

OS PARADOXOS DA CONCILIAÇÃO
Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez
a desigualdade real*

Márcio Túlio Viana**

1 INTRODUÇÃO

Quando o meu pai ainda era vivo, gostava de me contar a curiosa história de duas velhas tias - Idalina e Isolina. Mesmo sabendo que eu a conhecia de cor, ele a repetia sempre, espichado na rede, enquanto a noite ia caindo em nossa pequena fazenda.

Idalina era bonita; tinha, quem sabe, olhos verdes, e cabelos em cachos sobre os ombros. Isolina era feia; além disso, ou por isso mesmo, passava da idade de casar. As duas seriam filhas de quem? Não me lembro. Digamos que o pai fosse João, e a mãe, Candinha.

Naturalmente, foi Idalina, e não Isolina, quem conquistou o Evaristo. E assim ficaram noivos. Na véspera do casamento, João e Candinha conversavam na cama:

- *Pois é, Candinha, a Idalina vai se casar...*

- *É, João, ela vai se casar...*

- *Mas quem devia se casar era a Isolina. A Idalina é moça bonita, arranja marido quando quiser.*

- *Sim, mas foi ela que o Evaristo escolheu.*

- *Escolheu, mas escolheu errado; e sabe de uma coisa? Eu vou dar um jeito nisso.*

- *Mas que jeito? E o Evaristo?*

- *Ora, o Evaristo é um moço bom, o que ele quer é entrar para a família...*

Dito e feito. Amigo e talvez parente do padre, João o convenceu a pecar.

- *Naquele tempo - meu pai explicava - as moças se casavam de véu. Um véu comprido, caindo no rosto.*

Pois Candinha caprichou no véu da filha, o padre evitou dizer seu nome e foi só depois, no avanço tímido para o primeiro beijo, que Evaristo - mineiramente - estranhou:

- *Uai, é você, Isolina?*

- *Sou eu.*

E depois de hesitar uns segundos:

- *Tá bom.*

* Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT (Brasília) e na Escola Judicial do TRT da 3ª Região (Belo Horizonte), com alguns acréscimos.

** Professor nas Faculdades de Direito da UFMG e da PUC-Minas. Desembargador Federal do TRT-3ª Região aposentado.

João tinha razão. Evaristo era um bom homem, e pelo visto o que queria era mesmo se casar com a família. Além disso, era um grande caçador de pacas. Em poucos anos, já fazendeiro, lá se via ele, manhã bem cedo, de polveira em punho, saindo à procura dos bichos; isso quando a preguiça não o jogava na rede, onde dormia contando casos, assim como o meu pai fazia. Ao passo que ela, *mulher da Bíblia*, corria a fazenda a cavalo, governando os caboclos, cheirando as folhas do cafezal ou apreciando os ubres fartos de suas vacas holandesas.

Tão forte era a personalidade de Isolina que o Evaristo lhe herdou a fama e o sobrenome. Nas redondezas, todos o conheciam por *Evaristo Mendes*, o Mendes dela, não dele, o Mendes que o meu pai também não tinha, e muito menos tenho eu, mas que se entrelaça com os antigos Viana das sensuais montanhas do Sul de Minas.

- *E a Idalina?* Eu lhe perguntava sempre, como se não soubesse a resposta.

- *A Idalina acabou se casando com outro, mas deu em nada, era uma mulher comum* - respondia o meu pai, rindo sempre, satisfeito pela pergunta, que ele também já sabia.

Hoje, quando penso em conciliação, lembro-me dessa pequena história, que também me traz saudades de meu velho e querido *Professor Lourival*. E é a partir dela, se os colegas me permitem, que irei expor algumas idéias - todas elas muito simples, fruto apenas da experiência e não da suposta sapiência de um ex-juiz do interior.

2 O VÉU

Começemos pelo véu sobre a noiva. Eu diria que há um véu como esse, escondendo o trabalhador. Ele comparece ao juiz disfarçado de reclamante; a cada instante, enfatiza-se a sua qualidade de uma das partes no processo, como se o processo se dividisse em dois, metade para cada lado.

Graças ao véu, as relações se apresentam iguais. A própria imagem da Justiça nos acena com a sua balança de dois pratos, cada qual com o mesmo peso e medida. Além disso, os livros nos ensinam que ela é - ou deve ser - imparcial e neutra. Até o ônus da prova tem de ser igual...

No inconsciente do juiz, pode parecer até que as posições se invertem. Enquanto está na sua empresa, o empregador é quem ordena, exige, reclama - ao passo que o empregado escuta, silencia, obedece. Já no fórum, é o trabalhador quem se queixa, acusa, requer - e o ex-patrão é o acusado, o acuado, o réu.

Mas as aparências enganam. Como certa vez escrevi, a parte forte, na relação de emprego, não é o credor, mas o devedor; pois como o salário vem quase sempre depois do trabalho, quem está habitualmente devendo não é o empregado, mas o empregador.

E o empregador é a parte forte porque detém em suas mãos a fonte de sobrevivência do empregado. E por ser forte dirige não apenas o seu braço ou a sua mente, mas a própria norma que o protege - aplicando-a *quando, como, onde e quanto* quer, e muitas vezes se quiser.

