

A EXALTAÇÃO DA CULTURA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO E O DEVER FUNDAMENTAL DE CONCILIAR
THE ACCLAMATION OF THE CONCILIATION AND MEDIATION CULTURE AND THE FUNDAMENTAL DUTY OF
CONCILIATION

Dr. Marcelo Tolomei Teixeira
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

RESUMO

O presente artigo questiona o novo CPC e suas direções neoliberais com o recrudescimento da responsabilidade individual, bem como a segurança jurídica e a autocomposição dos conflitos. Assume que o método dialético é utilizado para demonstrar as transformações de acepções de acesso à Justiça. Aponta a doutrina de Mauro Cappelletti como correspondente atual do neoliberalismo enquanto afastamento do Estado na solução dos conflitos e recrudescimento da responsabilidade individual com ampliação do instituto da litigância de má-fé e o prestígio das decisões dos tribunais superiores. Uma conciliação em massa corre o risco de violar direitos constitucionais valendo-se das necessidades dos hipossuficientes (lembrando os litígios das áreas trabalhista, consumo e financeiro) que, induzidos pelas propagandas em massa, para conciliarem, e por conta também de suas necessidades, acabam quitando consideráveis partes de seus direitos, muitas vezes de forma prejudicial. Cabem, ainda, críticas ao novo CPC, que erigiu o dever de tentar conciliar. Mitiga tais críticas, porém, diante das necessidades estruturais do Poder Judiciário brasileiro ante à impossibilidade de solucionar com rapidez a imensa massa de processos. Aponta como dever imposto as partes pelo novo CPC, apresentando seus limites e clamando pela justiça das conciliações e mediações, sob pena de esvaziamento do conteúdo constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: NCP. Neoliberalismo. Dever jurídico de mediar e conciliar.

ABSTRACT

This paper questions the new Code of Civil Procedure (CPC) and its neoliberal directions with the increase of individual responsibility, as well as legal security and the self-composition of conflicts. The dialectical method is used to demonstrate the transformations of access to justice. It points out Mauro Cappelletti's approach which shows how the current correspondent of neoliberalism removes the State from the solution of conflicts and increases the individual responsibility with the ampliation of the institute of bad faith litigation and the prestige of decisions in the higher courts. A mass conciliation takes the risk of violating constitutional rights by using the needs of hyposufficient workers (remembering disputes in the labor, consumption and financial areas) which, induced by mass advertisements to conciliate and also regarding their needs, end up paying off considerable parts of their rights, frequently in a harmful way. There is also space for critics to the new CPC, which has accentuated the duty to try to conciliate. It attenuates such criticisms, however, in view of the structural needs of the Brazilian Judiciary in the face of the impossibility of rapidly solving many processes. It is demonstrated that such duty is imposed to the concerned parties by the new CPC, presenting their limits and calling for justice of conciliations and mediations, under penalty of emptying the constitutional content of the human dignity.

Keywords: NCP. Neoliberalism. Legal duty of mediation and conciliation.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar o dever fundamental da parte em ter que conciliar, corolário este da realidade imposta pelo novo Código de Processo Civil (CPC). Parte dos pressupostos de que o novo Código é filho de uma nova realidade de mentalidades, com aporte em três nítidas direções: a segurança jurídica, a responsabilização individual, e a resolução dos conflitos fora do âmbito estatal - valores que se exacerbaram, principalmente, a partir dos anos 80 em todo mundo ocidental. A crise do estado social é ladeada, no campo jurídico, com o enfraquecimento das constituições dirigentes, e que vão contextualizar as modificações fundamentais do NCPC. Gomes Canotilho (2005, p. 35) aduz que a capacidade de operar transformações emancipatórias na sociedade se esvaiu, mas aponta que, para a realidade brasileira, os direitos constitucionais, com todos os problemas de pouca eficácia, servem como palavra de ordem para a luta política.

Aspectos inovadores do novo CPC podem ser ressaltados como positivos: vide a interpretação da petição inicial, de acordo com o conjunto da postulação pelo princípio da boa-fé; a contemplação do julgamento antecipado parcial do mérito; a alteração do livre convencimento motivado ante as exigências ao juiz, para que a decisão seja considerada fundamentada.

