

# A "flexibilização" da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho

ROBERTO FREITAS FILHO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Considerações sobre a conciliação na origem do direito do trabalho e na Justiça do Trabalho no Brasil. 3. A Justiça do Trabalho e a crise do Judiciário. 4. O momento conciliatório, as técnicas de persuasão e os limites legais. 5. Argumentos de persuasão e a conciliação. 6. Pesquisa de campo. 7. Resultados. 8. Análise dos resultados. 9. Desdobramentos e conclusões.*

## 1. Introdução

O presente trabalho pretende ser uma modesta contribuição pessoal do que creio seja um importante meio de afirmação da credibilidade do Judiciário frente à sociedade como um todo, qual seja, o compromisso de seus juízes com a construção de uma sociedade mais justa e equânime. Reconhecendo a profícua atuação dos juízes trabalhistas no que diz respeito ao empenho em responder a uma demanda social crescente por pronunciamentos e providências judiciais, remeto-me a um questionamento no sentido do compromisso com o todo; uma tentativa de apontar focos em que essa atuação possa ser otimizada.

Assim, neste texto, pretendo, a partir da constatação da lógica interna da Justiça do Trabalho, no que tange à ênfase conciliatória, analisar a prática judicante em que os juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento se utilizam de uma retórica persuasiva ao limite, tendo uma atuação pragmática que pode estar transbordando as balizas estritamente legais de sua atuação.

Isso pode indicar que, apesar da formação técnico-profissional de caráter formalista e normativista, que pressupõe a lei como critério decisório e a sua obediência como critério de

Roberto Freitas Filho é advogado em Santos, São Paulo, formado pela Unisantos – Universidade Católica de Santos, pós-graduado em nível de especialização e cursa pós-graduação como aluno especial na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

justiça<sup>1</sup>, os juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento estão alternativando esse modelo de comportamento judicante, que traz conseqüências de relevo. Ainda, que as conseqüências desse transbordamento se estendem muitas vezes para além da discussão da legalidade estrita do procedimento (o que de fato também importa), atingindo a esfera social, econômica e política, o que é observado tanto na prática da “disponibilização” dos recursos devidos ao Instituto Nacional do Seguro Social, incidentes sobre as verbas salariais (Lei nº 8.212/91) quando da tentativa de conciliação proposta pelos juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento, quanto na proposta de que não se faça o reconhecimento do vínculo empregatício oriundo de uma relação

---

<sup>1</sup> A noção de um conceito lógico-formal é traduzida de forma concisa em José Eduardo Faria, *Sociologia jurídica* : crise do direito e práxis política. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 176-177, em que invoca Joaquim Arruda Falcão Neto: “Podem-se perceber, de acordo com distinção feita por Joaquim de Arruda Falcão Neto, duas visões contraditórias do direito transmitidas por nossas faculdades: a visão lógico-formal, fundada no normativismo lógico, e a visão liberal, moldada nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa.

Responsável pelos conceitos de ciência e do método do conhecimento dominante nas faculdades de direito, a visão lógico-formal procura dar um caráter pseudo-científico à dogmática jurídica, reduzindo a Ciência do direito à ciência da forma normativa. Nesta tentativa de obtenção de “status” científico, o direito é desvinculado tanto da moral como da economia, da política e da sociologia. Esta concepção exige que o direito seja visto como um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado, imune às mudanças e aos conflitos sociais. Nesse sentido, o método de conhecimento da ciência do direito é formalizado e dedutivo, partindo de dogmas postos fora do conhecer jurídico.(...) Além disso, a predominância da visão lógico-formal no ensino do direito fornece a estruturação de algumas de suas características básicas, como a redução do estudo do direito ao direito positivo, em especial ao estatal; a ênfase nos temas de validade e legalidade, em detrimento dos de eficácia e legitimidade; a construção do currículo com base na pretensão de autonomia de cada disciplina; a ênfase no que se opera e distingue e na transmissão de conhecimentos estanques, sem um panorama interdisciplinar; a predominância do raciocínio dedutivo a partir de dogmas não-questionados, além de um obscurecimento dos estudos sócio-políticos sobre o processo nomogênico. Estas especificidades do ensino fazem do advogado um simples técnico na aplicação do sistema normativo, que abre mão do questionamento profissional que deveria marcar sua atuação.”

de emprego, conseqüentemente sem a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS do empregado-reclamante.

A partir do reconhecimento e identificação dos tópicos mencionados, tratarei dos desdobramentos oriundos daquelas práticas, que se refletem tanto em seu âmbito profissional quanto pessoal.

