podem ser modificadas unilateralmente pelo empregador, já que não se tratam de normas dispositivas, mas sim de normas de ordem pública. E vários autores se referem ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, fazendo uma correlação dele com a questão dos Direitos Trabalhistas serem dispostos através de normas de ordem pública.

Contudo, a indisponibilidade inerente aos direitos oriundos da ordem justralhista não tem, contudo, a mesma exata rigidez e extensão. Pode-se, tecnicamente, distinguir entre direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por uma indisponibilidade relativa.

Nesse sentido, a lição de Delgado (2018, p. 251):

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, a incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Para Delgado (2018), ainda, as normas de direito individual do trabalho são absolutamente indisponíveis quando o enfoque do direito estiver protegido por norma de interesse abstrato de uma determinada categoria. Nessa hipótese, a noção de

indisponibilidade atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias, o Direito Individual do Trabalho. Desse modo, parcelas que no contexto do Direito Coletivo do Trabalho poderiam ser objeto de transação, no Direito Individual do Trabalho não podem ser modificadas, portanto. Assim, a área de indisponibilidade absoluta do Direito Individual do Trabalho é maior que a do Direito Coletivo do Trabalho.

E, continua Delgado (2018), seguindo a sua classificação entre direitos absolutamente indisponíveis, e direitos relativamente disponíveis, em relação ao Direito Individual do Trabalho, que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas também poderá ser relativa, quando o direito enfocado traduz interesse individual ou bilateral simples, que não traduz um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.

É o que se passa, por exemplo, com a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo versus salário variável por exemplo): Essa modalidade salarial pode se alterar, lícitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador.

As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado (art. 468 CLT). O ônus da prova do prejuízo, entretanto, caberá a quem alegue sua ocorrência, in loco, ao trabalhador, já que não há prova sobre fato negativo.

Outro ponto a ser abordado é que, a partir do momento em que um trabalhador pode dispor de um direito seu, a definição acerca de qual a fórmula por meio do qual tal despojamento deve ser materializado: a renúncia e a transação. De acordo com Delgado (2018), a renúncia é um 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. Já a transação é um ato bilateral ou plurilateral, pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mas dessa vez mediante concessões recíprocas, ou seja, há um despojamento de direitos recíproco de ambas as partes, envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (a chamada *res dúbia*).

Ao lado dessas duas formas de disposição de direitos, existem fórmulas variadas de solucionar conflitos. Dentre os métodos consensuais, devem ser destacadas a composição e a conciliação. Ainda de acordo com Delgado (2018), a

composição é um ato bilateral ou plurilateral, através do qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante o reconhecimento da respectiva titularidade de tais direitos e obrigações pelas partes. Reconhece-se a titularidade de um direito, assumindo-se a respectiva obrigação, ao passo que na transação é diferente, pois produzem-se concessões recíprocas sobre situações fático-jurídicas duvidosas, com o objetivo de se conferir solução à divergência.

Por fim, Delgado (2018) afirma que a conciliação é um ato judicial através do qual as partes que já se encontram em litígio num processo, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto do processo judicial, mas sob interveniência de uma autoridade jurisdicional. Assim, a conciliação se distingue das três figuras acima mencionadas pelo fato de ser feita perante uma autoridade jurisdicional, necessariamente no corpo de um processo judicial, e, por fim, a conciliação poderá abarcar direitos trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

E, no âmbito do direito individual do trabalho, os requisitos jurídico-formais para que um trabalhador possa se despojar de seu direito são os mesmos requisitos clássicos constantes do direito civil, já que esses institutos têm origem no direito privado: agente capaz, higidez da manifestação do agente, objeto válido e forma prescrita ou não proibida por lei.

Porém, mesmo estando presentes os requisitos acima, para que o trabalhador possa se despojar de seu direito através da renúncia e da transação, há, como já foi mencionado, uma parcela de direitos que são absolutamente indisponíveis, e que o trabalhador não pode abrir mão em hipótese alguma. Tratam-se de direitos que garantem um patamar civilizatório mínimo, que foram conquistados ao longo dos anos, bem como normas que protegem a saúde física e mental do trabalhador.

Para ser indisponível, um direito deve ser imune a qualquer pretensão de alteração de sua titularidade. Mesmo a vontade de seu titular não pode ensejar a respectiva transferência subjetiva, levando à completa vedação à sua alienação a qualquer título. De igual forma, para ser caracterizado pela indisponibilidade, o direito não pode ser despojado pelo seu titular, que não poderá abdicar do mesmo. Exemplos de direitos indisponíveis são os direitos da personalidade, previstos expressamente como intransmissíveis e irrenunciáveis no artigo 11 do Código Civil Brasileiro.

Em relação aos direitos do trabalhador, são absolutamente indisponíveis, naturalmente, os direitos do trabalhador que também se enquadram como direitos da

personalidade, como os relativos à integridade física, à integridade psíquica e à integridade moral. Não será admissível, assim, a alienação ou a abdicação do direito do trabalhador a um ambiente de trabalho seguro e saudável, nos termos estabelecidos pela legislação laboral específica e em sintonia com as Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho que disciplinam a matéria.