O art. 1º do CPC aduz de forma moderna a supremacia material da Constituição Federal, como princípio de ordenação, disciplina e interpretação do novel código. O NCPC tem que ser interpretado à luz da Constituição-Cidadã, em que a dignidade da pessoa humana assume valor fundamental. Não se trata, portanto, de se ver apenas o "lado ruim" das coisas, porém, a marcha histórica da formação do diploma legal em questão, com fincas em aspectos abertamente neoliberais, chama a atenção para os perigos de sua atuação, a par de se compreender as dificuldades reais, por conta, principalmente, do número de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro, e a impossibilidade de oferecer uma solução satisfatória para equacionar a problemática. A conciliação e mediação têm expectativas de reduzir o trabalho do Judiciário que não dá conta de solucionar as demandas que lhe são dirigidas. Há quantidade excessiva de ações por juiz, especialmente no primeiro grau de jurisdição, o tempo médio para se julgar um processo está em 5 anos, segundo dados lançados pelo CNJ.

A pergunta a ser formulada para o devido tratamento dos institutos em comento, e tendo como foco os deveres fundamentais dos cidadãos, passa a ser a seguinte: quais os deveres fundamentais do cidadão, como parte no ambiente processual, diante dos institutos da conciliação e mediação e as perspectivas de composição justa dos conflitos?

A hipótese formulada é nos seguintes termos: o novo CPC, coerente com as tendências modernas processuais, tem como principal vertente a conciliação e a mediação como resolução dos conflitos da vida. Assim sendo, determinou como dever fundamental da parte o comparecimento nas audiências de conciliação e mediação sob pena de multa e comportamento de acordo com a boa-fé objetiva; não há, todavia, previsão legal de penalidade pelo não comparecimento das partes nas audiências dos mutirões de conciliações. A solução de conflitos pela conciliação e mediação são relevantes para a administração da justiça, no tocante à celeridade, e também nos casos "coexistenciais". Contudo, a exaltação dessa cultura coloca em risco a possibilidade de conciliações e mediações justas quando açodadas pela pressa (dos órgãos e das partes), ou mesmo autoritárias ou suspeitas (quando feita pelos próprios juízes), e acabam se tornando "quitadoras" de direitos fundamentais – caso da Justiça do Trabalho, em que as conciliações podem favorecer os interesses patronais.

Na abordagem da construção da pesquisa, o método escolhido foi o dialético, "que penetra o mundo dos fenômenos por meio de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza da sociedade"¹. Pois, são as transformações apresentadas, como do Estado social às políticas neoliberais, dada pelo fenômeno de mudanças de paradigmas, apontados para soluções dos conflitos, do social para o neoliberal, e as contradições, que, muitas vezes, se sente presente na proteção dos interesses do cidadão hipossuficiente, notadamente trabalhistas com possibilidade de replicar para outros tipos de conflitos.

Este trabalho enfrentará a supracitada questão e defenderá sua hipótese com a seguinte organização: o primeiro capítulo aproximará, numa perspectiva da macro política, eixos temáticos como o neoliberalismo e a exacerbção da responsabilidade individual e segurança jurídica, sem perder de vista a capitulação própria do CPC que demarcam tais temas. A seguir, pontuar-se-á acerca da questão da resolução dos conflitos, fora

¹MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 225.

do eixo estatal tão caro para o novo CPC, o que será precedido por uma incursão na doutrina de Mauro Cappelletti, fundamental para análise da temática da autocomposição dos conflitos. O último capítulo responderá à indagação proposta deste trabalho e enfrentará a questão se tal dever, a par da celeridade planejada, aproxima-se, também, de uma composição justa dos conflitos.

2 NEOLIBERALISMO, RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Como qualquer expressão política (vide democracia, liberalismo, etc.) não é fácil uma classificação categórica sobre neoliberalismo. Há consensos que o mesmo floresce desde o começo dos anos 80, que as gestões de Ronald Reagan e Magareth Thatcher são expoentes de tais ideologias e práticas políticas voltadas à estabilidade de preços (monetarismo), à ampla abertura de fronteiras para o comércio e aos movimentos de capital, etc.