Tomando esses fatos como exemplos da pragmatização da prática judicante, pretendo mostrar que o juiz tende – como de fato o faz – a “diversificar” o padrão decisório e conciliatório legalista-normativista, e que essa atitude indica uma alteração comportamental frente ao paradigma sob o qual são os atores jurídicos formados; e, por não ser articulada com os outros atores, legislações e instituições oficiais estatais de caráter previdenciário e sócio-econômico (dentre elas, o exemplo citado tange ao INSS e à Caixa Econômica Federal mais diretamente), essa “praxis”, calcada em razões pragmáticas, concorre para comprometer a funcionalidade provedora do Estado.

## 2. Considerações sobre a conciliação na origem do Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho no Brasil

A origem histórica do Direito do Trabalho tem suas bases na conjugação, no final do século XVIII, de duas revoluções: a Revolução Industrial e a Revolução Política. Se, de um lado, a invenção da máquina aplicada à indústria provocou a sabida revolução nos métodos de trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e empregados, de outro, o homem tornava-se livre, e o “cidadão” era erigido à categoria racional na ordenação política da sociedade.

A revolução na noção de trabalho, com a concentração de massas operárias sob o jugo do capital nas grandes explorações com unidade de comando, apontou para o fato de que somente a “liberdade” e a “igualdade” como conceitos formais não garantiam a justiça social almejada. Era necessária a intervenção estatal nesse desequilíbrio de forças produzido pelo sistema liberal. Já no século XIX, dava-se início a uma nova era social, marcada notadamente pela noção de que o bem individual deve ser atingido sempre em vista do bem coletivo.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Vários autores do período indicam este sentido, culminando com a sistematização do coletivismo por meio da obra de Marx, *O Capital*.

Nesse contexto, observa-se a ação inicial do Estado como agente de equilíbrio entre as classes, um Estado intervencionista, providência que busca harmonizar os interesses individuais e coletivos, fazendo-se sentir de diversas maneiras, seja regulamentando a iniciativa privada, seja fomentando-a e vigiando-a, ou substituindo-a em benefício do interesse coletivo.

A legislação social no Brasil começou, decididamente, após a Revolução de 1930. O Governo Provisório de então, sob o comando de Getúlio Vargas, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que principiou a elaboração das nossas leis sociais.<sup>3</sup>

Instituído o Governo Provisório pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, já em 12 de dezembro era publicado o Decreto nº 19.482, com várias medidas de proteção ao trabalhador.

A Justiça do Trabalho foi instituída pela Constituição de 1934, sendo organizada, em 2 de maio de 1939, pelo Decreto-Lei nº 1.237.

A Consolidação das Leis do Trabalho, que é o texto legal que regula o Direito do Trabalho tanto no seu aspecto formal quanto substancial, foi promulgada pelo Decreto-Lei nº 5.452 de 1-5-43. Nesse diploma, foram reunidas as leis esparsas que existiam sobre o Direito Individual do Trabalho, o Direito Coletivo do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho.

A Justiça do Trabalho, conforme observado, é uma justiça especializada que tem por objetivo original compor e resolver litígios resultantes da luta entre o capital e o trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho é dada presentemente pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 114, que dispõe:

Art 114, *caput*: “Compete à Justiça do Trabalho *conciliar* e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios

<sup>3</sup> Sobre os antecedentes históricos do Direito do Trabalho, ver os cap. 1 e 2 da obra *Instituições de Direito do Trabalho*, por Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna. 10. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. Capítulos esses de autoria do último.

que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”

Por todas as circunstâncias de sua gênese, a Justiça do Trabalho dá ênfase à conciliação, como forma de se atingir o objetivo da paz social. Ao Estado, é interessante que o litígio seja composto pelas próprias partes em litígio.

Ao criar seus órgãos judiciários, o Estado proveu os mesmos de uma função conciliatória preponderante em relação ao julgamento. Segundo essa atribuição, o juiz deve empenhar-se em esclarecer os litigantes, eliminando mal-entendidos e persuadindo-os a reconhecer as faltas próprias e os direitos da parte contrária. Isso segundo a doutrina de Direito do Trabalho.<sup>4</sup>

Em termos sucintos, um processo na Justiça do Trabalho pode ser decidido de duas formas após sua instauração: ou se profere uma “sentença”, que se entende por “um veredicto que o juiz ou tribunal profere sobre a espécie submetida ao seu julgamento”<sup>5</sup>, ou se promove uma “conciliação”, que é o “acordo entre as partes litigantes para pôr fim à demanda; transação”. Em Direito Processual Civil e em processo trabalhista, diz-se da forma de dirimir, amigavelmente, por proposta do juiz, na audiência de conciliação, instrução e julgamento, qualquer litígio entre as partes.”<sup>6</sup> Quando ocorre uma conciliação, esta é homologada pelo juiz. Nesta homologação, o juiz confirma e aprova uma convenção particular. No processo do trabalho, ao juiz é imposto, sob pena inclusive de nulidade de posterior decisão, que o mesmo proponha uma solução conciliatória por duas oportunidades antes de proferir uma sentença.