São igualmente alcançadas pela indisponibilidade absoluta direitos como o relativo à anotação do contrato de emprego na carteira profissional, não apenas por se tratar de algo que atrai diretamente o interesse público em virtude das consequências previdenciárias e tributárias, mas também por estar diretamente vinculado a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Então, resta claro que existem parcelas de direitos trabalhistas que são completamente indisponíveis. Por exemplo, não existe relação de emprego sem que haja pagamento de salário em troca. Porém, o que pode ocorrer é a flexibilização dessa forma de pagamento de salário. Isto é, o salário que era fixo poderá ser acordado para ser apenas salário por comissão, mas isso desde que não cause nenhum prejuízo ao trabalhador. Da mesma forma o trabalhador que faz um empréstimo, ele pode destinar determinada parcela de seu salário para que seja descontada em folha, diretamente pelo seu empregador e passar para a instituição financeira da qual pegou o empréstimo. Assim, o que não pode o trabalhador é abrir mão de seu salário, trabalhar sem receber salário. Isso não é permitido pela lei, pois o salário é uma questão de indisponibilidade absoluta, não existe trabalho sem a correspondente contraprestação financeira que é o salário.

Então são direitos absolutamente indisponíveis os direitos do trabalhador que se relacionam com a sua personalidade, bem como aqueles direitos que se relacionam com a integridade física, psíquica e moral de um trabalhador, uma vez que todo trabalhador tem direito a um meio ambiente saudável de trabalho, sem nenhuma espécie de perseguição.

Também são indisponíveis todos os direitos que se relacionam com a proteção da saúde do trabalhador, já que todos tem direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável, nos termos estabelecidos na legislação trabalhista específica sobre o assunto e que está em sintonia com as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho que disciplinam a matéria.

Também é indisponível o direito do empregado de ter o contrato de trabalho

anotado na CTPS, pois atrai diretamente o interesse público em virtude das consequências previdenciárias e tributárias, como também está diretamente ligado à dignidade humana do trabalhador.

Dessa forma, desde que respeitados os padrões civilizatórios mínimos, conforme acima elencados, vários direitos do trabalhador poderão ser objeto de acordo extrajudicial, e posteriormente homologado por um juiz do trabalho.

3.2 Direitos sociais disponíveis

Como já visto, não são todos os direitos trabalhistas que são indisponíveis. Boa parte dos direitos do trabalhador são disponíveis, principalmente quando se tratam de direitos patrimoniais, e que envolvem tão somente questões financeiras.

Ainda há outros direitos que são também indisponíveis, mas já pode se verificar uma diferença em relação aos direitos acima citados. Por exemplo, não existe contrato de trabalho sem o pagamento da prestação do salário. Porém, o direito de receber um quantitativo de salário por parte do trabalhador, pode ser objeto de transmissão. Então, abrir mão do pagamento do salário não é possível, mas ceder parte do salário, retendo na própria folha, para pagamento de um empréstimo, isso é possível, dentro dos limites estabelecido na lei, pois não é possível um trabalhador ceder seu salário de forma integral.

Há uma outra gama de direitos do trabalhador que são direitos patrimoniais, e que eles ainda podem de alguma forma ser despojados por parte do trabalhador: São os direitos quando existe uma incerteza subjetiva, ou seja, quando existe a res dúbia. É importante diferenciar em cada caso concreto aqueles direitos patrimoniais que, inequivocamente, são de titularidade do trabalhador de um lado, e, de outro, aqueles direitos reivindicados por imprescindível distinguir quando existe a res dúbia (coisa duvidosa). Nessa hipótese existe incerteza subjetiva quanto à existência ou não de um direito patrimonial.

Quando há tal dúvida dentro de um quadro conflituoso ainda não solucionado, envolvendo sujeitos capazes, e agindo de boa-fé, há disponibilidade sobre os direitos patrimoniais objeto do conflito, pois a incerteza subjetiva enseja a mitigação de eventuais restrições oponíveis apenas diante da certeza da existência de um direito.

Dessa forma, já é possível se chegar à conclusão que existem direitos trabalhistas que são disponíveis por parte do trabalhador, ou seja, que nem todos os direitos são indisponíveis, e principalmente aqueles direitos de caráter apenas patrimonial. E, ao se observar a evolução da legislação, como também outros aspectos, restará comprovado que na prática, a famosa indisponibilidade dos direitos trabalhistas é efetivamente mitigada em ainda maiores dimensões.

O primeiro ponto a ser considerado, e que corrobora com a ideia de que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não é absoluta, está inserida na própria lei: é a prescrição. Como poderá se observar, apenas o direito à anotação da Carteira Profissional é um direito imprescritível. Todos os outros direitos patrimoniais podem ser perfeitamente fulminados pelo instituto da prescrição, insculpido no texto constitucional.

Como leciona Rodrigues (2002, p. 206-207):

Embora cada sujeito seja livre para decidir quando irá exercê-los, essa liberdade não é ilimitada. Ou, melhor dizendo, a oportunidade em que se exercita cada direito nem sempre é indiferente, sob o pondo de vista da eficácia do próprio direito. Nesse sentido cabe recordar, com Gottschalk, três institutos que podem ser afetados pela virtualidade de um direito como consequência de seu não exercício no tempo: a prescrição, a decadência e a preclusão. A primeira consiste na perda da ação emergente de um direito, como consequência do transcurso de certo prazo, durante o qual aquele direito não foi exercido. Disso decorre que a prescrição que interessa em matéria trabalhista é a extintiva ou liberatória.