Para Noam Chomsky², neoliberalismo seria a partir da liberação dos mercados e do sistema financeiro, fixação de preços livres, fim da inflação e privatização. Bobbio³ aponta a amplitude da liberdade negativa, sendo que hoje na ascensão neoliberal é a doutrina do "Estado mínimo". Para Avelã Nunes⁴, o ideário neoliberal rejeita o objetivo da redução das desigualdades em face de um qualquer ideal de equilíbrio e justiça, em nome das necessidades do mercado.

No campo jurídico, o contrato é exaltado com ênfase na plena autonomia das partes, criticando os embaraços causados pelas intervenções do Estado através das leis e atos administrativos; ademais, para o desenvolvimento do *business*, faz-se necessária a segurança jurídica que adiante também será tratada. Desenvolve-se, por ora, um conceito que consideramos caro ao neoliberalismo: exacerbação da responsabilidade individual.

Oliver Nay⁵ aduz que o paradigma liberal negligencia a desigualdade social e assevera valor demasiado à responsabilidade humana. Tal fenômeno no campo jurídico, no âmbito do direito pena, seria equivalente ao recrudescimento de penas, ao encarceramento em massa e à constituição de uma sociedade de controle principalmente para os pobres – a "guetização". No Brasil, vide a PEC 171/93, que propõe a redução da maioria penal, notícias divulgadas recentemente mostram sobre a possibilidade de privatização de presídios. No campo trabalhista, o desemprego passa a ser responsabilidade do empregado, que não se formou adequadamente e que deve estar apto para aceitação de qualquer trabalho precário.

No campo do CPC, o art. 80 ampliou e detalhou o conceito de litigância de má-fé nos seguintes termos:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

O entendimento do STJ é no sentido de que a multa de 1% do valor da causa, e a indenização, em até 20%, pode ser aplicada sem que a parte prove o dano sofrido⁶. Soma-se à sistemática de responsabilização a fixação de honorários sucumbenciais com base no valor pleiteado, no caso de improcedência e impossibilidade de compensações – art.85, § 6º.

Notícias recentes vêm atingindo até os advogados, por exemplo, que estão sendo condenados por litigância de má-fé no próprio processo, de forma solidária com seu cliente. Até no campo da Justiça do

²CHOMSKY, N. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Tradução: Pedro Jorgensen Junior. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002. p. 08.

³BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Garcia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 91.

⁴NUNES, A. J. A. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39.

⁵NAY, O. **Histórias das idéias políticas**. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 488.

⁶MENGARDO, B. STJ define aplicação da litigância de má-fé pelo Judiciário. **JOTA**, Brasília, 09 jun. 1015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/stj>>. Acesso em: 2 set. 2018.

Trabalho, que sempre se mostrou “mais tolerante” com o tema em questão⁷, é certo que ainda não há fundamento legal para condenação do advogado, a não ser em processo específico. Claro que a má-fé processual não deve passar incólume, mas há de ser registrada a tendência de agravamento de uma responsabilização às partes processuais, o que, a depender do grau, passa a ser um fenômeno preocupante.

Outra direção seguida pelo NCPC está no recrudescimento da chamada segurança jurídica, que se mostra como: traço importante da modernidade; proteção do cidadão contra os abusos do Estado, de seus concidadãos; possibilidade de participar do mercado, de produzir e trabalhar, com as garantias de que os contratos firmados serão cumpridos; cálculo racional para os riscos que faz com que o empreendedor arrisque.

Max Weber, em sua “Ética Protestante e Espírito Capitalista”, nos ensina que o capitalismo se desenvolveu pelo espírito de acumulação calvinista (o lucro era uma bênção e a vida era simples, sem luxos, para acumular mais), por um desenvolvimento existente, mas também por um sistema jurídico moderno. Por outro lado, é da índole das constituições modernas equilibrar justiça social com segurança, direitos sociais com princípios liberais do primado da propriedade privada e do mercado.

Mas a direção do CPC, em prol dos chamados prejulgados (instituto importado do direito costumeiro), torna suspeito se, de fato, a defesa em questão atende aos interesses dos mercados – da reivindicação do interesse do capital –, afastando uma possível interpretação social dos ordenamentos.

