

A JUSTIÇA DO TRABALHO E A CONCILIAÇÃO IMPOSSÍVEL

THE LABOR COURT AND THE IMPOSSIBLE CONCILIATION

Vitor Araújo Filgueiras*

Resumo: Este texto objetiva descrever o padrão de atuação hegemonicamente vigente nas últimas décadas na Justiça do Trabalho (JT), umas das três instituições de vigilância do direito do trabalho, e como tal forma de atuação se relaciona com o desrespeito às normas de proteção ao trabalho. Ou seja, discute-se o impacto do funcionamento da JT no comportamento das empresas frente à legislação trabalhista no país. A pesquisa que serviu de base para o artigo combinou dados agregados da instituição, dados regionais, informações de Varas do Trabalho, jurisprudência, estudos de caso, entrevistas e publicações de magistrados.

Palavras chaves: Justiça do Trabalho. Direito do Trabalho. Conciliação.

Abstract: This text aims to describe the pattern of the current hegemonic performance in the last decades in the Labor Court, one of the three institutions of surveillance of the labor law, and how such form of action relates to the disrespect with labor protection standards. Ie, it discusses the impact on the operation of the Labor Court on the companies behavior face at the labor laws in the country. The research that formed the basis for the Article combined aggregate data of the institution, regional data, information from the labor courts, jurisprudence, studies of cases, interviews and publications of magistrates.

Keywords: Labour Court. Labor Law. Conciliation.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho (JT) é uma instituição federal que, historicamente, processa e julga as ações concernentes à relação de

*Graduado em Economia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), doutor em Ciências Sociais pela UFBA, pós-doutorando em Economia pela Unicamp, pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho (CESIT) da Unicamp e coordenador do grupo de pesquisa “Indicadores de regulação do emprego”.

emprego¹, ajuizadas por trabalhadores, empregadores e os respectivos representantes.

Sendo a riqueza social hegemonicamente produzida pelo trabalho assalariado, uma instituição como a JT é agente fundamental na definição das características da nossa sociedade. Sua influência ocorre na medida em que a JT garante e incentiva (ou não) a efetividade do direito do trabalho, o que abarca, dentre diversos exemplos, desde a distribuição de renda até a preservação da vida daqueles que trabalham. Se garantir a efetividade integral do direito do trabalho no mercado de trabalho é tarefa impossível para a JT, por limitações estruturais de várias ordens (além da existência de outros agentes e fatores envolvidos no processo), ao menos se pode esperar que sua atuação incentive a obediência às normas pelos empregadores.

O objetivo deste artigo é analisar como o padrão de atuação da JT se relaciona com a efetividade do direito do trabalho. O texto está baseado em tese de doutorado que focou a última década do Século XX e a primeira do Século XXI (FILGUEIRAS, 2012). Alguns indicadores são atualizados para os anos mais recentes. Os principais instrumentos utilizados na investigação foram dados e resultados agregados de toda a JT (Varas e Tribunais), jurisprudência, entrevistas, reportagens, documentos, pesquisas de outros autores e depoimentos de juízes.

2 “CONCILIAR É A MELHOR SOLUÇÃO”

Conforme já indicado, a JT é uma instituição que decide sobre discórdias entre capitalistas e trabalhadores (eventualmente envolvendo outros órgãos) acerca da observância das normas trabalhistas. Uma das partes que se considere prejudicada ingressa com uma ação, quase sempre o trabalhador, na qual relata os supostos descumprimentos de regras. O processo trabalhista, se não for extinto sem avaliação do mérito, possui dois desfechos possíveis: ou a Justiça irá proferir uma decisão sobre a lide, ou promover um acordo entre os litigantes. Na decisão (ou sentença, como também chamarei²) judicial é o juiz que determina o resultado da ação, declarando a improcedência, procedência ou procedência parcial do(s) pedido(s) formulado(s) pelo demandante. No acordo (ou conciliação), há um entendimento formal entre as partes para pôr fim ao processo, realizado com a chancela do juiz, impedindo que o demandante volte a reivindicar aqueles mesmos direitos.

¹A Constituição foi alterada em 2004, e passaram a constar, no escopo da JT, as ações oriundas das relações de trabalho.

²A despeito de o acordo ocorrer formalmente por meio de uma sentença homologatória, quando se fala em sentença no meio jurídico quase sempre está se falando da decisão determinada pelo juiz.

O padrão de atuação da JT, desde a sua formação e mesmo antes de sua emancipação do Executivo, é buscar a conciliação formal entre trabalhador e patrão. Em consonância com essa tradição e com o movimento de incentivo à conciliação nas últimas décadas, houve alteração no quadro jurídico para tornar obrigação formal do juiz a dupla proposição de acordo nos processos. Contudo, na prática, a conciliação só é realizada se o juiz conclui pela sua pertinência. Se ele entende que há algum direito indisponível do trabalhador atingido por qualquer tentativa de acordo, pode não realizá-lo. Isso porque faz parte do quadro jurídico o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, empregado pelos juízes quando o entendem cabível. Portanto, os juízes têm autonomia para decidir sobre seu modo de atuação na condução dos processos.

Essa autonomia é fato consensual entre os juízes: “Cabe ao juiz do trabalho apreciar livremente a renúncia, a transação e a conciliação e pode deixar de homologá-la se for prejudicial ao empregado e tiver intuito de fraudar a lei” (SCHIAVI, 2006). Esse entendimento sobre o controle das conciliações é passado aos magistrados desde sua formação, conforme conteúdo do curso aos magistrados iniciantes no módulo sobre “técnica de juízo conciliatório” da Escola Nacional de Magistratura. O documento repete inúmeras vezes que não se deve fazer o acordo a “qualquer preço”, e que cabe ao juiz a apreciação das condições de conciliação, que não podem prejudicar o empregado.

Ocorre que, em suas atividades, os juízes têm padrão de atuação extremamente semelhante. Quase sempre, conforme entrevistas, conversas e mesmo através de declarações públicas e oficiais, os juízes admitem que tentam, por premissa, conduzir o processo para um acordo.

Essa condução para o acordo pode ocorrer sem qualquer ressalva, ou tentando resguardar, em alguma medida, os direitos dos trabalhadores. Os próprios juízes admitem a realização de acordos com renúncia de direitos incontroversos, muitas vezes defendendo desse tipo de conciliação (BONDIM, 2010). Há juízes que defendem até a conciliação sem o reconhecimento do vínculo empregatício, sob a justificativa que não tem:

[...] nenhuma valia o reconhecimento empregatício por um determinado período, puro e simples. Os únicos efeitos patrimoniais de tal declaração (a não ser os do Direito do Trabalho, **que podem ser transacionados no acordo**) são os atinentes à contagem do tempo de serviço para concessão de benefícios previdenciários. Mas estes **não são direitos trabalhistas e com estes não se deve preocupar o juiz do trabalho mais do que o próprio trabalhador [...]**. (SILVA, 2001, p. 161) (grifos meus)

As entrevistas que realizei com juízes indicam a dinâmica de consecução de conciliações com sonegação de direitos. Quando os

processos já não chegam à audiência com proposta de conciliação, os juízes normalmente insistem para realizar os acordos, muitas vezes pressionando o trabalhador. Trata-se de fato estilizado e reconhecido pelos próprios juízes:

Não raramente os juízes convencem o trabalhador a fazer um acordo sob a advertência do risco de nada receber, já que a demora da finalização da sentença e dos possíveis recursos poderá encontrar o devedor sem condições de pagar. (ALEMÃO; SOARES, 2009)

Etnografia realizada por Setti (1995, p. 116) observa esse padrão de atuação da JT já na década de 1990:

[...] a negociação para obtenção de acordo judicial ocupa boa parte do tempo das duas audiências. (...) O interesse dos juízes na obtenção do acordo judicial é grande, e sempre que há possibilidade eles investem insistentemente na busca do acordo judicial. (...) Em relação ao reclamante, os juízes insinuam que a ação não é tão boa assim como ele pensava e que o resultado é incerto, isto é, que quando da sentença do reclamante poderia considerar, aí já é tarde demais, o acordo um bom negócio.

A despeito dessa postura da JT, pouco menos da metade das ações tiveram como desfecho a conciliação formal entre 1988 e 2008, com média anual variando entre 43,1% e 53,6% de conciliações no total de ações ajuizadas. Contudo, olhando os dados da JT a partir dos diferentes desfechos possíveis para uma ação (discriminados os resultados das sentenças e desconsideradas as desistências), o resultado mais provável dos processos é, disparado, a conciliação (sempre mais que metade do total). Depois dos acordos, aparece a procedência parcial dos pedidos, bem atrás fica a improcedência e, por último, a procedência de toda a ação.