Ou seja, a partir do momento que um trabalhador não utiliza o seu direito de ação garantido por lei, esse direito será fulminado pelo instituto da prescrição, de forma que ele não poderá mais se valer da ação para vir a cobrar seus créditos em juízo. Desse modo, a inércia do trabalhador, ao não manusear a ação judicial dentro do respectivo lapso temporal, leva à perda do direito de movimentar a máquina judiciária para buscar a tutela estatal do seu direito.

E, levando-se em consideração que apenas o direito à anotação do contrato de trabalho do empregado em sua carteira profissional não é atingida pelo instituto da prescrição, nos termos do artigo 11, §1º da CLT, e todos os demais direitos patrimoniais do trabalhador estão sim sujeitos à prescrição extintiva, já fica clara e evidente uma relativização à tese da indisponibilidade.

Outro prova que a própria lei disponibilizou um outro direito trabalhista foi quando houve alteração na Consolidação das Leis do Trabalho extinguindo-se o antigo sistema da estabilidade decenal, onde vigorava o princípio de que os contratos de trabalho eram por prazo indeterminado, e o empregado só poderia ser demitido se houvesse uma justa causa para isso; havendo a alteração desse sistema para o sistema do FGTS, e que o empregador passou a poder demitir o empregado sem justa causa, sem nenhuma justificativa, desde que pagasse a rescisão do trabalhador com as novas regras.

Mesmo os tribunais do trabalho vêm admitindo que boa parte dos direitos trabalhistas são imantados com a disponibilidade relativa, principalmente os direitos patrimoniais. Até o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento acerca da disponibilidade (ao menos em parte) dos créditos do trabalhador.

Nesse sentido, as letras da Súmula nº 54 da respectiva alta corte laboral brasileira, ao admitir como lícito o acordo entre um empregador e o seu empregado portador da antiga estabilidade decenal do artigo 492 da CLT, definindo a cessação consensual do contrato de emprego mediante o pagamento de um montante correspondente a pelo menos 60% da indenização por tempo de serviço em dobro:

Rescindindo por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável optante tem direito ao mínimo de 60% (Sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite.

Outro ponto a considerar que comprova que os direitos trabalhistas não são absolutamente indisponíveis, diz respeito às férias do trabalhador. Da mesma forma que o salário, que já foi mencionado acima, o trabalhador não pode dispor, não pode renunciar de forma integral ao salário, porém poderá abrir mão de parte de seu recebimento, em algumas situações e dentro do limite da Lei, acontece assim também com as férias.

O instituto das férias é norma de proteção à saúde do trabalhador, pois trata de proteger o descanso anual, adquirindo o direito ao seu gozo depois de um ano de trabalho. O trabalhador não poderá abrir mão de seu direito de férias, e a regra geral nos contratos de trabalho por prazo indeterminado é que o empregado tem direito a

gozar 30 dias de férias, a não ser que tenha que descontar faltas injustificadas, de acordo com a própria Consolidação do Trabalho.

Porém, antes mesmo do advento da Lei da Reforma Trabalhista, em que pese o trabalhador não pudesse abrir mão de seu direito de férias, a CLT já possibilitou que o trabalhador vendesse parte de suas férias, tendo criado o chamado “abono de férias”, através do Decreto-Lei nº 1535/1977. A partir da existência desse Decreto-Lei, passou a existir a possibilidade de o empregado requerer ao seu empregador a conversão em dinheiro de 1/3 de suas férias anuais, o que equivaleria a 10 dias, considerando-se as férias padrão de 30 dias.

E a figura do abono de férias, criada por um Decreto-Lei, foi trazida para a CLT. Vejamos a opinião de Delgado (2018, p. 1182):

A figura ora em análise caracteriza-se como parcela indenizatória resultante da conversão pecuniária do valor correspondente a um terço do valor do período de férias (art. 143, CLT). É interessante perceber que esse abono celetista de férias é calculado sobre o valor global das férias: Logo, considera, inclusive, o terço constitucional das férias. A equação assim se expõe: Abono pecuniário de férias (Art. 143 da CLT) (Férias + 1/3): 3
Tem o abono celetista de férias também natureza jurídica indenizatória, por reparar o obreiro pelo não gozo da parcela de férias (ideia de ressarcimento). Embora esse caráter já seja claro da estrutura e dinâmica do instituto, a própria Lei teve o cuidado de enfatizar a natureza não salarial da parcela (Art. 144 da CLT).

Dessa forma, antes mesmo da Lei da Reforma Trabalhista entrar em vigor, já existia a possibilidade de o trabalhador “flexibilizar” o seu direito de gozo de 30 dias de férias, a partir do momento que a lei introduziu o abono de férias, vendendo um terço das férias.

E, a partir do momento que a Lei nº 13.467/2017 entrou em vigor, o gozo das férias pôde ser fracionado em 3 vezes, o que não era admitido antes. O artigo 134 da CLT agora permite que o empregado possa parcelar o gozo das férias em até 3 períodos. Mas isso desde que o empregado concorde com o empregador nesse ponto.

Entretanto, essa modificação na legislação trabalhista já era uma posição que o Brasil adotava, a partir do momento em que o País ratificou a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1970. Essa convenção, se tornou tratado, e o que ele exige é que o empregado não possa ter menos de 14 dias

consecutivos de férias em cada período.

Dessa forma, percebe-se de forma clara e evidente que as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 mais uma vez corroboram acerca da ideia de que os direitos trabalhistas patrimoniais são sim relativamente disponíveis por parte do empregado, dentro do limite autorizado pela própria lei, como nos exemplos acima citados.