Assim, ao contrário do Direito Civil, o Direito do Trabalho não se cumpre espontaneamente - pelo menos por inteiro. A falta de uma norma de proteção se reflete em toda a CLT, roubando a eficácia das outras normas.¹ O empregado não exercita o seu *ius resistantiae*.² E só procura a Justiça quando - já tendo perdido o emprego - não tem mais o que perder.

Ora, essa situação o torna um demandante vulnerável. Também ao contrário do que acontece na esfera civil, ele depende do resultado da demanda para sobreviver. E isso significa que tem pressa em receber, o que o leva a aceitar baixos acordos.

Hoje, essa distorção se agrava. Basta notar que o desemprego tem durado em média 12 meses, em cidades como Belo Horizonte; e mesmo assim deixando de fora o universo cada vez maior de flanelinhas, camelôs e malabaristas, além dos que simplesmente desistiram de procurar.³

Por tudo isso, se levantarmos o véu, veremos que também o acordo trabalhista tem muito pouco - ou quase nada - de uma transação no civil, em que as partes podem enfrentar muito melhor os riscos, inclusive o risco do tempo. Afinal, ambas preservam a sua fonte de renda; não dependem da própria demanda para sobreviver.

É verdade que nem sempre foi assim. Nos tempos da estabilidade decenal e da indenização de antiguidade, quando o desemprego também era menor, é provável que o acesso à Justiça fosse mais efetivo no curso da relação de emprego. Nesse sentido, a CLT era realmente um sistema, equilibrando pesos e contrapesos.⁴ Com o FGTS, o equilíbrio começou a se romper.

É verdade, também, que há outras variáveis em jogo. Nos meus tempos de juiz, eu observava, por exemplo, que as mulheres, mais do que os homens; e os engenheiros, mais do que outros profissionais liberais, pareciam ter mais dificuldade em entender e aceitar a dinâmica do acordo. Às vezes, intimamente, eu os criticava pela excessiva rigidez; mas talvez eles tivessem mais razão do que eu.

Seja como for, a variável mais forte é mesmo a desigualdade. Aliás, ela não acontece apenas no momento do acordo. Como certa vez também notei⁵, começa na porta do fórum, onde advogados sem escrúpulos aliciam trabalhadores; entra na sala de audiências, cujo ar solene e sagrado reconduz o empregado ao escritório do patrão; contamina as falas do juiz, que soam familiares para um, mas quase um mistério para o outro; perpassa os depoimentos das partes e de suas testemunhas, facilitando mentiras ou às vezes dificultando verdades.

¹ Nesse sentido, observa o mestre Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena que com o sistema do FGTS o empregador se tornou "o detentor do contrato" (*Direito do trabalho e fundo de garantia*. São Paulo: LTr, 1978).

² Para um estudo do tema, cf. o nosso *Direito de resistência*: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 2006.

³ Esses e outros segmentos ficam de fora desse tipo de estatística.

⁴ Era o que acontecia também com a prescrição: antes, o empregado podia, com muito mais freqüência, recorrer à Justiça no curso da relação.

⁵ "O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham", in RENAULT, Luiz Otávio Linhares; e VIANA, Márcio Túlio. *Discriminação*. São Paulo: LTr 1998.

Tudo isso me faz crer - tecnicismos à parte - que além do processo formal, com seus prazos e seus atos, seus ritos e sua mística, existe um verdadeiro processo informal, cujas regras são difusas, caóticas e incontroladas, e por isso mesmo (embora *não só* por isso) pouco estudadas e percebidas. Como na série *Aliens*, esse segundo processo habita o corpo do primeiro, afetando a prova e - por extensão - a sentença.

3 O CONLUIO

Analisemos o conluio. Provavelmente, para os parentes e amigos que lotavam a igreja, as autoras da farsa tinham sido as irmãs. No entanto, sem que notassem, outros atores haviam participado da cena: os pais, o padre, talvez o sacristão e alguma comadre.

De forma análoga, o acordo trabalhista não interessa apenas às partes. Há outros personagens envolvidos, com interesses próprios e inconfundíveis.

O advogado é um deles - especialmente quando em começo de carreira e atuando pelo reclamante. Ele depende de um dinheiro rápido para fazer crescer o seu negócio, ou pelo menos almoçar no restaurante *a quilo* e pagar as contas do escritório. Em Minas, se fizer acordo, esse dinheiro virá em dez dias.⁶

O juiz é outro interessado. Sabe que tem de cumprir os prazos, e efetivamente os cumpre; mas se não fossem os acordos não daria conta dos *outros* processos - cuja complexidade, aliás, é crescente. Pode-se culpá-lo? É claro que não. Age quase em legítima defesa... E mais ainda se no estágio probatório.

Outro personagem é a Justiça do Trabalho. Num tempo em que o Estado perde força e legitimidade, o Poder Judiciário, como um todo, se desgasta; e mais ainda o Trabalhista, na mesma medida em que o trabalhador se torna menos cidadão e o trabalho subordinado mais se degrada.

A propósito, é curioso notar como o prestígio de cada um dos ramos da Justiça parece vincular-se ao seu objeto e aos seus destinatários. A mais valorizada é a Federal, que julga o próprio Estado - como autor ou réu. Vem depois a Justiça Comum Civil, que lida com a propriedade, a herança e a família. No fim da linha, a Justiça do Trabalho e a Criminal, ou vice e versa.