Outro fato estilizado é que quase sempre a JT atende aos trabalhadores após eles terem sido dispensados do emprego que ensejou a ação. Evidência disso é que grande parte dos pedidos versa sobre formalização do vínculo e rescisão contratual, conforme dados apresentados por Cardoso (2003) e depoimentos dos juízes à pesquisa do CESIT (2008). Como não há garantia contra dispensa imotivada, o ingresso na Justiça é quase sinônimo de perda do emprego.

O padrão de atuação da JT tem algum grau de relação com a carga de trabalho dos magistrados. Há pressões internas para que os juízes tramitem os processos o mais rápido possível, sendo normalmente aspecto de atividade jurisdicional uma grande quantidade de respostas (audiências, despachos etc.). Mas isso não torna inexorável a adoção

de postura mais ou menos conciliatória. Vale ressaltar que os juízes comumente contam com servidores ajudantes, não raramente até para redigir as sentenças (BRITO, 2007).

Uma característica a ser considerada no padrão de atuação da JT é o tempo do trâmite dos processos, pois impacta diretamente nos resultados das ações. Esse tempo está diretamente relacionado aos recursos interpostos nas ações, que costuma ser alto, sendo considerado um dos principais entraves à celeridade dos processos. Entretanto, alguns recursos não necessariamente têm que ser admitidos. O padrão de atuação da JT é permissível com a postergação dos processos pelos empregadores, e isso é admitido e criticado por diversos juízes³. Ademais, os recursos, em regra, não possuem efeito suspensivo para a execução, que pode correr até a penhora dos bens, pressionando o infrator ao cumprimento da sentença⁴.

Mesmo que os recursos sejam conhecidos, eles podem subir aos TRTs com o pagamento de direitos já efetuado. Isso pode ser feito por meio de antecipação da tutela, procedimento plenamente plausível no atual ordenamento jurídico. Assim, o trabalhador ficaria menos pressionado para aceitar subtração dos seus direitos. Ao obrigar a empresa a antecipar a efetivação de direitos com o processo em curso, a Justiça inverteria o ônus da espera, subvertendo a lógica atualmente vigente. Essa é a questão essencial sobre o tempo de trâmite de todo o processo trabalhista.

Ocorre que o uso das liminares é muito reduzido. Com base na tramitação de todos os processos de três Varas de Salvador, entre 2003 e 2010, em todos os anos, menos de 1% do total de ações tiveram antecipações de tutela deferidas pelos juízes, a pedido ou de ofício. É muito importante destacar - como evidência de que esse padrão de reduzidíssimo uso das cautelares é derivado das opções dos juízes, com consequências para todo o processo - o procedimento utilizado pelo Judiciário quando demandado pelas empresas. Ao contrário da ampla maioria das ações, quando as empresas entram com algum pedido, especialmente para suspensões de interdições efetuadas pela fiscalização do Ministério do Trabalho - MTE, elas são rapidamente apreciadas e, não raro, providas. Independentemente do mérito das decisões, elas mostram que são viáveis respostas céleres às demandas apresentadas à JT.

³Já no início dos anos 1990, Vasconcelos (1991, p. 43-47) apresentava diversas alternativas de interpretação que poderiam restringir os recursos.

⁴Conforme as taxas de congestionamento das execuções na JT (dados até 2010), cerca de 30% dos trabalhadores que conseguem sentenças que reconhecem algum direito recebem os valores devidos no mesmo ano. É difícil comparar o tempo gasto para efetivação da execução com o tempo total para quitação da dívida quando há acordo, pois não foram encontrados dados confiáveis para o segundo, muito individualizados por Vara e por procedimento do juiz. Por exemplo, nos acordos quase sempre os valores acertados são parcelados em diversos meses, muitas vezes em prazos superiores a um ano. Há um senso comum no Judiciário de que, na conciliação, os valores são mais rapidamente recebidos, mas não há evidências conclusivas.

Assim, o tempo médio de trâmite e o próprio desfecho dos processos estão relacionados com a postura da JT. O endurecimento pontual dos juízes em relação aos devedores levaria o processo mais rapidamente à solução. Se houvesse endurecimento coletivo, o impacto seria ainda maior, via efeito demonstração.

Apesar das diferentes consequências que acarretariam padrões de atuação distintos, a atuação da JT também é afetada por limites da sua estrutura física e humana. O tempo de processamento de ações e de pagamento das dívidas é condicionado pelos meios disponíveis. O quadro jurídico formatado sobre recursos é outro condicionante, em que pese o fato de diversos instrumentos serem pouco utilizados pelos juízes para acelerar as ações. Contudo, a característica essencial do padrão de atuação da JT, engendrada pela esperança da conciliação, é que o trabalhador é credor ao longo de todo o processo, e o tempo de trâmite conspira contra ele.

3 O PROCESSO JUDICIAL COMO FENÔMENO SOCIAL

Apesar de minoritárias, algumas iniciativas alternativas são adotadas por juízes do trabalho que destoam do padrão de conciliação, buscando utilizar o processo para incentivar a observância do direito do trabalho pelos patrões. Essas ações engendram, para além do cumprimento em atraso das suas obrigações legais, imposição das normas por meio de promoção de perdas financeiras às ações ilegais dos empregadores. Algumas delas encontram disputa ferrenha no interior da instituição, enquanto outras são pacificamente aceitas, mas raramente utilizadas. De todo modo, outro padrão de atuação da JT teria sido plenamente possível nas últimas duas décadas.

Um desses empreendimentos é aplicar sanções pedagógicas denominadas como *punitive damage* sobre as empresas reiteradamente infratoras. A ideia do procedimento é impor ao empregador uma compensação pela ilegalidade, normalmente baseada no argumento do *dumping* social provocado pela postura patronal. A adoção desse tipo de medida é até estimulada por meio de enunciado aprovado em Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.

Há precedentes de decisões em sede de recurso que mantiveram as punições pedagógicas aos infratores, que concluem que a prática empresarial de precarizar direitos trabalhistas engendra concorrência desleal. Contudo, a imposição de valores pecuniários como instrumento de pedagogia aos infratores foi prática extremamente minoritária dentro da JT nas últimas décadas, especialmente quando não havia pedido expresso na inicial pela indenização. As poucas iniciativas nesse sentido, inclusive, foram muito divulgadas e combatidas pelos empregadores.

A regra, muito pelo contrário, tem sido decisões com baixíssimo valor, mesmo com pedido expresso de dano moral coletivo. A despeito do

reconhecimento do dano, as decisões frequentemente estão distantes de provocar qualquer comoção aos infratores. Por exemplo, o TST reduziu o valor da indenização por dano moral coletivo arbitrada pelo TRT da 15ª Região à empresa CUTRALE (TST-RR-117100-43.2005.5.15.0006), em razão do pagamento incorreto das horas extras e ausência de controle de jornada da coletividade dos empregados rurais a ela vinculados, de oitocentos mil reais para duzentos mil reais, a pretexto de assegurar “equilíbrio entre os danos e o ressarcimento, evitando, dessa forma, a inviabilização da continuidade econômica desenvolvida pela empresa, haja vista que é fonte de emprego e renda ao trabalhador”. A estimativa da receita da empresa para o ano de 2010 era de oitocentos milhões de reais, de modo que a condenação inicial estava longe de poder causar qualquer obstáculo ao normal funcionamento da empresa.

Uma alternativa de ação coercitiva pela JT é a intervenção judicial em empresas reiteradamente infratoras das normas, quando há imposição ao cumprimento do quadro jurídico pela Justiça. Ao intervir diretamente nas decisões das empresas, tal medida implica tanto a efetivação imediata dos direitos quanto um fator de incentivo ao cumprimento das normas pelos empresários, via efeito demonstração. A intervenção judicial pode ocorrer como “medida emergencial visando garantir o pagamento dos salários atrasados e demais créditos dos trabalhadores”⁵. Todavia, o procedimento quase nunca é efetuado. Para se ter uma ideia, desde a fundação do TRT15, em 1986, até 2008, ocorreram apenas duas intervenções judiciais no Tribunal.