Diariamente na Justiça do Trabalho é possível se verificar as partes conciliarem nos processos, nas audiências, perante o magistrado trabalhista, seja na fase de conhecimento, na primeira ou segunda instância, como também na fase de execução. Dentro de tal quadro de transmissibilidade e alienabilidade (mesmo daquilo que ainda é certo), há espaço para falar em indisponibilidade absoluta de direitos patrimoniais trabalhistas?

Se tal convite a uma reflexão não é suficiente para derrubar o dogma em questão, então é necessário enfrentar a seguinte realidade: diariamente, milhares e milhares de empregados celebram conciliações judiciais nas quais, com grande frequência, há renúncia explícita a direitos trabalhistas patrimoniais.

Para chegar a um valor que a empresa tenha condições de assumir ou para assegurar que haverá o pagamento de pelo menos uma parcela do valor devido por uma empresa em dificuldades financeiras, são incontáveis os motivos que o juiz do trabalho, com as melhores das intenções e como resultado do seu esforço hercúleo para cumprir a missão constitucional de pacificar com justiça, apresentada para justificar uma homologação de termo de conciliação judicial que, quando tem as suas cláusulas lidas à luz de todos os elementos do processo, refletem uma inequívoca constatação: o empregado teve de abdicar de algo para obter a anuência do empregador e celebrar o acordo judicial.

Uma conciliação judicial celebrada na fase de execução do julgado, por exemplo, quase sempre implica em alguma forma de renúncia do empregado, pois, via de regra, com tal acordo o respectivo credor abdica de receber 100% daquilo que constava como imutável dentro do respectivo título executivo judicial.

Dessa forma, diante do que foi acima lecionado, podemos concluir que diariamente, ao se conciliar, nos processos judiciais, perante um juiz do trabalho, um trabalhador está renunciando a um direito trabalhista seu, principalmente quando esse processo já transitou em julgado e se encontra na fase de execução, pois nesse caso

já tem 100% de certeza de seu direito, e mesmo assim é possível celebrar acordos no processo, fica evidente a mitigação da tese da intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos créditos trabalhistas, principalmente em se tratando dos direitos patrimoniais.

Dessa forma, já não restam dúvidas de que não se enquadra mais na atual realidade do país o chamado mito de que todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis.

4 CRISE DO JUDICIÁRIO E VIAS ADEQUADAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O atual cenário do Poder Judiciário Trabalhista do Brasil, diante de tudo que foi anteriormente mencionado, se encontra num momento bastante crítico. Ao menos, este foi um dos motivos apresentados pelos legisladores a reforma trabalhista, que teve o condão de tentar amenizar essa situação.

A Justiça do Trabalho, por maior que sejam os esforços de seus integrantes, enfrenta sérias dificuldades para superar esses obstáculos quantitativos e cumprir a sua missão jurisdicional de entregar uma resolução judicial adequada ao jurisdicionado que a procuram, referente a solução de conflitos oriundos das relações de trabalho.

São demandas em números excessivos para julgadores (e servidores) em números insuficientes e tal realidade estrutural representa um desafio à garantia constitucional do direito do cidadão a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Política de 1988).

E, em linhas gerais, a grande preocupação do quadro acima narrado é que a grandeza de uma justiça não é medida pela quantidade de processos que ela recebe por ano. O fato de a Justiça do Trabalho receber um número milionário de processos, não significa dizer que ela é uma justiça que atua de forma legítima em responder aos anseios dos jurisdicionados, bem como da sociedade.

E sua perda de legitimidade ocorre justamente no momento em que atua com demora excessiva ao responder aos litígios, não apenas para solucionar os conflitos trabalhistas na fase de conhecimento, como também na fase de execução, em que efetivamente entrega ao jurisdicionado a prestação jurisdicional.

E vários podem ser os exemplos que podem ser utilizados para indicar o caos que está instalado na Justiça do Trabalho, como as longas pautas de audiências, sentenças atrasadas, recursos lentos e estagnados e execuções sem fim. Nessa linha de pensamento, fórmulas precisam ser encontradas urgentemente para desafogar a Justiça do Trabalho, antes mesmo que se chegue a um colapso total. Mas já se pode dizer que existe esperança através de formas alternativas para a solução de conflitos de direito individual do trabalho, que não seja através da Justiça do Trabalho, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, ao implantar métodos extrajudiciais de solução de conflitos, e que devem ser encaradas como vias parceiras

do Poder Judiciário, e não como vias concorrentes.

Como poderá se verificar em Didier Júnior (2017, p. 305), o doutrinador afirma que se instituiu, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça; art. 3º, §§2º e 3º do CPC). Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento de cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz.

Afirma ainda que o Conselho Nacional de Justiça vem exercendo um relevante papel como gestor dessa política pública, no âmbito do Poder Judiciário.

E, mudando a ótica pela qual deverá ser observada as formas consensuais de resolução de conflitos, após duas das grandes reformas legislativas enfrentadas pelo Brasil, o CPC/2015 e a Reforma Trabalhista, principalmente a partir do momento em que entra em vigor o CPC em 2015, e nele expressamente previsto no art. 3º e seus parágrafos que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, isso significa que não é uma faculdade, mas é uma imposição, uma obrigação da busca de uma solução consensual e adequada do conflito.