Esse prestígio - ou a falta dele - se reflete na percepção que a sociedade passa a ter do juiz, do advogado e até da disciplina acadêmica correspondente. Do mesmo modo que o advogado criminalista é “de porta de xadrez”, a Justiça do Trabalho é um “balcão de negócios” e o Direito do Trabalho uma espécie de subsciência jurídica.

Ora, como um órgão do Judiciário pode garantir ou recuperar a legitimidade perdida? Não tendo como mostrar à sociedade a qualidade de suas sentenças, só lhe resta exibir a quantidade, ou mais exatamente a relação *número de ações versus número de casos resolvidos*. Quanto mais rápida a Justiça, melhor será o seu IBOPE...

⁶ Dez dias, *no máximo*, tem sido o prazo habitual entre o ajuizamento da ação e a audiência - que em geral é também de instrução, pelo menos no sumaríssimo. A sentença também é publicada em 10 dias ou menos.

É claro que a busca de uma Justiça rápida e eficiente paira muito além de preocupações como essas, que podem até parecer um tanto ou quanto mesquinhas; mas o fato é que, nesse ponto, há uma coincidência entre os interesses *particulares* da jurisdição e do jurisdicionado. Tal como o juiz, a Justiça age não só por idealismo, mas em situação que lembra a legítima defesa.

Mas se a Justiça enfatiza o acordo (também) para se legitimar, essa busca pode - paradoxalmente - deslegitimá-la ainda mais, através do juiz. É o que acontece quando as partes traduzem a sua insistência como preguiça, desinteresse ou dificuldade em decidir. De todo modo, como a busca pelo acordo invade hoje até a Justiça Penal, e passa a ter um suporte doutrinário cada vez maior, é possível que a Justiça do Trabalho perca pelo menos a pecha de “balcão de negócios”...

4 O AMBIENTE

A história das duas irmãs é um pequeno retalho de uma época que já passou; e cujos costumes e crenças eram muito diferentes. Hoje, ainda que a moda do véu voltasse, é provável que Idalina não aceitasse a troca, Isolina não se preocupasse tanto em se casar logo e o próprio Evaristo já tivesse beijado a noiva - qualquer que ela fosse - antes mesmo de jurar-lhe amor. Mas esse mesmo ambiente que hoje nos cerca, e que inviabiliza tramás como aquela, pressiona cada vez mais pela conciliação trabalhista.

Uma das razões já vimos: a crise de legitimidade que afeta o Judiciário em geral, a Justiça do Trabalho em particular e o próprio Direito do Trabalho. Há poucos anos, um Ministro de Estado pregava “uma faxina na CLT”, sugerindo nas entrelinhas que as normas de proteção estavam protegendo em excesso e autorizando, implicitamente, que não fossem cumpridas *tanto* assim.⁷

Mas há outros fatores em jogo. Para começar, os tempos *pós-modernos* são pragmáticos e flexíveis. O que vale é o efeito, não importam muito os meios. Daí, por exemplo, o *sindicalismo de resultados*, tão ao gosto dos irmãos do Norte e tão bem introjetado pela Força Sindical.⁸ Por isso, também no ambiente judiciário, o que importa são os números.

E os números nos levam a outro componente dos nossos tempos, que é a troca da essência pela aparência, a atração pelo *show*. A imagem vale mais que o produto. Ao mesmo tempo (e exatamente por isso), o produto pode não ser o que parece, como nos mostram os relógios falsificados, os empregados cooperados e os variados clones que nos cercam, da ovelha Dolly aos grupos que imitam os Beatles.

Por outro lado, os novos atributos que a empresa procura ter - eficiência, enxugamento, competitividade - são os mesmos que se exigem do Estado em geral e da Justiça em particular. Do mesmo modo que a empresa pode aumentar os seus ganhos reduzindo o pessoal, ou melhorar a efetividade concentrando-se no *foco*, quanto mais acordos judiciais houver mais tempo terá o juiz de cuidar do

⁷ A propósito, cf. KREIN, Dari Alves. A reforma trabalhista de FHC: análise de sua efetividade. *Revista Trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, abril/junho 2002.

⁸ De algum tempo para cá, a própria CUT parece caminhar, pouco a pouco, nessa direção.

que *realmente interessa* - como se um pequeno direito, de um pequeno trabalhador, tivesse importância menor.

Outro fator importante é a compressão do tempo e do espaço. Vivemos uma pressão constante pela celeridade, que nos transmite a sensação de estarmos sempre atrasados. Ora, o acordo não só abrevia o tempo, como evita o processo⁹ e (com ele) o próprio tempo. Além disso, reduz os vários *lugares* em que o juiz se faz presente - despachando, instruindo, sentenciando - ao lugar único da audiência de conciliação.

Por outro lado, os discursos revalorizam o indivíduo, e por conseqüência a personalidade, a intimidade, a vontade. Há alguns anos, a Rede Globo lançou o programa “*Você decide*”. Filmes como “*Corra, Lola, corra*” sugerem vários finais diferentes, à escolha do expectador. Daí a revalorização dos contratos, inclusive onde a vontade nem se expressa com liberdade - como é o caso do contrato de trabalho.¹⁰

A propósito, lembro-me de um interessante artigo - quase uma crônica - de autoria de um filósofo.¹¹ Conta ele que fazia o seu *cooper* na praça, quando passou por uma prancha de exercícios abdominais. Ao lado, estava uma moça. Ela lhe perguntou se ele iria usar a prancha. Como ele respondeu que *não*, ela se deitou calmamente para ler um livro.