O fato de que existem instrumentos subutilizados, à disposição do Judiciário, para pressionar os empregadores a cumprir as normas trabalhistas, é indicado até pelo TST. Tratando especificamente da hipoteca judiciária, acórdão do processo TST-RR-11214151.2008.5.03.0105 afirma que normas para efetivação do direito do trabalho existentes não são aproveitadas pelos juízes. Além disso, a decisão expõe um aspecto essencial da explicação da postura da JT, qual seja, a naturalização, como profecia autorrealizável, de eventuais (ou mesmo criadas) dificuldades para efetivação dos direitos impositivamente e, com base nisso, a justificação da postura conciliatória como inexorável. Os juízes reclamam que não têm mecanismos para impor o cumprimento das regras, mas sequer utilizam os instrumentos disponíveis, o que colaboraria para que a atuação da instituição fosse mais eficiente⁶.

⁵Segundo o desembargador Luiz Carlos de Araújo, em reportagem (“Presidente do TRT encerra intervenção judicial na Serrana Papel e Celulose”), obtida em: <<http://trt-15.jusbrasil.com.br/noticias/173886/presidente-do-trt-encerra-intervencao-judicial-na-serrana-papel-e-celulose>>.

⁶Nesse sentido, mesmo que houvesse reforma legislativa com redação de texto extremamente duro para impelir os empregadores a quitar as dívidas, interpretações flexibilizantes poderiam surgir, reproduzindo as dificuldades para impor as decisões judiciais. Esse comportamento é comum na cultura da JT (detalhes em FILGUEIRAS, 2012).

Mas, dentre todas as medidas alternativas de condução dos processos na JT, sem dúvida a concessão da antecipação de tutela, já aludida, seria a mais efetiva para a mudança do atual modo operatório. A sua aplicação subverte a lógica de todo o processo e, se fosse expandida (inclusive de ofício e com bloqueio de conta para pagamento do trabalhador), impactaria toda a jurisdição e o comportamento dos empregadores em relação à obediência às normas de proteção ao trabalho.

Assim, é importante ressaltar que o *modus operandi* da JT não se restringe à primazia da conciliação como instrumento para enfrentar o desrespeito à legislação, apesar de ele ser base da atuação. Não se trata de atribuir uma predeterminação total ao conteúdo adquirido pelos instrumentos apenas na sua escolha pelo agente. Ou seja, o conteúdo das conciliações realizadas pode comportar alguma variação. Contudo, os instrumentos têm natureza e limites definidos.

É possível, em hipóteses esparsas, que imposições da norma pelo Estado sejam mais flexíveis que acordos realizados com os patrões. Contudo, é inviável que esse padrão se generalize, pois a imposição do Estado é a própria referência tomada pelo empregador para o acordo. Nesse caso, mesmo que o juiz tente ser impositivo, ele precisa da concordância da empresa. Portanto, propostas de acordos mais onerosos do que o padrão das sentenças não são economicamente racionais para as empresas. Ademais, se os acordos contemplarem valores maiores do que o ilícito, eles deixam de ser aceitos ou a própria ilegalidade tende a ser eliminada, ou seja, também deixam de acontecer os acordos. A sentença, apesar de ser impositiva, pode ser também extremamente flexível. Mas, por não contemplar a anuência do agente, tende sempre a ser mais dura.

4 A CONCILIAÇÃO IMPOSSÍVEL

A atuação da JT é um dos fatores relacionados à obediência às normas trabalhistas pelos empregadores (dentre outros, cito a capacidade reivindicativa dos sindicatos de trabalhadores). Apesar de ser um fator dentre vários existentes, a atuação da JT é um item de cálculo utilizado pelo empregador para observância ou não às regras, que se soma às suas expectativas em relação aos fatores, engendrando a sua decisão.

Qualquer forma de regulação estatal, mesmo aquelas estritamente coercitivas, engendra necessariamente um aprendizado aos agentes que dela são objeto. A fiscalização do trânsito, a abordagem policial na rua etc., vão sempre, à luz do agente ou relação regulada, ser interpretadas de acordo com a natureza do objeto da regulação. Esse é o caso do capital em relação às abordagens do Estado. Ele apreende (e aprende) as mensagens de acordo com sua natureza, contribuindo para formar seu campo de expectativas e, por conseguinte, suas ações.

A natureza da relação social denominada capital é pouco controversa. Na verdade, a busca do lucro como objetivo do capital é um dos fenômenos mais pacificados das Ciências Sociais, sobre o qual concordam desde os clássicos Marx (2002) e Weber (2003), até a teoria econômica ortodoxa. Seja por personificar o capital, pela ação racionalmente orientada ou pelo hedonismo inerente ao ser humano, concorda-se que o capitalista tem como objetivo a busca do lucro sempre renovado.

Cardoso e Lage (2007) analisam o cumprimento do direito do trabalho no Brasil a partir da relação entre a possibilidade de o capitalista ser identificado como infrator e o montante da perda financeira prevista pela evasão. É uma proposta profícua para explicação da realidade, justamente porque o cálculo de custo-benefício não é inerente à natureza humana, mas imanente ao capital.

Por isso, a comparação da regulação do trabalho assalariado com a regulação de outras condutas ou relações sociais é, em geral, anacrônica. Em tendo as relações diferentes naturezas, semelhantes formas de intervenção para o cumprimento da lei podem engendrar diversos resultados. Por exemplo, onde não impera a busca do lucro, a sensibilização emocional ou educativa do agente pode ser plausível, como no caso do trânsito. O objetivo e a natureza da relação do motorista com as outras pessoas no trânsito não são predeterminados. No cumprimento da legislação pelo capital, diferentemente, há um objetivo *a priori*. O capital quer se reproduzir. As normas de proteção ao trabalho, em regra, constituem grãos de areia no seu fluxo. Assim, ele tende a cumprir as regras na medida em que elas lhe sejam funcionais (seja para se legitimar socialmente, aumentar a produtividade em casos esporádicos, evitar uma perda maior com possíveis sanções ou ações reivindicativas dos movimentos dos trabalhadores). Por isso, impor uma relação entre cumprimento das regras e taxa de lucro é condição *sine qua non* para a efetividade do direito do trabalho.

Não há qualquer maniqueísmo nessa constatação: os capitalistas podem ser individualmente muito honestos, de boa-fé, mas a tendência é de subsunção de valores individuais às pressões internas (lógica do lucro) e externas (concorrência) da relação social, com os agravantes do nosso capitalismo retardatário e de tradição escravocrata. Associada à gana do capital, sua condição de monopólio social permite normalmente impor suas vontades sobre o outro partícipe da relação.

Analisar as ações dos capitalistas individuais com base em alguma propensão ao cumprimento da lei, ou ao caráter social do direito do trabalho, colide com vários indicadores: como explicar que 34% da população expressamente empregada não tinha carteira de trabalho assinada em 2008? Seria coincidência? Os empresários, em grande medida, são malvados? Pensando em termos de política pública: é incontroverso que o comportamento dos capitalistas é influenciado pela determinação da

taxa de juros pelo Estado, por exemplo, e ninguém espera que, com juros altos, os empresários vão investir mais na produção por preocupação em garantir os empregos de seus trabalhadores. Por que, no caso do direito do trabalho, cálculo idêntico não seria feito?

Essa “vontade” de respeitar a lei, eventualmente, pode advir do fato de que o descumprimento das normas pelos empregadores pode atingir a legitimidade do capital. Se estendida ao limite, a evasão da lei contrariaria seus próprios interesses, já que “a lei” - leia-se, a ordem, em particular, a propriedade privada - precisa ser respeitada para a fluência normal do capital, sendo periodicamente evocada pelos capitalistas (veja greves e ocupações de terra). Para tentar driblar essa contradição, a estratégia do capital, no Brasil, desde a sistematização da legislação trabalhista, é patrocinar uma campanha perene de justificação do desrespeito ao direito do trabalho pelas empresas, baseada na eterna suposta impossibilidade de cumprimento (seja por anacronismo ou complexidade), quando, na verdade, trata-se de uma efetiva estratégia de legitimação da ilegalidade que lhe convém.