Observe-se também que as formas consensuais de solução de conflito, pelas normas do CPC, elas não são formas auxiliares, ou mesmo alternativas no sentido de que não é o caminho principal. Porém, muito pelo contrário, sempre que for possível, a primeira hipótese deverá ser que um conflito entre partes litigantes seja solucionado primeiramente de forma consensual, e o Poder Judiciário só seria procurado em casos extremos, caso não houvesse alternativas para solução através de formas consensuais.

E esse compromisso foi assumido pelo Brasil em várias ocasiões, tendo tomado mais força nesse momento. Observe-se por exemplo o art. 1º inciso III da

CF/88, que a Carta Magna apresenta como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. Ainda, no seu artigo 3º, em que traça os objetivos da República, em construir uma sociedade livre, justa e solidária. E, ainda, no artigo 4º da CF/88, que trata das relações internacionais, em seu inciso VII determina a solução pacífica dos conflitos.

Se formos observar ainda, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que é um documento intitulado de “Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)”, ratificando que há um longo tempo vem se comprometendo a desenvolver práticas consensuais e adequadas na solução de conflitos. E, de acordo com Vasconcelos (2018, p. 71):

A ideia de uma corte de múltiplas portas (*multidoor courthouse*), qual seja, um Tribunal comprometido em apoiar e induzir a adoção de métodos mais adequados de resolução de disputas, tais como a mediação, a conciliação, a negociação, a avaliação neutra, a arbitragem e outros, é atribuída ao prof. Frank Sander, de Harvard, em palestra de 1976. Tal conceito e práticas, tiveram, inicialmente, maior difusão entre os países da *Common Law* e vêm paulatinamente ganhando expressiva dimensão em outros sistemas de justiça.”

Por fim, importante salientar que todo o embasamento das formas consensuais de solução de conflitos, como por exemplo a mediação, é jurídico. Basta se verificar os artigos 5º ao 19º da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais; bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário.

Por sua vez, o Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a prática da autocomposição, com edição de diversas Leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo com extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). A Lei nº 13.140/2015 disciplina exaustivamente a mediação, em geral, e a autocomposição

perante o Poder Público, em particular.

Dessa forma, é possível concluir que o Código de Processo Civil trouxe inovações que romperam com antigos padrões culturais e sociais, de forma que atualmente o sistema processual brasileiro incentiva bastante a autocomposição dos conflitos. Ou seja, incentiva que as próprias partes solucionem o seu conflito em vez de buscarem o Estado-juiz, e este decidir o conflito dos jurisdicionados através de uma sentença.

Importante salientar que desde o sistema absolutista, em que o Estado muito intervinha na vida particular, era uma característica da qual o Brasil comungava. E essa cultura se propagou aqui no Brasil até os dias atuais, de forma que, em função do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 as partes tem ampla e total liberdade para acionar o Poder Judiciário, para busca de solução de qualquer conflito de interesse, inclusive ameaça de lesão a Direito. E assim a sociedade se acostumou, em ter um Poder Judiciário como um grande pai protetor, que sempre resolvia seus problemas, principalmente levando-se em consideração o cenário atual brasileiro, em que os outros dois poderes da República, o Executivo e o Legislativo encontram-se passando por uma crise sem precedentes.

Porém, as inovações do CPC/2015 permitem que todas as formas de soluções alternativas de conflitos sejam estimuladas pelos Órgãos do Estado, bem como pelos advogados. Tanto que como defende Didier Júnior (2017, p. 306):

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de um princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

Levando-se para o âmbito da Justiça do Trabalho, observa-se que a Lei nº 13.467 de 2017 também trouxe inovações, ao introduzir um novo capítulo na CLT, o Capítulo III-A que trata do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho. O tema em tela antigamente era visto com bastante restrição pelos juristas e magistrados da área, face a indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, e eles estarem protegidos por normas de ordem pública. Entretanto, a Lei da Reforma Trabalhista também inovou e quebrou um mito ao introduzir o presente capítulo na CLT.

Primeiramente, como lecionou Cassar e Borges (2017, p. 92) no seu livro sobre a reforma trabalhista, primeiramente o legislador corrigiu a expressão “juntas de Conciliação e Julgamento”, para “Varas do Trabalho”, de acordo com a EC/ nº 24/1999, que extinguiu os juízes classistas, e com isso, a composição colegiada das juntas para implementara atuação monocrática do juiz concursado, o juiz do trabalho.

Como leciona Teixeira Filho (2017, p. 63):

A justificativa do Projeto de Lei foi baseada em “reduzir a litigiosidade das relações trabalhistas, e a forma pela qual estamos buscando implementar esse intento é o estímulo à conciliação extrajudicial. Se houver uma composição prévia entre as partes, reduz-se sensivelmente o ingresso de ações na Justiça do Trabalho.”

Assim, estamos, por intermédio da nova redação sugerida à alínea f do artigo 652 da CLT, conferindo competência ao Juiz do Trabalho para decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial, em matéria de competência da Justiça do Trabalho. Em complemento, estamos incorporando um título III-A ao capítulo X da CLT para disciplinar o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.

Delgado (2017), vai além. afirma que de fato, ao inserir a nova alínea “f” no corpo artigo 652 da CLT, a Lei da reforma trabalhista fixa a competência para o Juízo da Vara do Trabalho “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.” E tal mudança visa explicitar a competência judicial do Juízo da Vara do Trabalho para o instituto novo criado pela Lei da Reforma Trabalhista, por intermédio do novo Capítulo III-A que foi inserido no Título X da CLT (artigos 855-B até 855-E CLT), e que trata o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo judicial, conforme o permissivo da alínea “f” do art. 652, caput da Consolidação das Leis do Trabalho, onde expressamente inclui na esfera judicial trabalhista a homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Ainda, a própria Lei 13.467 de 2017 teve o objetivo de promover uma reforma de grandes dimensões, alterando institutos clássicos do Direito do Trabalho e introduzindo várias inovações tanto no âmbito do direito material como no do direito processual.