Analisando o episódio, o autor observa que a moça aceitava, em princípio, as regras da praça; mas nem por isso abria mão de negociá-las. Nem sequer passava por sua cabeça que alguém pudesse querer *realmente* usar a prancha, mas se esquivasse de dizê-lo, por timidez ou cortesia:

Noutras palavras - diz ele - a norma pública continua mantendo sua validade, mas tão-só no nível do discurso, sendo que na prática seu sentido é reformulado de acordo com outras circunstâncias.

É bom notar que esse mesmo fenômeno pode provocar efeitos positivos - como acontece com os termos de ajuste de conduta do MPT, que também implicam, no fundo, uma contratualização da lei - e a tornam de fato mais efetiva. É como se já não bastasse a democracia representativa; para que realmente funcione, a norma parece exigir uma espécie de referendo privado, um teste de democracia participativa. Aliás, outro bom exemplo dessa tendência é o orçamento participativo, criado em Porto Alegre pelas mãos de Tarso Genro e hoje reproduzido em várias partes do mundo.

Outras vezes, os efeitos negativos ou positivos da pós-modernidade dependem das circunstâncias concretas - como acontece, por exemplo, com a *lei*

⁹ A propósito, observa Elaine Noronha Nassif, valendo-se também de Aroldo Plínio Gonçalves, que, não havendo formalmente um contraditório, o que há é simples procedimento (*Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos*: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista, São Paulo: LTr, 2005, *passim*).

¹⁰ Para uma crítica interessante à suposta autonomia da vontade no contrato de trabalho, cf. BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*, São Paulo: LTr, 2003.

¹¹ GIANOTTI, José Arthur. Uma outra sociabilidade. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 05.09.04. Caderno Mais, p. 3.

negociada, experiência que importamos dos países centrais e ensaiamos no Fórum Nacional do Trabalho. Nesse caso, a negociação tanto pode produzir uma lei que reduza as desigualdades como legitimar ainda mais as relações de dominação.

Seja como for, quando se trata do contrato de trabalho, as idéias que ficam - ou se explicitam na mídia - são as de que o empregado tem vontade própria; sabe o que quer e aceita o que lhe convém; não pode ser tratado como um menor de idade. Nessa mesma ótica, a lei - paternalista - deve ceder lugar no mínimo à vontade coletiva, que por ser coletiva é sempre forte, dispensando qualquer proteção.

A estratégia de valorizar a composição individual não produz efeitos apenas entre os atores envolvidos. Ela ajuda a minar a resistência do grupo e a disciplinar autoritariamente as relações de trabalho. Para esse fim, o acordo é sempre melhor do que o processo, pois o processo imita e reproduz o conflito; ainda que em nível individual, há sempre um que ganha e outro que perde.

Há cerca de dois anos, inventei uma experiência com uma turma da UFMG, levando para a sala, a cada quinze dias, um trabalhador marginalizado, para contar a sua vida; e debatendo, na aula seguinte, os vários aspectos do caso. Perguntamos a alguns deles - que pareciam empregados - se gostariam de ir à Justiça. Todos responderam que não, pois seria faltar à palavra dada e trair quem lhes oferecera um emprego.

Para nós, a sensação que ficou foi a de que a economia informal é um mundo à parte, diferente, com suas regras, seus sentimentos e sua própria ética, em que o negociado *já prevalece* sobre o legislado. E tudo isso nos mostra que a crise do emprego é ainda mais profunda do que parece, na medida em que não só constrói redundâncias de mão-de-obra, mas plasma uma nova subjetividade para a classe trabalhadora.

No próprio contrato formal de trabalho vai-se construindo um espaço informal. Na fase inicial, as partes - e/ou a própria lei - explicitam salários, locais, horários, folgas e funções; no momento subsequente, surge um novo pacto, em que o empregador diz silenciosamente ao empregado: *“posso não lhe pagar tudo; mas não vá à Justiça ou lhe tomo o emprego”*, ao passo que o empregado responde: *“está bem; mas eu o farei quando você me despedir”*.

Mais tarde, na Justiça, esse mesmo pacto ganha novas cláusulas, quando o reclamante avisa: *“agora, exijo que você me pague”*, mas o reclamado adverte: *“sim, eu lhe pagarei, mas só uma parte do que devo, pois de outro modo farei o processo se arrastar, e você sabe, e eu também, que eu posso esperar, e você não.”*

Ainda a propósito dos novos tempos, fala-se em crise do positivismo¹²; num mundo cada vez mais instável, a lei quer ser instável também. Daí - mais uma vez - a ênfase no acordo, que de certo modo a adapta ao caso concreto, quando não a nega quase por inteiro. O acordo esconde em seu ventre um contrato, e o contrato “é sempre um espelho do presente”, para citar mais uma vez a querida e brilhante amiga Elaine Noronha Nassif.¹³

¹² NASSIF, Elaine Noronha. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005. p. 59 e segs.

¹³ *Idem*, p. 76.