Apesar da natureza idêntica, a ação do capital, baseada em expectativas, não produz resultados matematicamente exatos quando considerado cada capitalista individual. Isso porque as próprias expectativas partem de capacidades de cálculo diferentes, quantidade de informações distinta, em suma, há algum grau de variação nas expectativas. É essa variação nas expectativas que fundamentalmente explica as diferenças entre os comportamentos dos patrões frente ao direito do trabalho. Isso não quer dizer que o comportamento é aleatório, longe disso. O comportamento é baseado numa mesma natureza, e, por isso, falamos aqui em capital. Partir da ação individual sem considerar a natureza social e a qualidade histórica da natureza do capital, em geral, é cair no mais ingênuo idealismo. Em geral, isso vai tomar forma no maniqueísmo, normalmente pressupondo uma propensão natural ao cumprimento das normas. Ocorre que, como cada capital individual pode sofrer alguma variação na conformação das suas expectativas, são possíveis oscilações nas suas estratégias para se reproduzir. Desse modo, uma mesma ação do Estado pode produzir efeitos mais ou menos rápidos para cada capitalista individual. É nesse sentido que podem variar, em alguma medida, e devem ser analisadas as diferenças nas ações dos capitalistas individuais. A ação do capitalista é racional porque se baseia no **objetivo** de conseguir o lucro, **instrumentalizando** os meios, mas, de nenhum modo, isso significa que ele conseguirá obter o lucro e utilizará os meios mais eficientes. Isso será feito à luz da natureza da relação e das limitações do empresário individual.

De toda forma, ao operar de modo a tentar convencer os capitalistas a cumprirem as normas de proteção ao trabalho sem oferecer uma perda pecuniária correspondente à infração cometida, a JT incentiva

objetivamente os empregadores a não cumprirem as normas. O incentivo é objetivo no sentido de que independe das intenções reais ou declaradas do agente do Estado, já que é a incidência da sua ação externalizada que afeta o comportamento do empregador. Ou seja, nenhuma relevância tem boa ou má intenção do juiz ou da Justiça, pois quem age é o capitalista, é a sua subjetividade que media a ação concreta que se apresenta. No caso, como o capitalista, personificação de uma relação social, possui subjetividade datada e não aleatória, a desconexão entre descumprimento da lei e perda de dinheiro engendra necessariamente um incentivo a não obedecer às regras.

5 “NA JUSTIÇA A GENTE FAZ UM ACORDO”

A relação entre o *modus operandi* da JT e a evasão das normas de proteção ao trabalho pelos empregadores ocorre de dois modos. Primeiro, ao promover a conciliação nos processos judiciais, em regra há a subtração direta de direitos dos trabalhadores. Além disso, a JT, ao realizar as conciliações, promove efeito demonstração de incentivo ao desrespeito às regras, tanto ao capitalista diretamente envolvido quanto ao conjunto dos patrões que têm acesso à informação sobre esse padrão, que é bastante conhecido no conjunto do mercado de trabalho.

Quanto às empresas diretamente acionadas no Judiciário, os acordos, comparados às execuções, evidenciam a evasão de direitos dos trabalhadores, conforme dados globais dos valores pagos aos reclamantes anualmente apresentados pela JT, mesmo quando analisados por diferentes ângulos. No que concerne ao impacto global das ações do Judiciário, a explosão dos processos judiciais e, em especial, a lide simulada, são fenômenos que ajudam a revelar a relação entre postura conciliatória da JT e descumprimento das normas pelos capitalistas no conjunto do mercado de trabalho. Vale destacar que mesmo os processos sentenciados são contaminados pela postura conciliatória, de modo que, comumente, não geram incentivo suficiente aos empregadores para adequar a conduta após o encerramento da lide. Mesmo assim, a decisão da lide imposta pela JT oferece maior incentivo ao cumprimento das normas do que as conciliações.

Cardoso e Lage (2007) já haviam notado que os acordos judiciais implicam subtração de direitos dos trabalhadores. A lógica desse argumento é simples: sendo o capitalista devedor e o trabalhador dependente, inclusive fisicamente - pois quase sempre desempregado -, do pagamento devido, esse último tem todas as chances de abrir mão de parte do pedido, enquanto o primeiro não tem qualquer razão para apressar ou facilitar o desfecho da lide, utilizando-se instrumentalmente do expediente da protelação quando lhe é permitido. Essa situação se agravava pelo modo operatório da JT, que raramente antecipa direitos

demandados pelos empregados, por conseguinte, recrudescer a fragilidade do trabalhador na lide através da pressão que o tempo exerce sobre ele.

O cruzamento dos diversos dados existentes indica a sonegação de direitos trabalhistas derivada dos acordos judiciais, pois há grande discrepância entre os valores resultantes de sentenças e de conciliações. Dados do TST entre os anos de 1998 a 2012 corroboram a desproporção entre conciliações e execuções, sendo sempre maiores os valores totais oriundos das últimas. Mesmo por meio da ponderação por média individual de valor pago, a superioridade das execuções é gritante. Considerando os dados referentes aos anos de 2002 a 2012, os valores médios pagos nas execuções são sempre mais do que o dobro daqueles quitados por meio de acordos.

O argumento de que os acordos regularmente engendram subtração de direitos se reforça pelo fato de que muito raramente uma sentença reconhece os pedidos dos trabalhadores como totalmente procedentes, e há pedidos julgados improcedentes em sua totalidade, ou seja, mesmo com o corte das demandas dos trabalhadores pelos juízes, ainda há ampla desproporção entre quantias de sentenças e de acordos.

Poder-se-ia argumentar que a desproporção seria decorrente das ações que chegam aos tribunais superiores. Contudo, quando é feita a análise dos mesmos dados concernentes às Varas do Trabalho, a situação é a mesma, ou ainda mais acentuada é a desproporção nos valores da comparação entre acordos e sentenças. Em 2005, 2006 e 2008, em apenas um dos 24 tribunais, as execuções não pagaram mais do que os acordos - um tribunal em cada ano. Em 2007, em todas as regiões, as execuções superaram os acordos. Em todos os anos, as execuções em treze ou mais regiões pagaram mais do que duas vezes os valores das conciliações. Em 2008, das 24 regiões que cobrem todo o país, em 23 delas os valores pagos por meio de execução foram superiores aos valores conciliados, sendo que, em quinze delas, o valor foi maior do que o dobro da quantia obtida por meio de acordos.

A subtração de direitos dos trabalhadores pelos acordos já se verificava em fins dos anos 1980 e início dos anos 1990. Estudo realizado na primeira metade da década de 1990, no TRT da 15ª Região, com utilização de dados globais e estudos de caso, chegou à seguinte conclusão:

Os acordos judiciais são fechados apenas se o trabalhador aceitar abrir mão de uma parcela significativa dos direitos a que faria jus. Não há empresas que fazem, à exceção de alguns casos especiais, acordos nos valores corretos. Todas pleiteiam descontos do valor a ser pago ou, então, postergam ao máximo o pagamento dos débitos trabalhistas. Quando a Justiça do Trabalho insiste na feitura dos acordos ou dificulta o encaminhamento do processo judicial por parte do trabalhador

lesado, nada mais faz do que institucionalizar as práticas ilegais de algumas empresas. (SETTI, 1995).

Destarte, conciliação, na JT, em regra e globalmente, significou inobservância de direitos trabalhistas nas últimas décadas. Nada mais previsível, já que, ao contrário da sentença seguida de execução, na qual o Estado impõe ao empregador os direitos que aquele considera devidos, na conciliação, o Estado flexibiliza sua atuação, pois, necessariamente, precisa da aquiescência do empregador sobre a efetivação das normas. Assim, a conciliação, confirmando sua natureza flexibilizadora, engendra como regra o embate direto entre as partes e, ao contrário da hipótese corrente na JT de que o juiz conduziria o processo para efetivar a lei mesmo no âmbito dos acordos, é o confronto de poderes entre capital e trabalho que efetivamente produz o resultado desses acertos formais, como os dados apresentados provam inequivocamente.

Poder-se-ia argumentar que a desproporção entre execuções e acordos decorreria da diferença de tempo necessário ao recebimento do dinheiro, supostamente menor no caso das conciliações. Essa hipótese também não se sustenta, mesmo numa elucubração fantasmagórica. Mesmo o rito ordinário mais demorado atingia aproximadamente um ano e meio, na média do encerramento das execuções. Partindo da premissa de que todas as conciliações eram pagas no mesmo prazo médio no qual ocorria a prolação de uma sentença, hipótese totalmente esdrúxula, já que não raro o pagamento dos acordos é parcelado em intervalo superior a um ano, mesmo assim seria necessária uma taxa de juros superior a 100% nos 18 meses para alcançar o valor.