Foi introduzida a possibilidade da cláusula compromissória de arbitragem

no artigo 507-A da CLT; bem como foi introduzido o novo procedimento para homologação de acordo extrajudicial, através do procedimento de jurisdição voluntária introduzido pelo Capítulo III-A da CLT, onde o procedimento para a homologação de acordo vem explicitado nos artigos 855-B a 855-E da CLT.

Dessa forma, ao introduzir na CLT outras formas de solução de conflitos trabalhistas além da jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho, o legislador de 2017 assumiu uma postura em sintonia com o legislador de 2015, moldando o modelo trabalhista ao modelo processual civil de estímulo aos meios adequados de pacificação de lides.

E mais. O ordenamento jurídico pátrio passou a reconhecer a importância da primazia da vontade das partes na solução de seus conflitos. Como aliás, revela a presente ementa, oriunda de decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. REFORMA TRABALHISTA (Lei 13.467 de 2017). INCENTIVO A FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO CONTENCIOSA. PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO GERAL DE DIREITOS ORIUNDOS DO CONTRATO, COM RESSALVA APENAS DE DIREITOS EXTRACONTRATUAIS E DE EVENTUAL "FUTURO" DIREITO, AINDA NÃO MATERIALIZADO QUANDO DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO, COMO O DIREITO DECORRENTE DE PROBLEMA DE SAÚDE QUE PORVENTURA VENHA A SURTIR POSTERIORMENTE E COM CONEXÃO AO TRABALHO DESENVOLVIDO NA EMPRESA. ACORDO CELEBRADO SEM QUALQUER DEFEITO FORMAL OU MATERIAL. VALIDADE. EXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDAS RECÍPROCAS. LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS INTERESSADOS EM TRANSACIONAR. DEVER DO ESTADO EM PROMOVER, SEMPRE QUE POSSÍVEL, A SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS E DEVER DO JUIZ DE ESTIMULAR MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE LIDES (ART. 3º, §§2º e 3º, do CPC de 2015). SINTONIA COM O PERFIL DE UMA SOCIEDADE FRATERNA COMPROMETIDA COM A SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS (PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). RECURSO PROVIDO PARA HOMOLOGAR O ACORDO EXTRAJUDICIAL. O processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, previsto nos artigos 855-B a 855-E da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), estabelece o seguinte protocolo: 1) distribuída a petição, que deverá conter o instrumento do acordo cuja homologação é pretendida e ser apresentada por todos os respectivos interessados, cada qual com o

seu próprio advogado, em seguida, o magistrado exercerá um juízo de admissibilidade sobre a ação e, sendo a mesma admitida, procederá a um exame acerca do conteúdo do respectivo pacto extrajudicial; 2) analisado o instrumento, o magistrado passa a ter três opções: a) poderá proferir, desde logo, sentença indeferindo o pedido de homologação, caso entenda que haja motivo para a rejeição, devendo fundamentar de modo claro e preciso a sua decisão; b) poderá proferir sentença homologando o acordo, caso entenda que todos os requisitos de validade do negócio jurídico foram atendidos; e c) poderá designar uma audiência para esclarecimentos e eventual instrução, caso entenda necessária diligências de tal natureza para melhor aclarar a matéria objeto do acordo, e, em seguida, proferir uma sentença nos moldes de uma das letras anteriores. Destarte, com a edição da Lei nº 13.467/17, passou a ser possível, na Justiça do Trabalho, em sede de jurisdição voluntária, a homologação de acordo extrajudicial, por meio do qual as partes, acompanhadas de seus respectivos patronos, manifestam livremente as parcelas que estão sendo objeto da transação, bem como a sua extensão da respectiva quitação. A via dos métodos consensuais de solução de conflitos, como caminho alternativo à jurisdição contenciosa, não apenas está em plena sintonia com a ideia de acesso à justiça dentro de um modelo multiportas, mas a promoção de soluções consensuais sempre que possível corresponde a um dever do Estado (artigo 3º, §2º, do CPC/2015) e o seu estímulo dentro e fora do processo judicial um dever do próprio juiz (artigo 3º, §3º, do CPC/2015). A opção pelos métodos consensuais de solução de conflitos corresponde, na realidade, à concretização do perfil definido no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil como a de uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias". Quanto à possibilidade de constar, no acordo extrajudicial, cláusula expressa no sentido de que as partes se comprometem a não mais reclamar acerca da relação de trabalho objeto do acordo, entende este Relator que não há qualquer óbice na sua validação quando demonstrada a livre manifestação de vontade dos interessados e a existência de contrapartidas recíprocas no negócio jurídico celebrado sem qualquer vício, principalmente quando se leva em consideração que, na hipótese, as partes expressamente destacaram, em audiência, que a quitação geral pretendida não atinge eventual direito que no futuro porventura venha a surgir em virtude de problema de saúde ora imprevisto e posteriormente vinculado ao trabalho desenvolvido pelo obreiro na empresa. Recurso a que se dá provimento, para reformar a decisão de 1º grau e homologar o acordo extrajudicial apresentado pelas partes interessadas. (Processo 0000619-72.2018.5.06.0141. 1ª Turma do TRT6. Relator Desembargador Sergio Torres Teixeira. Publicado no DEJT em 19.12.2018)

É óbvio que, para a legitimidade dessas fórmulas adequadas como a arbitragem e a mediação extrajudicial, é imprescindível um alto padrão ético dos sujeitos que estarão envolvidas nessas atividades, como mediadores, árbitros, e até

mesmo as próprias partes. Tal eticidade qualificada deve ser sempre exigida como pressuposto básico da legitimidade e validade dos meios adequados.