O aumento da segurança jurídica e o incremento dos meios alternativos de solução dos conflitos é finalidade da Reforma do Poder Judiciário e da Legislação Processual, segundo a pesquisadora do IDESP e da USP, Maria Tereza Sadeck, que, citada por Sergio Rocha⁸, aponta ainda os elogios do FMI para o governo brasileiro por adotar medidas concretas em face dos riscos jurídicos, notadamente nos empréstimos bancários. Para Souto Maior⁹, deve-se ainda considerar a recomendação do Banco Mundial, em seu documento n. 319, no sentido de redução dos poderes dos juízes como em prol da segurança dos negócios.

A sistematização apresentada no novo CPC controla juízes e desembargadores, vide artigos como: o art. 947, denominado incidente de assunção de competência, atribuindo para “órgão especial” julgamento das relevantes questões de direito com grande repercussão social; os arts. 948 e 950, que quebram a tradição brasileira do controle difuso de constitucionalidade; o art. 966 que, em seu inciso V, admite a rescisória para as decisões que meramente violarem manifestamente norma jurídica (súmulas e jurisprudências dominantes são referências), sendo que antes o termo usado era a violação literal de disposição de lei; vide o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (art.976, III); e o art. 987, § 2º, que dispõe que “apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”.

A adoção da sistemática acima exposta, e ainda as informações sobre as pressões das agências internacionais, para um sistema processual que disciplinasse o ativismo social dos juízes, apontam para a realização de uma prática neoliberal, assim como a ênfase na conciliação e mediação do CPC para resolução dos conflitos.

3 MAURO CAPPELETTI: SOBRE A CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Mauro Cappelletti, em seu clássico “Acesso à Justiça”¹⁰, obra que escreveu em conjunto com Bryant Garth, apresentou três perspectivas fundamentais para que os pobres, em particular, tivessem acesso ao sistema jurídico: a assistência gratuita (primeira onda), a proteção aos interesses difusos, principalmente na área de consumo e ambiental (segunda onda), e a utilização de procedimentos mais simples e julgadores informais, incluindo aí as novas técnicas de soluções de conflitos, entre as quais destacam-se a mediação e conciliação (terceira onda).

Cappelletti¹¹, em uma de suas obras mais recentes “Processo, Ideologias e Sociedade”, se apresenta

⁷AGUIAR, A. Pastes e advogados são multados por mentiras em ações trabalhistas. **Valor Econômico**, São Paulo, 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.granadeiro.adv.br>>. Acesso em: 2 set. 2018.

⁸ROCHA, S. Neoliberalismo e Poder Judiciário. In: COUTINHO, J. N. de; BARRETO LIMA, M. (Orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. São Paulo: Renovar, 2006. p. 506.

⁹SOUTO MAIOR, J. L. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 99.

¹⁰CAPPELETTI, M.; BRYANT, G. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

¹¹CAPPELETTI, M. **Processo, ideologia e sociedade**. Tradução: Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2010. p. 189.

rebarbativo quanto ao Estado social, que teria exacerbado o número de lei posta em circulação – uma “orgia de legislação”, uma orgia de leis primárias e secundárias, leis e decretos administrativos de intervenções nos mais disparatados setores da vida econômico-social, voltadas de fato em transformar a realidade no sentido de uma maior justiça social -, fala do mito da onipotência e onipresença da lei.

Capelletti aposta em um direito que encontre suas origens, não no Estado e na sua legislação, mas em formações “espontâneas” e descentralizadas – cita, ainda, Calamandrei, que vislumbra a participação laica na jurisdição como positiva. Aponta que o contencioso foi justificável nos primeiros tempos de afirmação dos direitos sociais - que eram indisponíveis e inderrogáveis, mas que na atual fase da sociedade é tempo de negociação. E que mesmo fora das dependências do Estado fica garantida a *equality of arms* dos sindicatos, das associações para a proteção dos consumidores e do meio ambiente, etc.

Pode-se definir tal posicionamento de Cappelletti como neoliberal? Segundo Bourdieu¹², o Estado neoliberal está se retirando ou se retirou de setores cruciais da vida social – podendo incluir a Justiça – e aplicar a tradição do direito americano ao planeta inteiro. É a crise dos anos 80, ao qual já nos referimos em nossa introdução, que afeta o Estado social, as constituições dirigentes, a jurisdição estatal etc. No campo político, a ideologia do Estado social, que demonstrou, principalmente a partir da II Guerra Mundial, os defeitos da ordem liberal, passa a ser julgada. A impaciência com o Estado passa a ser a tônica de tais críticos, que, como Cappelletti, passa a apostar nas soluções de conflitos fora da esfera estatal, o que é um caminho perigoso: no lugar de leis, que as relações e conflitos sejam realizados pelas partes.