A CLT menciona a conciliação enfaticamente como forma de composição dos litígios. Já ao iniciar o Título X (Do Processo Judiciário do Trabalho), em seu segundo artigo (o de nº 764), é disposto que :

“Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da

<sup>4</sup> MARANHÃO, Délio, op. cit., v. 2, p. 1.189 ; GIGLIO, Wagner D., *Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. rev., ampl. e adap. à Constituição Federal de 1988. São Paulo : LTr, 1995. p. 27, 232-233; CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 18. ed. São Paulo : Rev. Tribunais, 1994. Entre outros.

<sup>5</sup> NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica*. FASE. 3. ed. 1990.

<sup>6</sup> Idem.

Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à *conciliação*.

Parágrafo Primeiro. Para os efeitos deste artigo, os Juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus *bons ofícios e persuasão* no sentido de uma solução *conciliatória* dos conflitos.(...)”

A ênfase à conciliação se manifesta sistemicamente no corpo do texto legal, conforme se observa nos artigos 847 e 850 da CLT, explicitando claramente a intenção do legislador:

“Art. 847. Terminada a defesa, o juiz ou o presidente proporá a *conciliação*.

Par. 1º Se houver acordo, lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para o seu cumprimento.”

“Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de *conciliação*, e, não se realizando esta, será proferida a decisão.” (...)

conciliação.

A jurisprudência se firmou, inclusive, no sentido de ser obrigatória a tentativa de conciliação, sob pena de nulidade da decisão. (TRT, 10ª Reg., RO 1.067/85, Francisco Pinto. Ac. 2ª T. 1.492/86); (TFR, RO 8.836 – Am, Carlos Thibau); (TRT – PB, RO 1.852/90, Aluísio Rodrigues, Ac. 7.383/91); (TST, RR 22.143/91.3, Ursulino Santos).

### 3. A Justiça do Trabalho e a crise do Judiciário

O Judiciário enfrenta, presentemente, a questão de recuperar sua função social. Embora se discuta a questão já há algum tempo, a mesma permanece atual. Esse dado é expresso claramente por vários autores que trabalham a legitimidade e a funcionalidade do sistema jurídico frente ao paradigma legalista de natureza notadamente liberal nos seus vários aspectos.<sup>7</sup>

A tabela<sup>8</sup> a seguir transcrita dá a medida do descrédito da efetividade decisória do Judiciário frente a “clientes” cidadãos.

População com 18 anos ou mais (1985-88) envolvida em conflito, por tipo de reação – Brasil e Regiões (N=8.641.761)

Porcentagem da população	Brasil	N	NE	SE	S	CO
Não buscaram a Justiça	67,0	60,0	65,0	64,0	68,0	67,0
Resolveram por conta própria	43,0	41,0	34,2	42,0	50,0	55,0
Temeram represálias	1,5	1,2	1,8	1,8	0,8	0,5
Não buscaram a Justiça por custar menos ser indiferente ao conflito	28,7	35,5	36,0	28,4	21,8	22,8
Recorreram a outras pessoas ou entidades	6,0	7,0	6,3	6,0	6,2	5,0

Conforme visto, a lei e a Constituição legitimam os juízes a utilizarem-se de técnicas persuasórias a fim de atingirem a solução do litígio pela conciliação. Não apenas legitimam, mas determinam a utilização dessas “técnicas”, exteriorizando-se o comando legal no imperativo “empregarão” do parágrafo 1º do artigo 114 da CLT.

É importante notar que há um grande grau de liberdade discricionária que subjaz ao termo “bons ofícios e persuasão” referente à atribuição legal do juiz. Assim, o processo na Justiça do Trabalho pauta-se, entre outros, pelo princípio da tentativa obrigatória de

Somente o nº total daqueles que, estando

<sup>7</sup> FARIA, José Eduardo. *Violência Simbólica*. SP: EDUSP, 1988; e *Justiça e Conflito* : os juízes em face dos novos movimentos sociais. SP : RT, 1991, em conjunto com CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991, bem como os trabalhos da Coleção Lições de Direito Alternativo, ed. acadêmica, além de vários textos e trabalhos como a Revista da UnB, 1979, sobre Ensino Jurídico.