E a ética terá que ser observada e cobrada mais que nunca, pois a chave para um bom funcionamento das vias alternativas será a cobrança por um alto padrão ético para todos os envolvidos, mesmo que isso não esteja cobrado na letra fria da Lei.

Desse modo, as modificações na lei já foram feitas, as ferramentas já existem, tanto na lei processual civil como na lei trabalhista, de forma que o que se precisa é apenas que venham ser implantadas e aplicadas. A sociedade também precisa compreender esse modelo multiportas de acesso à justiça, entender as novas fórmulas existentes, de forma que tenha o conhecimento e a confiança que o caminho das fórmulas adequadas no cenário atual é efetivamente um percurso mais célere para a solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo da presente pesquisa foi verificar o real impacto do processo de homologação de acordo extrajudicial, introduzido no ordenamento jurídico pela Reforma Trabalhista na Justiça do Trabalho, a começar pela aceitação do instituto pelos magistrados, bem como a utilização pelas partes e pelos demais operadores do Direito, por meio de uma análise da quantidade de processos que foram utilizados nas Varas do Trabalho de Recife, durante o primeiro ano após a entrada em vigor da nova Lei.

Ao final dessas constatações, observa-se que o objetivo originalmente traçado foi alcançado, tendo em vista que fora exposta uma diferenciação em relação aos tipos de direitos trabalhistas disponíveis e indisponíveis, iniciando o estudo a partir da diferenciação do que seriam direitos absolutamente e relativamente indisponíveis, bem como a diferença entre renúncia e transação, que são institutos do Direito Civil mas são formas de disposição de direito.

Restou evidenciado que nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis, e que principalmente os direitos patrimoniais são direitos relativamente disponíveis, dentro dos limites permitidos e autorizados por lei. Ou seja, o próprio trabalhador pode dispor, independentemente de serem direitos de ordem pública, como já exaustivamente mencionado nesse artigo.

Entretanto, diante dos números que foram apontados para o Judiciário Trabalhista atualmente, o qual no cenário atual não consegue responder aos anseios da sociedade, respondendo de forma célere, eficaz, justa, e até mesmo útil às suas decisões judiciais, e diante das inovações trazidas pelo CPC de 2015 e pela Lei da Reforma Trabalhista, é importante salientar que as formas alternativas de soluções de conflitos não são concorrentes do Poder Judiciário, mas devem ser encaradas como formas alternativas, porém no sentido de auxiliar, ajudar.

A Justiça do Trabalho começa a perder a sua credibilidade a partir do momento em que não consegue dar conta da quantidade de processos que recebe por ano para julgar. E, neste cenário onde a Justiça do Trabalho está passando por um momento bastante delicado, é de extrema importância a conscientização por parte de seus membros acerca da utilização adequada e com parceria das formas alternativas de solução de conflitos podem ser um meio de melhorar a qualidade da

Justiça do Trabalho. Então, as exigências existentes precisam ser quebradas. A consciência precisa ser modificada.

Por sua vez, a sociedade brasileira também precisa modificar a sua forma de pensar, e deixar de ver o juiz como um grande pai que resolve tudo. Hoje é claro e evidente que, no atual cenário que o Brasil atravessa, o Poder Executivo e o Poder Legislativo brasileiro são vistos como dois poderes desacreditados, de forma que tudo é jogado em cima do judiciário, razão pela qual esse Poder se encontra completamente assoberbado, não só na esfera trabalhista, mas em todas as esferas. Tanto que, o Judiciário muitas vezes se vê obrigado a legislar o que o legislativo não legislou, ou mesmo executar o que o executivo deixou de fazê-lo. E assim, com o crescente aumento de demanda, não tem dado conta de corresponder aos anseios da sociedade, razão pela qual se as alternativas, ferramentas, que já foram criadas e trazidas para lei não forem utilizadas, a Justiça do Trabalho também poderá entrar num momento de colapso.

Assim, levando em consideração todo esse contexto, essas vias adequadas devem ser utilizadas como fórmulas parceiras, caminhando junto com o Poder Judiciário, e não representando uma concorrência à jurisdição contenciosa do Estado. É preciso se ter em mente que essas formas não devem ser buscadas tão somente com o objetivo de desafogar o Poder Judiciário Estatal, pois tal afirmação seria sim uma consequência. O mais importante é se ter em mente que num sistema de Tribunal Multiportas, como foi implantado no Brasil através do CPC/2015, cada conflito tem uma forma mais adequada de ser solucionado, e a partir que o processo seja recebido pelo Tribunal Multiportas pela porta adequada para que possa ser dada a solução, estará sendo otimizado tempo e custo, o que irá ocasionar uma maior efetividade do Poder Judiciário, tendo em vista que os processos serão resolvidos em menos tempo, já que terão o tratamento adequado.