O argumento de que as conciliações implicam perda de direitos e que assim o é porque constitui uma redução do Estado na afirmação das regras trabalhistas é aprofundado quando analisamos os dados no interior das próprias conciliações. Os acordos judiciais podem ocorrer em todas as instâncias e em todas as fases do processo. Ou seja, mesmo que, na fase da afirmação dos direitos (a cognição), não haja acordo e o juiz defina os direitos que devem ser ressarcidos ao trabalhador por meio de sentença, na execução (efetivação dos valores) dessa sentença pode também ser efetuada uma conciliação referente ao montante de recursos a ser pago ao credor. Pois os dados evidenciam que, quanto mais o Estado impõe ao empregador os direitos evadidos, maior a efetividade dos direitos, ou quanto menos a conciliação (luta direta entre as partes) contamina o processo, menor a evasão. Dados globais concernentes ao TRT5 para o ano de 2011, apenas para os processos com desfecho em conciliação, discriminam os valores pagos a partir de acordos na fase de cognição e acordos na fase de execução (após a sentença). Na cognição, em média, os acordos saíam por 5.755 reais, enquanto que, na conciliação na execução, a média era de 17.394 reais, ou, três vezes mais. Essa proporção é verificada também nos anos de 2010 e 2009, o que reduz as chances de coincidências.

Portanto, há uma hierarquia da evasão das normas trabalhistas oriunda da flexibilização das ações do Estado. Quanto mais ele se omite, maior o desrespeito ao direito do trabalho⁷.

O baixo índice de antecipações de tutela concedidas pelos juízes recrudescem esse cenário de evasão das normas no âmbito dos acordos. Pressionado pelo tempo, o trabalhador é impelido à conciliação com rebaixamento ainda maior de direitos. Tanto a existência quanto o conteúdo dos acordos são determinados pelas expectativas dos resultados, o que é novamente provado pela comparação entre execuções e acordos e entre as fases dos processos nas quais ocorre o acordo, respectivamente. Nesse sentido, procedem as afirmações de Túlio Viana (2007):

Quanto mais conservadores os juízes mais acordos farão, e mais baixos eles serão - já que menores também as expectativas do reclamante. Assim, é preciso que sejamos mais progressistas, especialmente num mundo e num tempo marcados pela precarização.

Quanto menos o Estado impõe o direito do trabalho, piores os resultados em termos de sua efetivação. O autor, inclusive, cita exemplos de ações para atenuar os males dos acordos: “Outro passo interessante seria ampliar o leque das tutelas antecipadas - como tem feito Jorge Luiz Souto Maior, que as defere de ofício e as estende às obrigações de pagar quantia certa” (VIANA, 2007, p. 197-198).

A evasão da norma oriunda das conciliações atinge não apenas as parcelas salariais e rescisórias devidas aos trabalhadores, mas até o próprio direito elementar de formalização do vínculo de emprego, conforme depoimentos de juízes apresentados anteriormente. Essa subtração direta de direitos, todavia, não é a maior contribuição da JT ao descumprimento do direito do trabalho. O efeito demonstração dessa

⁷A conciliação dos processos judiciais na fase de execução engendra uma segunda oportunidade de subtração dos direitos devidos pela empresa acionada, caso não consiga na cognição. Reportagem de Alexandre Cristo (2011) intitulada “Projeto no TRT-SP Conciliação em execuções resolve maioria dos casos” traz interessantes manifestações a esse respeito. Em entrevista, um preposto de uma empresa afirmou que: “para a empresa, além da redução de custos, resolver processos complicados por meio de acordo significa diminuir inclusive os montantes determinados pela Justiça para serem pagos. Como nas conciliações fechadas no Juízo Auxiliar a Eletropaulo quita a dívida com o trabalhador à vista e em até dez dias, muitos são os casos em que os credores aceitam deságios”. Nada mais óbvio do que tal comportamento empresarial, que apenas corrobora os dados que apresentei para a Bahia. Ainda segundo o repórter: “Só da empresa Inajá, em uma audiência, 152 dos 180 reclamantes aceitaram a proposta de pagamento proporcional. ‘Em dissídio coletivo, a empresa ofereceu um imóvel, vendido em hasta pública por R\$ 9 milhões, para quitar uma dívida 20% maior’, conta a juíza Olga Vishnevsky Fortes. Na audiência pública, o Juízo aconselhou os credores a aceitarem um deságio de 20% do que tinham direito. Depois de um tempo, todos aderiram. ‘O gosto é especial porque de uma só vez se soluciona o problema de várias pessoas’, diz. ‘É gratificante ver as pessoas vindo em sua direção para cumprimentar’”.

subtração sobre as expectativas do conjunto dos capitalistas existentes é muito mais abrangente, e pode ser mensurado por alguns indicadores.

Há algumas hipóteses, em forma de senso comum, que se propalam no meio Judiciário sobre o crescimento das ações, como o incremento da população, a suposta litigiosidade e (ou) paternalismo inerentes aos brasileiros, abstraindo a contribuição que a postura da JT deu ao fenômeno. Por exemplo, com base em dados do TST, na década de 1980, os casos novos na Justiça variaram entre 600 e 800 mil por ano, enquanto que, nas duas décadas seguintes, entre 1,5 e 1,9 milhão, apesar de a PEA não ter dobrado, conforme já haviam indicado Cardoso e Lage (2007). Além de fortes indicadores do aumento da evasão de direitos após 1988, esses dados são indícios da relação entre acordos judiciais e incentivo à ilegalidade. Os capitalistas, conscientes do *modus operandi* da JT, são incentivados a reduzir sua obediência às normas, sabendo que podem quitá-las apenas em parte e só posteriormente ao término da relação de emprego. Desse modo, o recurso dos trabalhadores à Justiça cresce sistematicamente. Há juízes que perceberam esse fenômeno:

Muitos empregadores instituíram a prática de não respeitar regularmente os direitos trabalhistas para depois, simplesmente, dispensarem seus empregados sem o correspondente pagamento das verbas rescisórias, forçando os trabalhadores a buscarem a Justiça do Trabalho para reaverem seus direitos, e, nas reclamações trabalhistas propostas, formularem propostas de acordo para pagamento de apenas parte dos direitos devidos, com a obtenção do benefício da quitação do extinto contrato de trabalho. (MAIOR, 2008)

A influência da postura conciliatória da JT nas ações dos capitalistas pode ser também inferida pela generalizada evasão do quadro jurídico vigente para aspectos da relação de emprego que normalmente são temas de ações individuais, como horas extras e outras parcelas salariais. As empresas, sabedoras da possibilidade de conciliação, são impelidas a não regularizar o cumprimento das normas no seu estabelecimento, pois sabem que é mais vantajoso manter a ilegalidade e negociar individualmente com os empregados que eventualmente ingressam na JT.

Não custa repetir que estou falando de apenas um fator de incitação ao descumprimento das normas. Contudo, não se pode negar que o campo de expectativas formado pelas empresas leva isso em conta. Isso fica evidente em outro indicador essencial da relação entre o *modus operandi* de conciliação com os infratores e a evasão das normas: a supracitada lide simulada. Em síntese, a lide simulada é um processo judicial falso forjado pelo empregador. Ao invés de pagar os direitos devidos ao trabalhador dispensado no prazo previsto, o empregador coage ou induz o trabalhador

a entrar formalmente com uma ação na Justiça, para que seja efetuado um acordo, em regra (e obviamente), em valores inferiores ao devido. Ou seja, sabendo da possibilidade de conciliar judicialmente, os capitalistas não apenas deixam de cumprir as regras, mas eles mesmos vão à Justiça, que nenhuma ameaça relevante lhes representa.

Segundo o diretor da Distribuição do TRT da Bahia,

Entre os 200 processos que são distribuídos por dia em Salvador, cerca de 20%, quase 40, possuem características de lide simulada, ou seja, servem apenas de estratégia para as empresas homologarem demissões, garantindo-se contra reclamações futuras. (ALBUQUERQUE, 2010)⁸

Um juiz confirma a expansão do fenômeno:

Embora a ocasional instrumentalização da Justiça do Trabalho por partes mal intencionadas nunca tenha sido desconhecida dos operadores do Direito, **temos assistido, nos últimos anos, a um aumento assustador das denominadas “lides simuladas”, mediante as quais o empregado, ao ser dispensado e por expressa exigência de seu ex-empregador, tem que ajuizar reclamação trabalhista como condição necessária para receber o pagamento de suas verbas rescisórias na verdade incontestadas (frequentemente em valor menor que o devido, fora do prazo legal de quitação e até de forma parcelada)**, mas desde que dê, em Juízo, plena quitação não apenas por seus pedidos iniciais como também “pelo extinto contrato de trabalho”, com os efeitos da coisa julgada previstos no parágrafo único do art. 831, da CLT. (PIMENTA, 1999, p. 120) (grifos meus)

O argumento das empresas é que forçariam a ação para pagar valor correto apenas uma vez e evitar que o trabalhador demande os mesmos pagamentos. Contudo, esse argumento não faz sentido: primeiro porque os acordos implicam subtração de direitos e, segundo, porque

⁸Esse índice é reafirmado recentemente pelo procurador do trabalho Pedro Lino de Carvalho Junior: “Hoje a Justiça do Trabalho tem cerca de 20% de todos os seus processos com algum tipo de lide simulada” (Projeto Homologação Legal é lançado em audiência pública no MPT). Ainda segundo a reportagem, representante das próprias empresas reconhecia a prática: “o presidente do Conselho Regional de Contabilidade (CRC), Wellington Cruz, reconheceu que alguns escritórios e profissionais do setor contábil ainda orientam seus clientes a levar as rescisões trabalhistas para os tribunais” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2012).