5 A MÁGICA

Idealina se transforma em Isolina; e o povo custa a perceber o engodo. Do mesmo modo, a conciliação viabiliza a redução dos direitos *pelas mãos dos próprios beneficiados*, compensando e até certo ponto neutralizando os avanços da lei trabalhista. Como nota Elaine Noronha Nassif,

*[...] o empregado usa uma parte de seu crédito para comprar a outra parte.*¹⁴

É como se o trabalhador enchesse o bolso de direitos, mas o bolso estivesse furado - e os direitos fossem se perdendo pelo caminho. Primeiro, o empregador não lhe paga tudo o que deve; em seguida, a prescrição vai comendo esse resíduo; mais tarde, a conciliação se encarrega do resto, na fase de conhecimento, ou do resto daquele resto, quando o acordo se repete em fase de execução.

Aliás, há outras ilusões semelhantes. O grande Deveali¹⁵ nos mostra, por exemplo, que quando a lei cria um novo direito - digamos, um 14º salário - as empresas tendem a oferecer salários-base menores aos futuros empregados; ou então, no mínimo, repassam o custo para os preços, reduzindo o poder de compra dos trabalhadores...

As crianças de meus velhos tempos gostavam de brincar de *iô iô*. É exatamente como o direito se parece, indo e vindo, prometendo e recusando, oferecendo-se e escapando das mãos do trabalhador. Como diria Marx, *o que é sólido se desmancha no ar...*

6 OS RESULTADOS

Graças à sabedoria e ao trabalho de Isolina, o descansado Evaristo virou dono de fazenda. Mas quais serão os resultados da *outra* fraude, a trabalhista?

Do lado do empregado, o resultado é um direito menor. Em contrapartida, a simples busca da Justiça lhe dá a satisfação confusa de se ver autor em vez de réu; a sensação inédita de poder falar e ser ouvido; a percepção clara de que está sendo tratado com respeito, mesmo por uma pessoa - o juiz - que lhe parece *ainda mais alta* que o patrão.

Esses pequenos orgulhos ou alegrias podem resgatar e reforçar um sentimento enfraquecido de cidadania; e transformar o empregado numa pessoa mais consciente e exigente. Mas também podem, ao contrário, compensar aos seus olhos o baixo valor do cheque, ajudando (ainda uma vez) a enriquecer o patrão.

Certa vez, à minha frente, o reclamante esperou o reclamado fazer sua proposta e lhe disse:

“Não quero nada. Só queria mesmo trazê-lo aqui.”

E, levantando-se, foi-se embora.

¹⁴ *Fundamentos da flexibilização*: uma análise de paradigmas e paradoxos do Direito e do Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

¹⁵ *Lineamientos de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Tipografica Argentina Buenos Aires, 1953. *passim*.

Do ponto de vista do patrão, o acordo pode reforçar a idéia da impunidade, a conclusão de que não vale a pena cumprir a lei. Afinal, se é juridicamente possível¹⁶ pagar tudo no momento certo, ou pagar só uma parte depois, a razão aponta claramente para a segunda opção.

Nesse sentido, as regras do direito processual não adicionam - mas, ao contrário, arrancam - pedaços de efetividade ao direito material. O processo surge não para servir à norma, mas como alternativa a ela. Assim, ao invés de seguir a regra do art. 73 da CLT, que lhe manda pagar o adicional noturno, o empregador prefere esperar pelo art. 846, que obriga o juiz a tentar conciliar. Aliás, conforme o caso, nem será preciso chegar a tanto: se puder acionar o art. 625-A, que regula as Comissões de Conciliação Prévias, o próprio juiz estará ausente.

Já do ponto de vista do juiz, a conciliação significa menos *stress* e melhor *performance* nas estatísticas. Como dizia, significa também a liberação de tempo para trabalhar em outros processos, estudar questões difíceis, capacitar-se um pouco mais ou pelo menos preservar a sua saúde. Sob a ótica das pessoas que o vêem, porém, a insistência no acordo pode soar como resistência ao trabalho.

7 AS JUSTIFICATIVAS

No caso de Isolina e Idalina, talvez se possa justificar o ajuste - mesmo com a fraude. Aliás, não seria o primeiro caso de fraude em boa causa. Penélope desfazia à noite o que costurava de dia, para adiar os pretendentes até a volta de seu Ulisses.¹⁷ Mas e a conciliação trabalhista? Será possível justificá-la?

Como sabemos, as normas trabalhistas são em princípio indisponíveis. É verdade que essa indisponibilidade pode ser relativa: Delgado cita como exemplo o modo de fixação do salário.¹⁸ Aliás, regras como essa poderiam ser enquadradas como dispositivas, não fosse o art. 468 da CLT, que impede a alteração bilateral do contrato em prejuízo ao empregado. Mas a verdade é que mesmo as normas que seriam *absolutamente* indisponíveis acabam sendo *disponibilizadas* no acordo. Basta que tenham expressão econômica - como é o caso, por exemplo, do salário-mínimo. Já o mesmo *não acontece* no Processo Civil, como nota Elaine Nassif...¹⁹

Um modo de justificar esse e outros exemplos de transação seria a existência de *res dubia*.²⁰ De fato, havendo dúvida real a respeito de um direito - não se sabendo de sua existência ou de seus limites - é sempre possível ceder algo em troca de algo. Na verdade, um acordo assim não envolveria o direito em si, mas uma simples *possibilidade* de direito.