Cappelletti¹³ aduz que há situações complexas em que não basta decidir quem está errado ou certo, porque são relações duráveis que necessitam de conservação. Cita os conflitos em fábricas, condomínios, supermercados e hospitais, em suma, nos âmbitos das comunidades frequentadas pelos indivíduos; denomina tal situação de justiça coexistencial, em que a conciliação é o ideal, e que há uma forte tendência evolutiva para a expansão nos mais variados países para a conciliação. Não negamos que há incapacidade do Judiciário de tratar da litigiosidade de determinadas espécies da vida social – as “coexistenciais”; relações que permanecem no tempo e, muitas vezes, são permeadas por relações de subjetividades como ódio, raiva, amor, antipatia, etc. Contudo, as relações de consumo trabalhistas e financeiras são permeadas por outros valores, os valores do mercado, em que a banalidade social dos agentes do capital são a tônica de sua atuação; privatizar tais conciliações e mediações pode desproteger a rigor o hipossuficiente.

Outro detalhe importante na doutrina de Cappelletti¹⁴ é: defeito ou, até mesmo, contradição unir na mesma pessoa ou órgão as funções de julgar com a de conciliar ou de mediar, sob pena de se pressionar as partes. Teixeira Filho¹⁵ aduz que “[...] o magistrado deverá ter o cuidado de não coagir os litigantes, nem de prejudicar a causa, sob consequência, neste último caso, de tornar-se suspeito”. Com efeito, o modelo, por exemplo, da Justiça do Trabalho no Brasil, a par dos cuidados que possam ter seus juízes, não se adequaria à modernidade sugerida por Cappelletti.

Por fim, a chamada “terceira onda”, a par da importância que a conciliação e mediação tenham na solução de determinados conflitos (os “coexistenciais”), pode ser analisada e problematizada dentro da perspectiva da crise do Estado social, incluindo a crise da chamada Constituição dirigente e a forma de solução de seus conflitos. A partir daí, pode-se questionar os interesses que tal paradigma possa ter em relação às forças interessadas no dismantelamento do Estado social – daí a importância teórica dos críticos ao neoliberalismo como Bourdieu, Bobbio e Chomsky.

4 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO BRASIL

A legislação brasileira consagrou a conciliação nas Ordenações e na Constituição do Império e a aboliu na Proclamação da República (alguns códigos estaduais chegaram a falar em conciliação facultativa). O CPC, de 1939, nada dispunha sobre conciliação. No Brasil, a Justiça do Trabalho, desde 1943, consagra a conciliação

¹²BOURDIEU, P. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998. p. 30.

¹³CAPPELLETTI, M. **Processo, ideologia e sociedade**. Tradução: Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, v. 2, 2010. p. 113.

¹⁴CAPPELLETTI, M. **Processo, ideologia e sociedade**. Tradução: Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, v. 2, 2010. p. 184.

¹⁵TEIXEIRA FILHO, M. A. **Comentário ao novo código de Processo civil sob a perspectiva do processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 383.

como fundamental – vide os artigos 764, 846, 850 e 860 da CLT. A denominação, inclusive, da primeira instância trabalhista foi de Junta de Conciliação e Julgamento - com a presença dos chamados juízes classistas¹⁶, presentes também na segunda e terceira instâncias. O juiz trabalhista sempre teve o dever de conciliar as partes em audiências. A conciliação sempre foi da cultura da Justiça do Trabalho. Aduz Manoel Teixeira Filho: “Em rigor, a CLT parece ter servido como fonte de inspiração, bem antes, para a Lei n. 968, de 10 de dezembro de 1949, que tornou obrigatória a tentativa de conciliação nas ações de despeito litigioso e de alimentos”¹⁷. O CPC, de 1973, refere-se à conciliação nos artigos 125, IV, 275, 331, 447 e 449, assim como os Juizados Especiais, Cíveis e Criminais.