<sup>8</sup> Fonte: IBGE, *Participação política e social*. 1990, V. 1; e W. Guilherme dos Santos, *Razões da Desordem*, Rio de Janeiro : Rocco, 1993. *apud* José Eduardo Faria. *Os Novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1995.

envolvidos em conflitos, deixaram de procurar o Judiciário para obter uma providência jurisdicional, que foi de 67,00 %, já dá a medida da crise à qual me refiro.

Pode-se, é claro, fazer a leitura inversa, ponderando que, apesar dos dados da realidade sócio-cultural apontarem para a falta de acesso simplificado ao Judiciário e os baixos índices de informação da população brasileira, um terço dos que estiveram envolvidos em conflitos buscaram o Judiciário. Ocorre que a validade deste viés de interpretação está diretamente relacionada a um Estado liberal de pouca intervenção na ordem privada, o que claramente não ocorre no caso brasileiro.<sup>9</sup>

A teorização mais aceita pela maioria dos autores (em contraposição a uma concepção histórica e cultural) para a explicação das razões desta crise, e que aqui assumo como premissa, é a que pugna por um descompasso lógico-racional entre o sistema decisório e a realidade fática. Em termos sucintos, esta crise se apresenta tendo em vista uma dinâmica de modificação da estrutura da produção industrial desde a década de 40 até a década de 90. Ao longo desse período, a economia basicamente agrária que predominava foi sendo substituída por uma economia industrializada.

No ensejo dessa modificação, ocorreu um grande deslocamento populacional do campo para os centros urbanos. Surgem daí uma nova classe operária e classe média, e uma pobreza concentrada nas periferias das metrópoles.

O sistema jurídico pátrio foi organizado a partir de um modelo liberal clássico, privilegiador dos méritos individuais, com o fim de assegurar as liberdades de iniciativa e garantir a observância contratual. Houve a crescente demanda por providências sociais de toda natureza, como consequência do inchaço metropolitano, o aparecimento de pobreza periféricas, etc, bem como surgiram novos conflitos sociais.<sup>10</sup> O Judiciário não respondeu a contento a essas demandas, comprometendo sua eficácia, credibilidade e funcionalidade. É o que mostram os dados.

<sup>9</sup> Refiro-me à noção de estado liberal dada em BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1995.

<sup>10</sup> Estes raciocínios foram desenvolvidos em FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito* : os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo, 1991; e *Os Novos desafios da Justiça do Trabalho*, op. cit.

A Justiça do Trabalho, como parte integrante do Judiciário, também sofre do mesmo sintoma do órgão como um todo. Entretanto, no caso da Justiça do Trabalho, esse sintoma crítico é perceptível de forma mais branda, por vários motivos. Alguns deles são: a flexibilidade do processo trabalhista (o rito processual mais rápido e passível de diversificação segundo cada circunstância, pela práxis dos foros trabalhistas); a mercantilização dos direitos relativos à relação de emprego; os ajustes políticos aos quais a Justiça do Trabalho tem servido como instrumental de realização, bem como à realização das políticas econômicas estatais<sup>11</sup>; e, como dado da prática cotidiana, uma franca tolerância das disfunções sistêmicas por parte de advogados perante os juízes, posto que os primeiros são, na prática, co-autores das ações, no que concerne ao benefício econômico trazido pelas mesmas, e os segundos encontram-se assoberbados de trabalho em razão do pequeno número de juízes e da grande demanda.

Estas razões podem ser indicativas de que os envolvidos nessas práticas tendem a alternativizar o processo e o procedimento a fim de atingirem maior “produtividade”. Nesse contexto, os embates são menores, as disfunções são superficialmente equalizadas e ambas as classes de atores jurídicos “cumprem o seu papel”.

Um momento no qual se dá essa alternativização, em toda a sua expressão, é o da conciliação, em cujas circunstâncias e especificidades se manifestam alguns procedimentos que nos interessam para o presente trabalho, sendo tratados nas seções seguintes.

#### 4. O momento conciliatório, as técnicas de persuasão e os limites legais

Os momentos conciliatórios nos quais o juiz empenha “seus bons officios e persuasão” (art. 764, §1º) são permeados por limites legais que, se por um lado balizam seus limites de atuação, por outro entreabrem um espaço de discricionariedade do mesmo.

Ou seja, ao mesmo tempo em que o juiz deve utilizar-se de todo o rol de argumentos e técnicas para incentivar uma conciliação entre as partes (e pode utilizar-se destes segundo sua própria conveniência), não pode extrapolar a

<sup>11</sup> Idem.

obediência ao devido processo legal (due process of law)<sup>12</sup>, nem desprezar os mandamentos legais de caráter imperativo, que determinam expressamente uma incidência e uma consequência legais inescusáveis.