é muito raro que o juiz conceda procedência total a qualquer pedido, ou seja, na sentença, eventuais distorções são corrigidas; portanto, caso cumpra suas obrigações, a empresa não deve se preocupar.

A lide simulada é um estágio avançado da perda de credibilidade da Justiça. Os capitalistas não apenas descumprem as normas, como utilizam a Justiça instrumentalmente para legitimar a evasão. O *modus operandi* empregado pela JT contribui para engendrar um círculo vicioso de descumprimento das normas. Sobre isso e a postura dos juízes:

[...] eu diria, em princípio, que o juiz deve negar-se a homologar toda renúncia de direito. E não tanto pelo mal que isso pode causar ao empregado (mesmo porque o mal maior pode ser voltar para casa sem o dinheiro), mas pelas outras repercussões que provoca - incentivando novas violações. (...) Quanto piores forem os acordos menos a lei será cumprida e maior será a sensação de injustiça. (VIANA, 2007)

Quanto mais acordos são feitos na Justiça, mais proliferada a ilegalidade, mais processos são iniciados, com nova luta por acordos e novo aumento de processos, que só pode ser atenuado por outros fatores ou mudança de postura da instituição. O juiz abaixo apresenta como hipótese exatamente o que aconteceu de fato:

[...] se nós, juízes do trabalho, também na fase de conciliação dos processos trabalhistas, não conseguirmos tornar menos vantajoso (ou pelo menos não tão vantajoso) para os empregadores o descumprimento habitual e disseminado da legislação material do trabalho, estaremos fadados a presenciar, impotentes, o aumento cada vez maior de nossa carga de trabalho - pois, afinal, aos reclamantes não restará qualquer alternativa a não ser continuarem a bater às portas da Justiça do Trabalho, sob pena de nada receberem pelas lesões sofridas (sendo que, na prática, como sabemos, muitos não o fazem, tornando ainda mais vantajoso o sistemático desrespeito à legislação do trabalho, num círculo vicioso que, a persistir tal situação, jamais será rompido). (PIMENTA, 2001, p. 17)

Foi precisamente o que ocorreu nas últimas décadas. A conciliação foi brutalmente vantajosa aos capitalistas. Mais do que uma decorrência da conjuntura, o acordo é, por definição, vantajoso ao empregador, já que há partes desiguais em disputa, e a demora do processo interessa ao mais forte.

Consequência direta do acordo na postura da empresa é descumprir as normas no caso concreto e incentivar a desobediência no seu cotidiano. A Justiça oferece às partes a resolução do problema, mas isso, na verdade, é permitir que o mais forte impere, já que o Estado deixa de impor o direito do trabalho sobre o sonegador. Isso não significa ausência de intervenção do Estado na relação, mesmo da intervenção regulatória do direito do trabalho, mas que essa regulação compensatória é frouxa a ponto de não promover sua efetivação.

Não há, na JT, de fato, livre conciliação entre empregado e patrão, pois o trabalhador é livre para fazer o pedido, é o que ele achava que tem direito. Se ele abre mão do direito reivindicado (mesmo que não tivesse o referido direito), é fruto de fato novo, em regra, de algum exercício de pressão. E não adianta dizer que o juiz conduz o acordo em busca de efetivar os direitos, pois os resultados demonstram que isso globalmente não ocorre.

Exemplos desviantes podem acontecer, mas justamente por um eventual, mas improvável, receio do capitalista de consequência financeira mais profunda (as aludidas oscilações na formação das expectativas). E esse é o limitador estrutural do acordo como forma de efetivar a legislação trabalhista: **se a conciliação for mais onerosa do que o cumprimento da lei, ela inviabiliza os acordos por parte do empregador, que só os faz se vantajosos (se fossem mais onerosos, a empresa não conciliaria ou cumpriria a lei *a priori*).**

Destarte, ao contrário do que é comumente propalado pelo Judiciário, o acordo não resolve o problema que o engendrou. O acordo encerra o processo. O problema que provoca a lide é o descumprimento da regra, e não a disputa que ela constitui. O acordo incentiva o aprofundamento do problema, pois incentiva os empregadores a descumprirem as normas.

Vale ressaltar que o Judiciário contamina as sentenças com a perspectiva conciliatória, pois costuma não adotar as ações mais contundentes para fazer valer suas decisões, estipula valores pedagogicamente pífios quando obrigado a sentenciar, busca conciliações para pagamento mesmo na fase de execução dos processos. Em suma, contemporiza com o infrator mesmo quando declara ser devido o direito. Mesmo assim, ressalte-se, esses fatos não nivelam acordos e sentenças, e mesmo as conciliações são destoantes entre si, quando comparadas as fases de realização.

Vários estudos de casos (FILGUEIRAS, 2012) indicam que, com essa postura da JT, apesar de condenadas judicialmente por suprimir parcelas salariais, empresas continuaram sem adequar suas folhas de pagamento. O mesmo vale para o tempo de trabalho, como nos bancos de horas objetos de decisão judicial, mas que continuaram em vigor na gestão das empresas. Essa é também a conclusão de pesquisa realizada por Lopes (2012), a partir da análise da jurisprudência sobre revista íntima

realizada por duas empresas e investigação dos procedimentos por elas adotados após os processos. Ele demonstra que valores arbitrados como indenização por dano moral aos trabalhadores em nada alteraram a conduta dos empregadores, que continuaram revistando invasivamente, evidenciando que as decisões das empresas, ao manter o procedimento considerado ilegal pela JT, foram resultantes de um cálculo instrumental de comparação entre custo de aquisição de equipamentos que permitiam realizar ações de segurança não desmoralizadoras e os custos de pagamento das causas trabalhistas. Para isso, era realizado cálculo contábil e, como as somas monetárias despendidas na JT eram reduzidas, elas mantiveram a conduta ilícita.

Essa relação entre postura judicial e inadimplência dos empregadores ajuda a explicar por que muitas empresas se tornaram “freguesas” da Justiça, de modo que, em 2008, apenas no TST, 30 empresas tinham mais de mil ações em andamento e 300 mais de cem processos. Se houvesse uma postura pedagógica da JT na condução dos processos, essas empresas se sentiriam impelidas a cumprir as normas que baseavam as lides, arrefecendo a quantidade de ações movidas.

No âmbito coletivo, em regra, a postura majoritária da JT não tem sido diferente. O TST tende a baixar os danos morais coletivos, quase sempre perfazendo valores pífios em relação ao porte das empresas infratoras. Por sinal, uma das hipóteses correntes para explicar a baixa efetividade das ações da JT na regulação do trabalho é a prevalência de ações individuais no total das lides ajuizadas, em detrimento das ações coletivas. Por supostamente (e, de fato, formalmente) versarem sobre um único caso, os processos individuais não repercutiriam socialmente, não atingiriam a coletividade, resolvendo problemas pontuais, além de explicar o grande número de ações judiciais.

Como instrumentos, não se pode igualar a natureza das ações individuais e coletivas. As últimas comportam diretamente a abordagem do Estado sobre o direito de um conjunto de pessoas, facilitando a abrangência das ações. Entretanto, ocorre que, de fato, qualquer ação judicial tem natureza coletiva, seja ela formalmente individual ou coletiva, pois afeta a empresa e todos aqueles que têm informação do processo. Assim, a dicotomia entre ação coletiva e ação individual, *per se*, nada diz sobre a promoção da efetividade da lei. A ação individual pode ser pedagógica para mudar o comportamento do empregador afetado, ou mesmo um conjunto deles, enquanto a ação coletiva pode engendrar incentivo à coletividade dos empregadores para não obedecer às normas.