No novo CPC (Lei n. 13.105/2015), os institutos da conciliação e da mediação ganham densidades, comprometido, segundo José Rogério Tucci¹⁸, com o sistema “multiportas” – já que define em seu art. 174 a criação de câmaras de conciliação e mediação fora do Poder Judiciário¹⁹. Para Souto Maior²⁰, a realidade brasileira impõe que não se confie na legitimidade de acordos formulados fora do âmbito do ambiente da jurisdição trabalhista - sendo instigante definir se tal quadro não se aplicaria também para outros tipos de controvérsias. O fato é que a Justiça do Trabalho repeliu, com a chancela do STF, a obrigatoriedade de submissão prévia à Comissão de Conciliação Prévia antes da propositura da reclamação trabalhista²¹.

O novo CPC abraçou a conciliação em diversos de seus dispositivos legais: art. 2º e art. 3º determina que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Prevê, ainda, a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação (artigo 165); estabelece os princípios que informam a conciliação e a mediação (art. 166); faculta ao autor da demanda revelar, já na petição inicial, a sua participação para participar da audiência de conciliação ou mediação (art. 319, inciso VII); e recomenda nas controvérsias de família a solução consensual com possibilidade de mediação extraconjugal (art. 694).

O §8º do art. 334 do CPC chega ao requinte de reprimir, com multa de até 2% da vantagem econômica, visada pelo demandante ou do valor da causa, a ausência injustificada em audiência de conciliação ou de mediação, que é marcada pelo juiz após recebimento e saneamento da petição inicial (*caput* do art. 334) - ela só não é aprazada mediante o desinteresse de ambas as partes (art. 334, § 4º, inciso I) e quando não se admitir a autocomposição (art. 334, § 4º, inciso II).

5 O DEVER JURÍDICO DE CONCILIAR E MEDIAR E AS SOLUÇÕES JUSTAS

O dever fundamental de comparecer em audiência para tentativa de conciliar está consagrado, pois o NCCP só admite a não realização de audiência e mediação mediante o desinteresse do autor (art. 334, §5º) e do réu (art. 334, §4º). Se uma das partes pensa ser dispensável comparecer pelo seu sentimento negativo sobre acordo, seja pela sua resolução íntima de não desejar a autocomposição ou por achar uma “perda de tempo”, e por considerar que a outra parte não terá qualquer interesse, a sistematização do NCCP, como visto, exacerbando a direção da autocomposição dos conflitos, impôs o dever fundamental da tentativa de

¹⁶Historicamente, a organização da Justiça do Trabalho no Brasil foi inspirada no sistema dito 'paritário' da Itália fascista, que mantinha um ramo especializado do Judiciário na solução dos conflitos trabalhistas, em cuja composição figuravam representantes do Estado (juízes togados), da classe empresarial e da classe trabalhadora (juízes classistas) [...] Com o advento da Emenda Constitucional n.24, de 09.12.1999 a representação classista foi extinta e a organização e a composição dos órgãos da Justiça do Trabalho passaram por uma considerável transformação”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 126-127.

¹⁷TEIXEIRA FILHO, M. A. **Comentário ao novo código de Processo civil sob a perspectiva do processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 382.

¹⁸ TUCCI, J. R. C. **Novo código de processo traz mudanças nas audiências de conciliação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2>>. Acesso em: 23 abr. 2019. p. 2.

¹⁹O mediador apenas esclarece as partes; na conciliação chega a sugerir as possibilidades de soluções dos conflitos.

²⁰SOUTO MAIOR, J L. **Direito processual do trabalho**. São Paulo, LTr, 1998.

²¹As chamadas Comissões de Conciliações Prévias foram criadas pela Lei n. 9.958 que alterou a redação do art. 625 da CLT. São comissões por empresas, grupo de empresas, intersindicais e núcleos intersindicais de conciliações, a criação são facultativas, sendo compostas de representantes de empregados e dos empregadores, eleitos pelas empresas e indicados pelos empregadores, com mandados de um ano com recondução por mais um ano, sendo que os eleitos possuem estabilidade de um ano após fim do mandado, quando existentes era exigida sua passagem pelos reclamantes antes da propositura da demanda na Justiça do Trabalho, contudo o STF pela ADI n. 2160 MC/DF, j.13.05.2009, relatoria do Ministro Marco Aurélio, vedou tal exigência. O efeito foi o esvaziamento das referidas Comissões.

autocomposição, salvo a exceção das partes manifestarem o desinteresse das mesmas. Basta comparecer em assentada, ouvir as tentativas de conciliação e mediação e negar as possibilidades das mesmas; não há no NCPC qualquer obrigação de justificar.