¹⁶ No sentido de que, fazendo o acordo, o empregador se vê completamente quite com o empregado e com a própria Justiça, pelo menos no que diz respeito aos débitos trabalhistas.

¹⁷ Conta Homero que - depois de muita insistência - ela prometera se casar tão logo tecesse um manto; mas se utilizou daquela fraude para deixar passar o tempo, pois acreditava na volta de Ulisses, o que acabou acontecendo.

¹⁸ *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 218.

¹⁹ *A conciliação...*, cit., p. 162.

²⁰ Elaine Nassif Noronha descarta essa possibilidade, argumentando, entre outras coisas, que a conciliação pode se dar até depois da sentença - possibilidade que prefiro negar, pelo menos na generalidade dos casos. A autora também enfatiza o fato de que a conciliação resulta de "um procedimento autônomo em relação ao processo oral e informal", podendo envolver ou não a figura do juiz (*Conciliação...*, cit., p. 152).

Note-se que a *res dubia*, na lição da doutrina, implica não só uma dúvida real, efetiva, mas também uma dúvida subjetiva; e, nesse sentido, a incerteza deve envolver *ambas as partes*. Como ensina Sússekind,

*[...] se um dos contratantes está certo da obrigação que lhe cabe solver, age, obviamente, de má-fé, ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões então ajustadas.*²¹

Mas a doutrina costuma adicionar ao conceito de *res dubia* a chamada *res litigiosa*. Ora, a propósito, parece-me que é preciso distinguir duas situações: a) quando o processo é simples consequência da dúvida sobre o direito; b) quando o processo, em si, é o único elemento de incerteza, pois, embora o direito seja claro, as testemunhas podem se enganar ou mentir, o advogado perder o prazo, o juiz errar etc.

A meu ver, é só no primeiro caso que a transação se justifica. Assim, é até desprezível a referência à *res litigiosa*. O que importa sempre é a *res dubia*. Transacionar apenas com base em *res litigiosa*, sem que haja *res dubia*, é utilizar as falhas do processo como argumento para que outra falha - a perda de direitos - aconteça. Algo tão irracional quanto, por exemplo, o juiz proferir uma sentença e executar apenas a metade, sob a alegação de que pode estar equivocado...

No entanto, em geral, é exatamente isso o que ocorre. O empregador conhece (ou, no mínimo, deveria conhecer) os direitos do empregado. Nega-os apenas por estratégia. Mas como toda distorção costuma gerar nova distorção, também o empregado (ou mais comumente o seu advogado) carrega a mão no pedido, para diminuir as perdas no acordo. Como nota Álvares da Silva²²,

[...] o empregado sempre pede mais do que tem direito e o patrão sempre paga menos do que deve.

Nesse sentido, simuladas não são apenas as lides em que o autor finge estar demandando, para que a Justiça homologue a rescisão e o réu se sinta mais seguro. Na verdade, quase todas as lides têm um componente de simulação, na medida em que um ou outro - ou um e outro - finge(m) haver *res dubia* quando na verdade há simples *res litigiosa*.

Ora, não foi para isso que se criou o instituto da conciliação. E - até onde eu sei - não é assim que funcionam as coisas na Justiça Comum, o que nos mostra, mais uma vez, o abismo que existe entre o acordo trabalhista e o civil. Mas como há casos efetivos de *res dubia*, resta saber se é possível detectá-los.

Em princípio, pode parecer que não, pela falta de um contraditório. Mas se isso é verdade nos planos da forma, da técnica e da teoria, a prática costuma ser outra. O juiz penetra, muitas vezes, no mérito do pedido, ainda que de modo caótico, parcial e precário. E isso significa que ele pode alcançar - e em geral alcança - um grau de conhecimento suficiente para antecipar em seu íntimo pelo menos uma parte da eventual sentença, concluindo pela maior ou menor "justiça" do acordo.

²¹ "Indisponibilidade e flexibilização de direitos trabalhistas", in Sússekind, A. *et alii*, *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, v. 1, 1996, p. 226.

²² *Justiça do Trabalho, os números e a verdade*. Belo Horizonte: RTM, 2001.

Na verdade, o próprio processo formal é permeado de inúmeras variáveis informais - nem todas conscientes - muitas das quais acabam influenciando na decisão do juiz. E esse fenômeno é ainda mais visível no Processo *do Trabalho*, não só pela ausência de um código, como pelo comportamento tradicional do juiz, que se posta a meio caminho de seus colegas das áreas cível e criminal.

Aliás, por isso mesmo, não é incomum o juiz renovar o acordo após o interrogatório das partes; e a própria lei, como sabemos, obriga-o a tentá-lo depois das razões finais... Pelo menos nesses dois momentos, o mérito da causa, ou uma parte dele, já não será segredo para ninguém.

8 AS SOLUÇÕES POSSÍVEIS

Isolina e Evaristo resolveram os seus problemas: ela se fez bonita pelo espírito e pela coragem; ele ganhou a fazenda, uma rede na varanda e as intermináveis pacas das barrancas do Sapucaí. E ainda por cima entrou para a família...

Mas como resolver as distorções da Justiça do Trabalho?