A lei autoriza e impõe a conciliação como requisito de validade para o julgamento. Mesmo assim, o juiz encontra, em preceitos constitucionais e legais, parâmetros ao seu limite de atuação. Há direitos indisponíveis, como, por exemplo, a paga de valor equivalente ao salário mínimo (sendo esta a hipótese de questionamento em juízo, a lei e a Constituição são imperativos quanto à indisponibilidade desse direito). A renúncia a direitos deve ser acompanhada pelo julgador, tendo em vista precipuamente a franca hipossuficiência do trabalhador.

Essa ótica é reforçada por todos os princípios de Direito do Trabalho que são, notadamente, de caráter protecionista.

Amauri Mascaro Nascimento<sup>13</sup> fala em princípios universais de Direito do Trabalho. Entre eles, aponta o “princípio das garantias mínimas do trabalhador”; “princípio da justa remuneração”; “direito à previdência social”; “princípio da condição mais benéfica ao trabalhador”, entre outros.

Enumera, ainda, entre os princípios do Direito brasileiro, o da concepção contratual do vínculo entre empregado e empregador com interferências legais destinadas a estabelecer proteção mínima ao trabalhador, considerados nulos os atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação à equiparação dos efeitos da relação de trabalho aos dos contratos.

Sussekind<sup>14</sup> fala em inderrogabilidade do Direito do Trabalho. Trata este princípio da proteção do trabalhador por meio da proibição à renúncia e à transação atinentes a direitos relativos a normas de ordem pública.

<sup>12</sup> O princípio do “devido processo legal” está no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Caracteriza-se como “as formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 272-273.

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 458-459.

<sup>14</sup> Idem, 222-226.

Por óbvio, no momento conciliatório, o juiz tem de observar os limites legais a ele impostos pela própria natureza do Direito do Trabalho.

## 5. Argumentos de persuasão e a conciliação

De acordo com minha experiência pessoal profissional enquanto advogado, e em face dos resultados de entrevistas realizadas com vários atores jurídicos, entre os quais advogados, juízes e serventuários, observa-se que a técnica de persuasão empregada pelos juízes no momento da proposta conciliatória é basicamente uma argumentação no sentido das perdas e ganhos pecuniários das partes. A seguir, apresento uma gama exemplificativa de argumentos, para então detalhar aqueles que serão de especial interesse.

Neste rol de argumentos, os juízes invariavelmente incluem, em relação aos reclamantes, a demora na solução da lide, a possibilidade de encerramento das atividades da empresa, a falta de provas documentais na instrução processual, riscos futuros em eventual fase de execução, o que impediria o recebimento por parte do autor daquilo que lhe é devido.

Em relação às empresas-rés, 1) a redução do que seria regularmente devido; 2) o não-pagamento de multas administrativas aplicáveis ao caso por descumprimento legal; 3) a consignação, em juízo, dos valores acordados, como valores pagos a título indenizatório, o que determina a não-incidência das contribuições previdenciárias, minimizando o custo da solução do processo; 4) em hipótese de não ter, durante a prestação do trabalho, havido o registro em carteira de trabalho, o não-reconhecimento, pela empresa, do vínculo empregatício, evitando assim todos os recolhimentos previdenciários, de fundo de garantia por tempo de serviço, e quaisquer multas administrativas.

Os argumentos ora elencados não são de forma alguma exaustivos do repertório dos juízes. Há diversos outros que, entretanto, são menos freqüentes e menos verificáveis objetivamente. Para mencionar apenas alguns, a inflexão verbal aplicada à proposta de conciliação para uma das partes, como por exemplo o seguinte: “- Olhe, Doutor, até que este acordo está bom! Se fosse eu fechava esse acordo!”, os recursos de figuras de estilo e linguagem como, por exemplo, a ironia, a metáfora, e todo o aparato simbólico de poder que se observa na

disposição física de uma sala de audiência e que se manifesta também corporalmente nas atitudes do juiz.

Algumas das práticas discursivas dos juízes trabalhistas, quando do momento do acordo, parecem indicar que resvalam nos limites legais das normas de ordem pública, que determinam sua auto-incidência necessária. Deste momento em diante, tomarei como foco dois dos argumentos preponderantemente utilizados pelos juízes a fim de persuadir as partes a realizar uma conciliação numa lide trabalhista: a) os valores consignados a título indenizatório com o fim de determinar a não-incidência das contribuições previdenciárias e; b) o não-reconhecimento formal de uma relação jurídica material e fática, que é a relação de emprego havida entre as partes litigantes, quando não houve a anotação em carteira de trabalho durante a vigência do contrato.