As fórmulas de mediação e de arbitragem estão à disposição dos interessados. O dogma da indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas se revelou superável. Agora, incumbe aos protagonistas da Justiça do Trabalho, de juízes a advogados, cumprir o seu dever de estimular os protagonistas da relação de emprego, empregado e empregado, a buscar as formas adequadas à solução de conflitos, numa atuação harmoniosa e em plena sintonia com o maior objetivo de todos: a pacificação social.

É este o caminho a percorrer.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandes. **Tribunal Multiportas**: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª. Ed. SÃO PAULO: ATLAS, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. rev.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista (Lei 13.467, de 13 de julho de 2017)**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CHIOVENDA, Fiuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. 1ª ed. São Paulo. LTr. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao direito**

Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19ª ed. Salvador. Jus PODIVM, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil:** vol. I – 9ª ed., ver. e atual. segundo o novo código de processo civil. – São Paulo: Malheiros, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti:** Análise Teórica Desta Concepção Como “Movimento” de Transformação das Estruturas do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Fabris, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 10ª. Ed – Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Ricardo Goretti; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A mediação incidental como meio dos conflitos trabalhistas individuais: a questão da dispensa de trabalhadores detentores da garantia provisória no emprego. **Espaço Jurídico Journal of Law.** V.17 n. 1, 2016, 147-166. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/4308>. Acesso em: 19 fev, 2020. <https://doi.org/10.18593/ejil.v17i1.4308>

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MIDIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** vol.1. 4ª. Ed. SÃO PAULO: THOMSOM REUTERS BRASIL, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 9ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista:** entenda o que mudou. CLT comentada e comparada – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato. Breve Ensaio Sobre A Postura Dos Atores Processuais Em Relação Aos Métodos Adequados De Resolução De Conflitos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC,** Vol. 9, Salvador: Juspodivm: 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Instituições de Direito Civil.** Volume VII – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda**

Pública e Execução. Salvador: Juspodivm, 2018.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3 ed. São Paulo. LTr: 2002.

SAAD, José Eduardo Gabriel; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad,. **Direito Processual do Trabalho.** 3a. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho.** 1ª ed. São Paulo. LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Comentários à Reforma Trabalhista:** Análise da Lei 13.467/2017, Artigo por Artigo. 2ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Ação Rescisória no Processo do Trabalho.** 5ª ed. – São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista:** As alterações introduzidas no processo do trabalho pela lei nº 13.467/2017. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Competência Material da Justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: dimensões da Jurisdição Voluntária diante das novas atribuições do Juiz do Trabalho no Processo de Homologação de Acordo Extrajudicial. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (Orgs.). **A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista:** Homenagem Ao Ministro João Oreste Dalazen. São Paulo: LTr, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** vol 1. 60 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANETI JUNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos Coleção grandes temas do novo CPC, v.9, coordenação geral, DIDIER Jr, Fredie - Salvador: Juspodivm, 2018.

ANEXO

Anexo 1: Tabela II - Número de Ações Trabalhistas Recebidas por Distribuição no 1º Grau - Por Rito Ordinário, Sumaríssimo e outras (De janeiro a dezembro - 2017/2018)



Tabela II - Número de Ações Trabalhistas Recebidas por Distribuição no 1º Grau - Por Rito Ordinário, Sumaríssimo e outras (De janeiro a dezembro - 2017/2018)

Período Antes e Após Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017)

Mês	2017					2018					Variação (%)		
	Rito Ordinário	Rito Sumaríssimo	Demais Ações	Homologação de T. ExtraJudicial	Total	Rito Ordinário	Rito Sumaríssimo	Demais Ações	Homologação de T. ExtraJudicial	Total	Rito Sumaríssimo (%)	Homologação de T. ExtraJudicial (%)	Total
Janeiro	5.353	1.850	284	0	7.487	1.278	2.157	241	76	3.752	16,59	...	-49,89
Fevereiro	6.326	2.427	307	3	9.063	1.611	2.601	228	73	4.513	7,17	2.333,33	-50,20
Março	7.754	2.582	384	3	10.723	2.268	3.571	415	99	6.353	38,30	3.200,00	-40,75
Abril	6.050	1.857	323	1	8.231	2.473	3.578	354	173	6.578	92,68	17.200,00	-20,08
Maiο	7.037	2.449	356	0	9.842	2.992	3.673	322	137	7.124	49,98	...	-27,62
Junho	6.080	1.905	284	0	8.269	2.339	2.767	314	159	5.579	45,25	...	-32,53
Julho	6.486	2.031	328	1	8.846	2.421	3.117	434	264	6.236	53,47	26.300,00	-29,50
Agosto	7.015	2.297	368	2	9.682	2.400	3.299	628	197	6.524	43,62	9.750,00	-32,62
Setembro	5.452	1.992	303	6	7.753	1.802	2.609	376	217	5.004	30,97	3.516,67	-35,46
Outubro	6.567	2.007	374	2	8.950	2.272	2.907	441	284	5.904	44,84	14.100,00	-34,03
Novembro	8.524	2.451	412	5	11.392	2.160	2.954	459	169	5.742	20,52	3.280,00	-49,60
Dezembro	1.086	1.396	180	50	2.712	1.569	2.407	558	280	4.814	72,42	460,00	77,51
Total	73.730	25.244	3.903	73	102.950	25.585	35.640	4.770	2.128	68.123	41,18	2.815,07	-33,83

Fonte: sistema e-Gestão.

Reforma trabalhista - Lei 13.467/17