O Conselho Nacional de Justiça instituiu a Semana Nacional da Conciliação – esforço concentrado para conciliar demandas em todos os tribunais –, não há penalidade para a parte ausente. Sobre os referidos mutirões, segundo Severo e Almeida²², conciliar pode ser legal, como apregoa o CNJ, desde que não se permita a renúncia genérica de direitos que o texto constitucional reconhece como irrenunciáveis - a composição amigável dos litígios deve estar dentro de um aspecto razoável de proteção ao trabalho humano. Acrescenta-se que também devem ser observadas a proteção ao meio ambiente, ao ambiente do consumidor, da defesa da honra, etc. Atento deve estar o poder judiciário na concretização do ordenamento constitucional e legal e não ser um mero cumpridor de metas. No mesmo sentido, Souto Maior²³ aduz que tem que haver critérios justos para as soluções dos conflitos – só assim pode se falar em “paz social legítima”, e uma conciliação só é justa se o fator “demora” da demanda não intervir para renúncia de direitos – ou seja, a celeridade fala mais alto na aceitação da conciliação proposta. A efetividade do processo não pode se traduzir na mera rapidez de sua solução.

A motivação política e inclinação para o neoliberalismo devem ser indagadas, no sentido de que se prevalece tal modelo, qual a perspectiva de ser a conciliação e mediação um acesso real à Justiça com fincas nos moldes dos valores da Constituição e de seus direitos fundamentais.

Outro aspecto sobre o dever das partes em sua inclinação à conciliação ou mediação, porque se trata de um negócio jurídico bilateral, deve ter transparência, lealdade e a confiança como deveres que decorrem da boa-fé objetiva. O Código Civil de 2002 positivou tal princípio em seu art.422. O art.166 do CPC dispõe de vários princípios norteadores da mediação e conciliação, que se dirigem aos mediadores e conciliadores.

Na seara trabalhista, a Lei 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, de orientação tipicamente neoliberal, apresentou novidades como a valorização da arbitragem (art. 507 - A da CLT), princípio de intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (art. 611- A da CLT), acordos extrajudiciais (arts. 855 - B a 855 - E da CLT), e uma série de outros mecanismos em que a lei perdeu terreno para a autonomia coletiva e individual.

As grandes demandas de massa, como as trabalhistas e as de consumo, que apresentam a figura do hipossuficiente - daí os princípios protetores de seus respectivos direitos materiais -, de fato inclinam-se para as soluções negociadas, de acordo com procedimentos simplificados e agentes colaboradores (conciliadores e mediadores) que fogem da figura do Estado-juiz atuando em sede de maior simplicidade. Mas, por outro lado (sem aproximação de qualquer paternalismo), há sempre o risco do poder econômico realizar seus ideais da plena negociação sem a presença do Estado, é a liberdade plena, que, como demonstrado às escancaras, prevalece sempre o mais forte.

O objetivo do processo civil moderno idealiza a justa composição da lide, com pacificação social, com aplicação da lei que deve ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Não é plausível, mediante tais parâmetros, que a conciliação e mediação apresentem soluções que se afastem de tais paradigmas – daí a necessária atuação do magistrado na verificação das realidades dos conteúdos negociados.

O Código Civil de 2002 positivou a boa-fé objetiva no seu art.422. Plausível sua aplicação no campo da conciliação ou mediação, cabendo a parte agir com o “dever de negociar”, o “dever de informar” e de não apresentar propostas “leoninas”, no sentido de se aproveitar da necessidade da outra parte em negociar por conta do tempo e de suas necessidades. Portanto, a negociação não pode ser um campo de barganhas, mas momento de propostas fundamentadas e de ponderações com as propostas alheias, com agilidade e sinceridade.