Em minhas singelas elocubrações, continuei achando que o maior desafio não é solucionar, mas prevenir demandas - o que implica evitar o *próprio acordo*, que nasce em razão delas. Mas para isso seria preciso que houvesse uma real garantia de emprego.

Diria o Leitor, talvez: *“mas eis aí um contra-senso; um empregado estável não se veria mais livre para ajuizar ações? Como falar, então, em prevenir demandas?”*

É verdade, mas exatamente *em razão dessa possibilidade* o empregador não se veria tão livre para descumprir a norma. É o que acontece com os contratos comuns. Em regra, quando o credor pode *efetivamente* cobrar sua dívida em juízo, o devedor só não paga se não tem como pagar. Além disso, o direito de resistência aumenta. Qual de nós teria coragem, por exemplo, de pegar um táxi e não pagar a corrida?

Seja como for, vejamos o que é possível fazer para nos reconciliarmos com a conciliação.

A meu ver, o primeiro passo seria torná-la menos necessária para o empregado. E isso passa, mais uma vez, pela garantia de emprego. Com ela, o empregador tenderia a cumprir a norma; mas, se não o fizesse, o empregado poderia acioná-lo sem perder o ganha-pão - e a sua posição não seria tão vulnerável. Assim, poderia até trocar o acordo pela sentença; mas o próprio acordo tenderia a ser mais justo, envolvendo apenas a *res dubia*.

Na falta de uma proteção melhor ao emprego, deveríamos priorizar as ações coletivas, estendendo ao máximo o seu raio de ação e o leque de possíveis autores. Além disso, seria importante divulgar e repetir decisões como a do RR n. 592182/99, do TST²³, que considerou nula a dispensa de um empregado que perdera o emprego por ter ajuizado uma ação. O fundo de indenizações trabalhistas seria outra solução importante, permitindo o acesso rápido do reclamante ao valor que a sentença lhe reconheceu.

²³ Publicada no DJ - 04.05.2007 e reproduzida no artigo já referido.

Outro passo seria tornar o acordo menos necessário para o juiz e para a própria Justiça. No caso do juiz, é preciso humanizar de outros modos o seu trabalho, sem que isso signifique terceirizá-lo. No caso da Justiça, seria útil buscar mecanismos diferentes para apressá-la, o que passa por uma reforma no processo. Além disso, divulgar de forma mais inteligente o seu papel e o seu trabalho, de forma a resgatar um pouco da legitimidade perdida.

Seria preciso também aumentar as taxas de juros de mora - ainda que por meio de interpretação²⁴ - e reconhecer ao juiz o poder-dever de aplicar multas.²⁵ Com essas e outras medidas se inverteria o ônus da espera no processo, com reflexos positivos na efetividade da norma e no valor dos acordos.

Pergunto: deveríamos limitar a conciliação aos casos de *res dubia*? Teoricamente, como eu dizia, ela só se justifica assim. Mas e na prática, o que fazer? E se o empregado - como tantas vezes acontece - precisa desesperadamente do dinheiro para sobreviver? Se recusarmos o acordo, o que lhe daremos em troca? Se ele poderia até *nem ter proposto* a ação, abrindo mão de *todo* o direito, em nome de que podemos impedir que renuncie a uma *parte* dele?

São perguntas de difícil resposta. Mas eu diria, em princípio, que o juiz deve negar-se a homologar toda renúncia de direito.²⁶ 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. Mas mesmo essa regra talvez possa ter, aqui ou ali, alguma exceção; é um tema a se pensar melhor.

Por outro lado, é importante que o juiz, em sua prática diária, use as próprias ambigüidades da conciliação para minimizar os seus males. A propósito, é curioso notar que ela tem de tudo um pouco; é uma confusa mistura. Para começar, é tratada como ato processual, sem que o seja; e até como sentença, embora se expresse através de um despacho.²⁷

Na prática, a conciliação costuma ser *mais* do que conciliação. Transita da conciliação à mediação e de lá para a arbitragem. Pois quantas vezes não se vê o juiz interferindo e inventando uma terceira proposta, ou seja, *mediando*? E não acontece - em ocasiões menos freqüentes, é verdade - de as próprias partes lhe pedirem uma sugestão, aceitando até *a priori* o seu *arbitramento*?

Outras vezes, é o próprio conteúdo do acordo que escapa aos limites legais. Já então, o juiz concilia, medeia ou arbitra não o conflito aparente, mas o subjacente: o da empregada com mágoas do patrão, o do patrão que é parente do empregado, o da mulher que se viu assediada e tenta agora dar o troco, *assediando* judicialmente o assediador...

²⁴ Como vem fazendo o colega e amigo Jorge Luiz Souto Maior, tomando como referência, salvo engano, os do cheque especial.

²⁵ Como há quase 20 anos começou a fazer, em iniciativa pioneira, Antônio Álvares da Silva, com base no art. 652, V, d, da CLT. Note-se que essa interpretação se torna ainda mais viável com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho.

²⁶ No mesmo sentido, a colega Adriana Goulart de Sena (Conciliação judicial: solução de litígios na área trabalhista. *Estado de Minas*. Belo Horizonte, 25.06.07. Suplemento DJ).

²⁷ NASSIF, Elaine Noronha. *Conciliação...*, cit., *passim*.