Apoiando-me no conceito de legalização do ilegal desenvolvido por Holston<sup>15</sup> pretendo avaliar a dinâmica dessa prática judicante e suas possíveis conseqüências.

Segundo o conceito trabalhado em Holston, que tomou como foco as lides cujos objetos eram os conflitos de terras, o sistema jurídico brasileiro não objetiva resolver os conflitos de terras sob um julgamento por sentença que incorpora os fundamentos de uma teoria da Justiça, nem mesmo decidir sobre seus méritos legais por meio de procedimentos judiciais.

O papel da lei, nesse sentido, seria o da instrumentalização de desordem calculada, por meio do qual práticas ilegais produzem lei, e soluções extralegais são introduzidas clandestinamente no processo judicial.

Redimensionando o conceito ao Judiciário trabalhista, vê-se que a mesma prática de introdução de soluções não-jurídicas numa sede legal passa a ser, pelo uso, legitimada e legalizada.

Como já foi dito, os juízes se utilizam de uma argumentação que põe em disponibilidade valores devidos à Previdência Social. Melhor esclarecendo, para que os custos de uma acordo trabalhista sejam minimizados, o juiz propõe às partes que discriminem, no ato do acordo, que as verbas pagas não são de caráter salarial, e sim indenizatórias. Ocorre que muitíssimo raramente (para que não se diga nunca) o pedido de uma ação reclamatória trabalhista restringe-se a valores apenas indenizatórios (ou

diga-se “não-salariais”). Ou seja, mesmo sendo claro que as verbas sobre as quais se faz acordo para o pagamento são de natureza salarial, o juiz homologa o acordo dessa forma.

Existe, entretanto, disposição legal expressa no sentido de que os recolhimentos previdenciários incidam sobre os pagamentos de verbas provenientes de acordos trabalhistas efetuados sobre valores de natureza salarial. Estas chamadas verbas de natureza salarial são aquelas pagas em razão da prestação de um serviço no âmbito de um contrato de trabalho. Amauri Mascaro Nascimento indica a diferença entre verbas salariais e verbas indenizatórias:

“Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho.

Não integram o salário as indenizações, inclusive as diárias e ajudas de custo, os benefícios e complementações parafiscais, os pagamentos de direitos intelectuais e outros pagamentos não considerados salário por lei.”<sup>16</sup>

O artigo 43 da Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre o plano de custeio da Previdência Social, determina:

“Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado. (Redação dada pela Lei nº 8.620 de 5-1-93).”

Ainda, o artigo 44 da mesma Lei impõe ao juiz o dever expresso de cumprimento dos recolhimentos:

<sup>16</sup> HOLSTON, James. Legalizando o ilegal : propriedade e usurpação no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 8, n. 21, p. 68-89.

<sup>15</sup> Op. cit., v. 1, p. 178-179.

“Art. 44. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado. (Redação da Lei nº 8.620/93)

Por sua vez, o artigo 28 da mesma Lei nº 8.212/91 conceitua o salário-de-contribuição e enumera as verbas sobre as quais incide o percentual devido ao INSS, quais sejam, as de natureza não-indenizatória:

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I- para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo;

II- para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para a comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração.(...)”

Assim, por todo o demonstrado, resta claro que os limites do juiz ao dispor das verbas devidas ao INSS são estreitos, devendo o mesmo inclusive zelar pelos recolhimentos destes valores ao órgão. Utilizando-se da noção de normas de ordem pública em cotejo com a lei, observa-se que o magistrado não pode dispor nem dos valores devidos ao INSS, nem mesmo, se conhecer de uma prestação salarial, deixar que as partes disponham dos referidos recolhimentos.

Quanto ao segundo argumento de persuasão utilizado pelos juízes, qual seja, o do não-reconhecimento da relação de emprego, e a consequente não-anotação da Carteira de Trabalho, além da consequência já descrita até agora, ocorre ainda que o trabalhador não disporá de prova cabal, que é a anotação em Carteira de Trabalho, para os fins de cômputo de tempo de serviço para a aposentadoria. É notório que, no sistema previdenciário brasileiro, funciona a aposentadoria por tempo de serviço. Este período é comprovado preponderantemente mediante documentação oficial prevista na CLT, qual seja, a Carteira de Trabalho e Previdência Social. Se o empregado não tiver

sua carteira “assinada”, terá muita dificuldade em comprovar o tempo de serviço, e em muitos dos casos ser-lhe-á impossível esta comprovação. Dessa forma, a consequência de um acordo celebrado projeta-se ao futuro na forma de um prejuízo de alta monta.