Conciliar e mediar são necessidades para desafogar o Estado e um desafio para o direito. Um dever fundamental para as partes. Uma atenção redobrada para o Estado, no sentido de controlar as soluções justas dos conflitos, mesmo no campo da autocomposição. Não basta solucionar os processos a qualquer preço.

²²SEVERO, V. S.; ALMEIDA, A. E. **Direito do trabalho avesso da precarização**. São Paulo: LTr, 2014. p. 180.

²³SOUTO MAIOR, J. L. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr. 1998. p. 150.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho, pautado nos marcos políticos da formação do NCPC e com aporte no método dialético, apontou todos os aspectos entendidos como direções neoliberais na formação do Código em questão: recrudescimento da responsabilidade individual no amplo aspecto do novo conceito de litigância de má-fé. A fixação pela segurança jurídica, assumida pela ampla sistemática que prestigia as decisões dos tribunais superiores. A ênfase na autocomposição dos conflitos - mediações e conciliações. Neoliberalismo sugere ênfase nas liberdades do mercado, em sentido contrário dos cânones de justiça social.

Certo que o referido direcionamento não obsta as tentativas sinceras do legislador ao tentar munir o NCPC de solucionar a crise do Poder Judiciário no Brasil com a imensa gama de processos e a lentidão da solução dos mesmos, mas é fundamental uma análise na raiz de tais soluções para uma melhor crítica aos novos institutos.

Da mesma forma que a análise da doutrina tão influente de Mauro Cappelletti não deve prescindir de uma análise política, situando seus cânones dentro da realidade da irritação com o Estado social, a par de suas sérias dificuldades, ainda é fundamental para que o acesso aos pobres ao Poder Judiciário seja de fato efetivo.

A Justiça do Trabalho no Brasil pode ser um *locus* privilegiado para muitas análises notadamente sobre a forma de uma conciliação em massa, que acaba por quitar direitos fundamentais constitucionalizados, valendo-se das necessidades dos hipossuficientes, o que pode ser reproduzido em outros campos, como o dos litígios ligados ao consumo e ao setor financeiro.

De toda sorte, crível que o NCPC erigiu o dever de conciliar (tentativa) como realidade, a par de que não se pode obrigar as partes envolvidas a justificarem os motivos de não aceitarem as propostas decorrentes de mediações e conciliações, e não há previsão legal sobre a necessidade de comparecerem nos chamados "mutirões de conciliações". O mais importante a ser destacado é que o resultado da realidade imposta do NCPC não pode ser auferido pelas meras estatísticas de soluções processuais, e sim de soluções justas que envolvem, principalmente, os pobres.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, A. Pastes e advogados são multados por mentiras em ações trabalhistas. **Valor Econômico**, São Paulo, 20 jul. 2016. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br>. Acesso em: 2 set. 2018.
- BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Garcia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- BOURDIEU, P. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998.
- CAPPELLETTI, M. **Processo, ideologia e sociedade**. Tradução: Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, v. 2, 2010.
- CAPPELLETTI, M; BRYANT, G. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- CHOMSKY, N. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Tradução Pedro Jorgensen Junior. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.
- LEITE, C. H. B. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo, LTr, 2010.
- MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MENGARDO, B. STJ define aplicação da litigância de má-fé pelo Judiciário. **JOTA**, Brasília, 09 jun. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/stj>. Acesso em: 2 set. 2018.
- NAY, O. **Histórias das idéias políticas**. Tradução: de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

NUNES, A. J. A. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, S. Neoliberalismo e Poder Judiciário. *In*: COUTINHO, J. N. de; BARRETO LIMA, M.o (Orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. São Paulo: Renovar, 2006. p. 497-518.

SEVERO, V. S.; ALMEIDA, A. E. **Direito do trabalho avesso da precarização**. São Paulo: LTr, 2014.

SOUTO MAIOR, J. L. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA FILHO, M. A. **Comentário ao novo código de Processo civil sob a perspectiva do processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

TUCCI, J. R. C. **Novo código de processo traz mudanças nas audiências de conciliação**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2>. Acesso em: 23 abr. 2019.

SOBRE O AUTOR

Marcelo Tolomei Teixeira

Graduado em Direito. Mestre em Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Contato: tolomei@trt17.gov.br