Assim, a questão central acerca da efetividade dos processos para a promoção do direito do trabalho não é se a lide é individual ou coletiva, mas se o resultado é pedagógico ou não para as empresas como incentivo à legalidade. Tratando as lides como casos isolados, seja o processo individual ou coletivo, pouca diferença fará para a efetivação

do quadro jurídico, pois o resultado (na forma de acordo ou pequena quantia financeira) dificilmente repercutirá como elemento de fomento ao cumprimento das normas.

Uma versão corrente que busca aplacar ou negar os prejuízos ao direito do trabalho advindos das conciliações judiciais é a suposta superestimação dos pedidos pelos trabalhadores, que é também senso comum entre os juízes. Contudo, mesmo admitindo que a referida inflação ocorra, ela é sanada pelas sentenças que, quando reconhecem algum direito ao trabalhador, é quase sempre parcial. Portanto, os juízes “colocaram” os pedidos no devido lugar, reconhecendo apenas parte deles. E mesmo reconhecendo apenas parcela dos direitos demandados, as sentenças são normalmente o dobro do valor dos acordos, explicitando a perda dos direitos, ou seja, a suposta ou efetiva inflação dos pedidos não impede a subtração das normas nas conciliações.

Ainda sobre a existência de superestimação de direito, vale citar que as denúncias são também recorrentes no Ministério do Trabalho (MTE), e normalmente não apenas se confirmam e raramente se atêm ao trabalhador denunciante, como são muito menores do que os problemas efetivamente encontrados pela fiscalização. Do mesmo modo que na análise do capital, o maniqueísmo não permite entender o comportamento do trabalhador, mas também não é possível aplicar a lógica de custo e benefício ao último, pois não necessariamente é seu guia.

Certamente existem trabalhadores que fazem pedidos mentirosos na JT, mas fatos indicam que a grande maioria dos empregados que tiveram seus direitos burlados nas últimas duas décadas sequer recorreram à Justiça. O número de empregados sem carteira em todos os anos, entre 1998 e 2008, era entre seis e sete vezes maior do que o número de novas ações judiciais. Esses trabalhadores, em sua maioria, eram participantes de relações de altíssima rotatividade. Segundo a PNAD, CAGED e RAIS, ano a ano, o emprego formal no Brasil já é extremamente rotativo. Se a média dos contratos informais é inferior aos formais, é quase certo que o número de empregados sem carteira dispensados todos os anos seja proporcionalmente superior. Mesmo assim, apesar de esses trabalhadores terem direito líquido à ação judicial para demanda dos seus direitos, a ampla maioria sequer entrou na Justiça. Destarte, mesmo que todos os trabalhadores que ingressaram na Justiça, nas últimas décadas, não tivessem qualquer direito a reclamar, ainda assim uma quantidade de empregados muitas vezes maior e com demandas procedentes não ajuizou ação. Ou seja, o padrão de comportamento do empregado, no Brasil, é não entrar na Justiça, mesmo tendo direitos certos a pleitear.

Estudos de caso corroboram que muito pouco do público potencial de trabalhadores entra demanda à JT (FILGUEIRAS, 2012). Não bastasse, há outros fatos que indicam ser frágil, globalmente, o argumento de que os trabalhadores demandam em excesso. Os pedidos

mais frequentes nos processos são de horas extras⁹ e as horas extras são, de fato, sistematicamente sonegadas em empresas de todos os portes. Do mesmo modo, o pedido de reconhecimento do vínculo de emprego é recorrente, como amplo é o desrespeito à formalização dos contratos pelos empregadores. Por fim, percentual elevado nas ações judiciais deriva de iniciativa das empresas, especialmente por meio das lides simuladas. O número de ações judiciais não pode ser relacionado à complexidade da legislação, pois as empresas descumprem as normas mais elementares e quase sempre os pedidos versam sobre questões básicas¹⁰.

O pouco acionamento proporcional da JT pelos trabalhadores também derruba o senso comum de uma suposta “litigiosidade” dos trabalhadores, ou mesmo do povo brasileiro (ver, por exemplo, PEREIRA, 2000, p. 31-32, e BRITO, 2007, p. 17-18).

A explicação da efetividade do direito do trabalho, como da demanda judicial, não pode ser buscada nas características individuais ou pessoais dos empregadores ou dos trabalhadores, pois isso engendra hipóteses que não são comprovadas e fatalmente idealistas, como as que envolvem valores intrínsecos de honestidade e bondade. Não é a pessoa do capitalista ou a do trabalhador, individualmente considerados, que sociologicamente explica o fenômeno, mas a natureza da relação social por eles estabelecida, a qual, por definição, objetiva o lucro e, portanto, tende a evadir sistematicamente o direito do trabalho.

O crescimento das ações judiciais (e o conteúdo destas) é indício da desmoralização de todas as instituições de vigilância do direito do trabalho, o que impele as pessoas a buscarem a Justiça por direitos não garantidos¹¹. Mas, quanto ao Judiciário em particular, a lide simulada é indicador direto da relação entre desrespeito das normas e seu padrão de atuação.

6 CONSIDERAÇÕES

Foram arroladas e analisadas evidências de que os capitalistas são incentivados a não cumprir as normas de proteção ao trabalho pelo *modus operandi* da JT e de que, também por isso, efetivamente não as respeitam. Dentre outros indicadores, as infrações reiteradas e o recurso às lides simuladas são evidências de que os empregadores comumente estão, no que tange à Justiça, à espera do processo para considerar a possibilidade de adimplir direitos. Mesmo assim, em regra, até as empresas diretamente alcançadas não são obrigadas a sanar parte das irregularidades cometidas.

Entretanto, tendo em vista o caráter amostral da vigilância do direito do trabalho, o impacto fundamental da JT no comportamento dos

⁹Ver, por exemplo: CARDOSO, 2003; CESIT, 2008 e MAIOR, 2007.

¹⁰Ver: FILGUEIRAS, 2012; CESIT, 2008; MAIOR, 2007; MENDES, 2007.

¹¹O que não significa que esse seja o único fator explicativo para o crescimento das ações.

empregadores é, ao buscar o cumprimento das regras já previstas sem imposição de perda pecuniária adicional, condicioná-los a não respeitar direitos trabalhistas até que (eventualmente) haja o processo.

Essa dinâmica não se restringe à JT, mas abarca o MPT e o MTE. O papel essencial do Estado na vigilância do direito do trabalho é o fornecimento de subsídios para a conformação de expectativas pelos patrões. O cálculo das empresas em relação às instituições do Estado (lembrando que havia outras variáveis aqui não analisadas) é racionalizado buscando projetar o risco de evasão. Essa projeção pode falhar no caso concreto, ou demandar diferentes níveis de pressão para se impelir o empregador ao cumprimento da lei. São essas diferenças nos cálculos dos empresários individuais que explicam a ocorrência de variações, que comportam alguma relevância - mas que não alteram a lógica e a padronização do comportamento dos empregadores - nas respostas das empresas.

A ação individual de cada instituição é uma variável de cálculo para os empregadores. Por isso, as instituições condicionam mutuamente suas atividades. A postura da JT em determinado local é considerada no cálculo dos patrões, sendo potencializada ou atenuada pelas condutas do MPT e do MTE, e vice-versa. Nas três instituições há a chance, ainda que reduzida, de repercussão financeira para a evasão da lei, pois há posturas alternativas ao padrão conciliatório. Além disso, percentual dos empregadores anualmente são diretamente abordados pelas instituições, sendo obrigados, mesmo no padrão conciliatório, a adimplir alguns direitos (sob pena de haver imposição). Todavia não se pode concluir daí que a consequência das atuações das instituições é conseguir, como se fosse mérito, algum cumprimento das normas, pois a missão à qual as instituições se propõem não é obter obediências pontuais das normas, mas zelar pela sua efetividade globalmente. Se impossível cumprir esse objetivo *a priori*, por suas limitações humanas e materiais, as ações institucionais ao menos deveriam incentivar, dentro das suas possibilidades, o respeito às regras no mercado de trabalho. Mas acontece exatamente o contrário: as instituições predominantemente incentivam objetivamente o desrespeito às regras no conjunto do mercado de trabalho.

O efeito demonstração promovido pela postura de conciliação com a infração das instituições de vigilância do direito do trabalho instiga também a concorrência espúria entre os empregadores. Conscientes de que, além de o Estado não impor perdas financeiras à ilegalidade, seus concorrentes também, por isso, desobedecem as normas, os empregadores são impelidos ao descumprimento como estratégia defensiva.

Além da subtração direta de direitos e do efeito demonstração para o conjunto do mercado de trabalho, o *modus operandi* hegemônico acarreta perda crescente de credibilidade das instituições frente a todos os capitalistas, engendrando resistência ascendente à obediência às regras. Desse modo, os prazos são normalmente estendidos, os acordos

mais dóceis ou simulados, ou seja, os empregadores iam alongando a flexibilidade do descumprimento das normas.