O artigo 55 da Lei nº 8.213/91, que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social, é elucidativo:

“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o artigo 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: (...)

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em indício de *prova material*, não sendo admitida exclusivamente prova testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

## 6. Pesquisa de campo

A fim de constatar empiricamente o alegado, foi conduzida uma pesquisa de campo cujo universo, espaço amostral, metodologia, dados e resultados são expostos a seguir.

O universo pesquisado foi de cinco Juntas de Conciliação e Julgamento componentes de uma das Comarcas<sup>17</sup> do Estado de São Paulo, que são órgãos de primeira instância para os dissídios individuais, onde são julgadas as ações trabalhistas. Cada Junta julga, anualmente, aproximadamente dois mil e quinhentos processos.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Como o presente trabalho não tem por intuito uma crítica particular ou atomizada, mas sim uma contribuição para o Judiciário trabalhista como um todo, não são mencionados dados identificadores, o que faço exclusivamente por uma questão técnica tendo em vista o fim a que o presente se propõe.

<sup>18</sup> obs.: Há, na comarca pesquisada, seis Juntas de Conciliação e Julgamento. Foram apenas pesquisadas cinco Juntas, tendo em vista a não-franquia aos dados em uma delas. Ainda, não há nenhuma relação entre o número da Junta aqui apresentado com qualquer indicação real de que esta ou aquela Junta é de fato assim denominada. Dessa forma, a Junta aqui apontada como número 1 não é necessariamente a primeira Junta da comarca.

Como espaço amostral, foram pesquisados 228 processos de um total aproximado de 12.500, perfazendo um total percentual aproximado de 2% do total de ações propostas. Todos os processos pesquisados foram colhidos dentre aqueles nos quais foram celebrados acordos.

Foi feita, também, uma estatística de relação percentual entre acordos e processos efetivamente julgados por sentença que haja analisado o mérito dos pedidos. Dentro do universo pesquisado, tem-se um total de 63,5% em acordos (conciliações) e um total de 36,5% em processos julgados com uma decisão de mérito. Devo lembrar que há processos em que o juiz não julgou o mérito nem deu-se o acordo. Nestes, os “caminhos” dos processos são os seguintes: vão ao arquivo por desistência das partes; são extintos de plano por faltar-lhes algum requisito legal para o seu regular andamento; o juiz encaminha o processo para outro órgão, por não ser a ação de sua competência (no sentido jurídico do termo); por alguma razão de ordem jurídica o processo é remetido para outro órgão, como por exemplo a eleição pelas partes de outro foro.

O percentual do espaço amostral, entretanto, é relativo ao total das ações propostas.

## 7. Resultados

Total dos valores dos acordos celebrados	R\$ 357.993,66
Total dos valores discriminados como acordos sobre “verbas indenizatórias”	
Junta nº 1	R\$ 44.440,00 = 100%
Junta nº 2	R\$ 83.324,40 = 100%
Junta nº 3	R\$ 77.660,04 = 69,08%
Junta nº 4	R\$ 54.729,42 = 100%
Junta nº 5	R\$ 61.930,00 = 100%
Total Geral	R\$ 323.083,86
Percentual em relação ao total geral das verbas que foram discriminadas como “indenizatórias”	90%
Percentual dos processos nos quais havia pedido relativo a valores salariais	100%

Total do período (dias) pleiteado a título de reconhecimento de relação de emprego, com conseqüente vínculo empregatício e reconhecimento de tempo de trabalho

Junta nº 1                      2.053 dias

Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta nº 2                      12.611 dias

Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta nº 3                      3.333 dias

Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta nº 4                      5.820 dias

Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta nº 5                      5.356 dias

Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Total geral do período pleiteado de reconhecimento judicial de relação de emprego                      29.173 dias

Total de período pleiteado em que houve o reconhecimento da relação de emprego                      0 (zero) dias

Percentual do período no qual houve o reconhecimento da relação de emprego                      0% (zero por cento)

Para que se tenha uma idéia da representatividade desses valores, passo a transcrever os dados fornecidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, indicativos da quantidade de ações propostas, e os resultados, em termos quantitativos, das formas de conclusão dos mesmos.