Certa vez, eu tentava apaziguar um casal de homossexuais, cada qual mais furioso. Um se dizia doméstico, enquanto o outro retrucava que não podia ser assim, pois viviam como marido e mulher... Por detrás de seus supostos direitos, e para além dos nossos sorrisos discretos, era fácil perceber as dores e os ciúmes, as lembranças e as angústias, e talvez, nas entrelinhas, a esperança da volta.

Em situações mais raras, a conciliação pode nem ser conciliação. É um simples desabafo, uma nova ofensa, um pretexto para humilhação. Foi o que aconteceu numa antiga JCJ em Minas, quando o empregador, cedendo aos apelos do juiz, disse ao empregado: *“Está bem, está bem, eu lhe dou essa esmola”*. E o juiz, sabiamente, esperou que o empregado embolsasse o cheque, para repetir a pergunta que fizera: *“Vamos fazer um acordo?”* E em seguida, explicando-se ao atônito reclamado: *“Pois o que o senhor deu foi esmola... Se não fizer o acordo, vou julgar o caso.”*

Se a conciliação não é - tecnicamente - um ato do processo, a verdade é que ela acaba se misturando com ele, mesmo porque, como vimos, o processo nem sempre é apenas o conjunto de atos que a lei prevê. Exatamente por ser toda essa mistura, nem sempre é fácil separar o juiz julgador do juiz conciliador, especialmente para as pessoas de condição mais simples. Mesmo conciliando, o juiz é o juiz, e é também por isso que ele deve trocar o céu pelo chão, e sempre que necessário - e na medida do possível - desvendar o véu, a mágica, a trama.²⁸

A participação ativa do juiz se justifica também pelo fato de que o que está em jogo, ainda uma vez, é a efetividade do direito material. Quanto piores forem os acordos menos a lei será cumprida e maior será a sensação de injustiça; pior ainda, de uma injustiça praticada sob os olhos do juiz.

De pouco vale o princípio da proteção se ele se limitar ao campo da empresa, essa “ilha de autoritarismo” a que se refere um autor.²⁹ Nas entrelinhas do procedimento, seja ele qual for, tem o juiz não só o poder, mas o dever de tentar reduzir as desigualdades entre as partes, que perduram e até se acentuam no ambiente da Justiça.

O relativo informalismo do Processo do Trabalho socorre essa necessidade. Daí a sabedoria dos autores intelectuais da CLT, abrindo um amplo espaço de manobra para o magistrado, a fim de que ele descubra ou invente, a cada novo dia, e a cada novo processo, um modo novo de conciliar, instruir e julgar.

A propósito, lembro-me também de outro caso curioso, em que o reclamado negava a relação de emprego, e a própria testemunha - em meio ao depoimento - confessou-se empregador. Perguntei-lhe então se gostaria de tentar um acordo; e o acordo foi feito, aliás em boas bases, se a memória não me trai.

Aceitar ou não um acordo tem muito a ver com as possibilidades maiores ou menores de sucesso na causa. Quanto mais conservadores os juizes 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.

²⁸ Não é esta a opinião de Elaine Noronha Nassif, para quem o acordo, “como qualquer negócio jurídico, dispõe sobre a circulação de bens e direitos sem entrar em sua finalidade, de modo que seu conteúdo ético ou moral não é passível de avaliação” (*Conciliação...*, cit., p. 127).

²⁹ Escapa-me o nome, infelizmente.

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.³⁰ E talvez seja o caso, também, de tentar frear um pouco essa obsessão pelo tempo. Aliás, a tão combatida demora na tramitação dos processos³¹ esconde uma outra demora, muito mais grave, representada pelas ações que só são ajuizadas *depois* da despedida do empregado, e ainda assim *quando o são*.³²

Há sete ou oito anos, a minha filha Laura, hoje com 13, adorava assistir na TV o desenho do Pokemon. Certo dia lhe perguntei: “*mas, afinal, os Pokemons são bons ou maus?*” E ela me respondeu: “*Depende do treinador*”.

Se os colegas me perdoarem a irreverência, eu diria que a conciliação tem algo de Pokemon. Pode ser boa, havendo dúvida real sobre o direito; e tende a ser má, na hipótese contrária. Mas o seu lado bom ou ruim depende sobretudo do juiz; de sua atuação mais (ou menos) ativa, de sua sensibilidade maior ou menor para as questões das partes e do mundo.

Por mais que a conciliação esteja fora do processo, parece-me que o conciliador não pode abrir um parêntese em sua condição de juiz. Tal como o padre que casou Isolina e Evaristo, tem de se envolver de corpo e alma na trama, sentindo os cheiros e percebendo as cores, e intuindo tudo o que não puder deduzir. Nesse aspecto, em novo e curioso paradoxo, a conciliação se reaproxima da sentença: como se tivesse a mesma etimologia, exige também um *sentire*...

³⁰ No mesmo sentido, a doutrina de José Roberto Freire Pimenta, em artigos esparsos e em sua excepcional tese de doutorado, ainda inédita.

³¹ Em Minas, na fase de conhecimento, essa demora se reduz a menos de 30 dias entre o ajuizamento da ação e a sentença, e a menos de 3 meses no TRT.

³² Quero crer que a grande maioria das ações possíveis, envolvendo direitos realmente violados, não seja ajuizada nunca - pelo risco que trazem para o trabalhador que se candidata a novo emprego.