É necessário ressaltar a grande importância que a reincidência dos empregadores em relação às normas desrespeitadas e detectadas pelas instituições tem para a explicação do desrespeito do direito do trabalho no Brasil. Apesar das “orientações” das instituições, os empregadores, repetidamente, as descumprem. Mas, se foram informados do conteúdo das normas que supostamente não conheciam, que razões teriam para não cumprir a lei novamente? Hipótese bastante presente nas instituições é de que parte dos empregadores resistiria ao cumprimento das normas por má-fé. Essa hipótese não resiste a diversos indicadores. Por exemplo, os mesmos empregadores que desrespeitam a legislação costumam mudar de postura quando têm perdas financeiras decorrentes de atuações das instituições. A única explicação relevante para as ilicitudes no mercado de trabalho é a lógica do custo-benefício, que se mantém em qualquer circunstância verificada, inclusive e especialmente se houve reincidência nos casos em que o Estado impôs perda financeira ao empregador. Em tais situações, a reiteração ocorreu justamente pela insuficiência do remédio (valor reduzido ou tempo dilatado), corroborando a natureza calculada da ação¹².

Só por redução de ganhos (ou, em casos esporádicos, aumento de lucros) o capital se presta a cumprir as normas. Ocorre que, para exercer a atuação pecuniária, o Estado precisa impor, pois essa é a única maneira de o capital perder dinheiro. Reduzir lucro por boa vontade é um atentado à sua natureza, e a imposição do Estado, por meio da JT, decorre das decisões. Assim, em casos pontuais, pode um acordo superar os valores de uma sentença. Mas, por definição, isso não pode ser comum, como argumentam defensores da conciliação. A imposição é o parâmetro que o capital tem para definir sua conduta. Se ela é menor do que a conciliação, inviabiliza-se a última.

Evidência empírica das diferentes consequências entre as posturas conciliatória e sancionadora relativamente ao cumprimento das normas trabalhistas reside nas reações coletivas das empresas infratoras aos dois tipos de abordagem das instituições do Estado. Enquanto os infratores demonizam as ações que impõem perdas financeiras ao descumprimento das regras, clamam reiteradamente por ações

¹²A adoção de posturas mais rígidas pelas instituições não significa, por óbvio, o cumprimento integral das regras em cem por cento das situações, já que ela continua a ser apenas um entre os fatores de cálculo para ação dos capitalistas. Além disso, as limitações estruturais das instituições, para atingirem um maior número de empregadores todos os anos, pela abordagem proativa ou pelo tempo de tramitação dos processos ajuizados, constituíram incentivo direto e indireto ao não cumprimento das normas pelas empresas, pois reduziram a chance e, por conseguinte, as expectativas dos empregadores de serem apanhados e (ou) pressionados para cumprirem as regras (ver indicadores em FILGUEIRAS, 2012).

conciliatórias (ver FILGUEIRAS, 2014). Isso ocorre exatamente porque a postura sancionadora impele a adoção de ações (cumprimento das regras) que demandam dispêndio de recursos financeiros, portanto, *per se*, não interessam ao empregador, enquanto a conciliação viabiliza (e incentiva) a desobediência às normas até que alguma instituição estatal apareça, quando, então, seria negociado o acordo.

Como o máximo que a postura conciliatória consegue é o cumprimento da norma, que já deveria ter ocorrido *a priori*, mesmo nos casos em que as instituições dizem “resolver” o problema, na verdade estão aprofundando, pois informam aos capitalistas que o descumprimento das regras, na pior (e improvável) das hipóteses, tem como corolário apenas o mesmo dispêndio de recursos que ele teria se tivesse cumprido a norma desde o início da relação. Quanto menos as instituições de vigilância do direito do trabalho se impõem, ou seja, quanto mais flexíveis são com os infratores, menor efetividade o direito do trabalho tende a ter. Como ainda é predominante essa postura, ela é um dos fatores de manutenção da precariedade e precarização do trabalho, e, sem dúvida, foi um dos principais contribuintes para a flexibilização do direito do trabalho nas últimas décadas.

A atuação das instituições de vigilância do direito do trabalho por meio da imposição de suas prerrogativas, ao invés da conciliação, além de contribuir direta e indiretamente para o cumprimento das normas de proteção ao trabalho, longe de arbitrária, constitui uma atenuação do despotismo inerente à relação de emprego. É, apesar de delimitada, uma ação que ligeiramente democratiza o assalariamento, pois este passa a ter outro agente a questionar as imposições do empregador.

Se o objetivo da Justiça do Trabalho é promover a efetividade das normas trabalhistas, se a conciliação almejada pelo Judiciário é a existência do direito do trabalho nas relações empíricas entre patrões e empregados, seu *modus operandi* atual engendra uma conciliação impossível.

7 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Rafael. **PRT5**: empresas se comprometem a não praticar lide simulada. Bahia Notícias, 29 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.samuelcelestino.com.br/justica/noticias/2010/03/29/39541>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

ALEMÃO, Ivan; SOARES, José. Conciliar é “legal”? Uma análise crítica da aplicação da conciliação na Justiça do Trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**: Jurisprudência Trabalhista, Porto Alegre, v. 26, n. 306, jun. 2009.

BONDIM, Gisele. Processo conciliatório: opinião dos colegas. **Revista no Mérito**. Rio de Janeiro, 2010.

BRITO, Rider Nogueira de. O Juiz. **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 2, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312860/O+juiz>>.

CARDOSO, Adalberto. **A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003.

CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. **As normas e os fatos**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CESIT [Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho]. **Trabalho, justiça e sociedade: o olhar da magistratura do trabalho sobre o Brasil do Século XXI**. Relatório final. Campinas: UNICAMP, 2008.

CRISTO, Alexandre. Projeto no TRT-SP: conciliação em execuções resolve maioria dos casos. **Revista Consultor Jurídico**, 16 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-16/conciliacao-execucoes-trt-sp-resolve-60-casos-complexos>>.

FILGUEIRAS, Vitor. **Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008**. Salvador, UFBA, 2012. Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufba.br/site/db/trabalhos/2632013090916.pdf>>.

FILGUEIRAS, Vitor. **Padrão de atuação da fiscalização do trabalho no Brasil: mudanças e reações**. Campinas, 10 mar. 2014. Disponível em: <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com.br/2014_03_01_archive.html>.

LOPES, Cleber da Silva. **O controle da segurança privada no Brasil: um estudo das condições que geram controle de acordo com o interesse público**. São Paulo: USP, 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, jul./dez. 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Basta de violência aos direitos sociais. **Repórter Brasil**, 14 fev. 2007. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2007/02/basta-de-violencia-aos-direitos-sociais/>>.

MARX, Karl. **O capital**. Crítica da Economia Política. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. **Justiça do Trabalho e mercado de trabalho: trajetória e interação judiciário e a regulação do trabalho no Brasil**. Campinas: UNICAMP, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Projeto Homologação Legal é lançado em audiência pública no MPT**. Bahia, 13 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/comunicacao/noticias/conteudo_noticia/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgMC93I_2CbEdFAAovLRY!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/mpt/portal+do+mpt/comunicacao/noticias/projeto+homologacao+legal+e+lancado+em+audiencia+publica+no+mpt>. Acesso em: 13 mar. 2012

PEREIRA, José Luciano de Castilho. A justiça do trabalho e os modelos para a solução de conflitos individuais do trabalho: Estado ou empresa - arbitragem de conflitos. **Revista do TST**, Brasília, v. 66, n. 4, 2000.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na justiça do trabalho após a emenda constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, v. 65, n. 2, São Paulo: LTR, 2001.

PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: a justiça do trabalho como órgão homologador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 30, n. 60, p. 119-152, jul./dez. 1999.

SCHIAVI, Mauro. O alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da justiça do trabalho um ano após a Emenda Constitucional n. 45/2004. **Revista do TST**, Brasília, v. 72, 2006.

SETTI, Paulo André Anselmo. **Merecimento e eficácia**: a performance de trabalhadores, advogados e juízes na justiça do trabalho de Campinas. Campinas: UNICAMP, 1995.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O acordo no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo: LTr, n. 13, 2001.

VASCONCELLOS, José Luiz. Considerações sobre a celeridade processual. **Revista do TST**, Brasília, v. 60, p. 43-47, 1991.

VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da conciliação: quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, 2007.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.