## TABELA

*Ações ajuizadas em primeira instância, compreendendo capital e interior de São Paulo, no âmbito da competência territorial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região quanto às formas de conclusão, bem como a relação percentual entre os processos conciliados e aqueles efetivamente solucionados*

Ano	Processos distribuídos	Processos solucionados	Processos conciliados	Processos julgados	%entre processos conciliados e solucionados
90	242.449	213.411	91.440	121.971	42,8
91	287.888	263.909	117.680	146.229	44,6
92	293.690	266.118	111.469	154.649	41,9
93	277.500	278.436	108.557	169.879	39,0
94	301.870	292.814	117.628	175.186	40,2
95	356.426	295.371	135.175	160.196	45,7

Obs.: Processos não-solucionados são aqueles nos quais não houve uma decisão de mérito.

### 8. Análise dos resultados

Como se pode constatar, embora tenha havido, em todos os processos pesquisados, pedido relativo a verbas de natureza salarial, em termos de valores, noventa por cento dos valores acordados o foram tendo como a discriminação “verbas indenizatórias”. Em outras palavras, do total dos processos, em termos de valores, em somente dez por cento destes vai haver o recolhimento dos valores devidos aos órgãos competentes.

Mais ainda, em apenas uma das cinco juntas pesquisadas houve a determinação de que as verbas acordadas não seriam de caráter indenizatório, o que demonstra claramente uma opção de conduta na elaboração e homologação dos acordos.

Quanto ao período objeto do pedido referente ao reconhecimento da relação de emprego, na totalidade das vezes em que o acordo foi celebrado, em audiência, por iniciativa do juiz, não houve o reconhecimento de sequer um dia a título de relação de emprego. Se houvesse a opção por uma conduta diversa desta, os acordos seriam realizados somente se estabelecida a regularização da anotação em Carteira de Trabalho do empregado. Dessa forma, evitar-se-iam as conseqüências danosas dessa falta de proteção documental.

### 9. Desdobramentos e conclusões

Conforme observado, a Justiça do Trabalho guarda características de proteção ao hipossuficiente, assim identificado o empregado frente ao empregador, que remontam às suas origens históricas.

O poder-dever conciliatório conferido aos órgãos de primeira instância nos dissídios individuais (JCJ) enseja a utilização de uma retórica persuasiva que encontra os limites da disponibilidade dos direitos em questão tanto na lei quanto no texto constitucional.

Constatado nos resultados da pesquisa conduzida, o comportamento judicante pode estar transbordando os limites legais da disponibilidade dos direitos em jogo.

As legislações trabalhista, previdenciária e econômica, para um mínimo de funcionalidade procedimental no sentido da previsibilidade e um intercâmbio adequado, devem funcionar de modo articulado, e assim são pressupostas em sua gênese, conforme observado.

É impossível precisar um *quantum* que porventura tenha sido deixado de ser recolhido aos cofres dos órgãos públicos e instituições envolvidas, e mesmo o prejuízo pessoal de cada um dos trabalhadores que, por não terem visto reconhecidos os períodos de trabalho, não tiveram suas carteiras de trabalho anotadas e,

por conseqüência, não terão esta prova quando da contagem de período trabalhado para os fins de aposentadoria. Fato é que a antijuridicidade parece ser clara, com o conseqüente prejuízo aos chamados “hipossuficientes”.

Ou seja, os atores jurídicos protagonistas destes atos transbordam os limites impostos pela legislação, com o compromisso de uma produtividade. Se, de um lado, esse comportamento tem um viés positivo, posto que fortalece a legitimidade do órgão judiciário como um todo, tendo em vista que de fato responde com maior efetividade aos pedidos de prestação jurisdicional, de outro, causa mediatamente um prejuízo à parte mais fraca da relação de emprego e aos órgãos estatais previdenciários, comprometendo a articulação racional e material entre os mesmos e suas legislações.

Mais ainda, importa reconhecer que a antijuridicidade advém de um comportamento decisório que, quando transitada em julgado a decisão (ou seja, quando escoado o prazo para a interposição de qualquer recurso, e portanto imutável por via recursal o acordo homologado), passa a se revestir de uma roupagem de legalidade.

Dessa forma, o paradigma legalista, segundo o qual se conduz a formação do ator jurídico e que pressupõe a lei como critério recorrente para as decisões dos magistrados, parece ser diversificado para viger uma conduta de caráter pragmático que se indica ter como motivação a conciliação alternativamente a que se profira uma sentença de análise do mérito da ação.

O preço social dessa conduta não é mensurável em exatidão. Entretanto, o que é verificável é que a desarticulação entre as legislações, que são direta ou indiretamente relacionadas com a prática apontada, compromete mais ainda o já depauperado estado das instituições que se submetem a esta regulamentação legal. Instituições estatais essas que sofrem, além das dificuldades orçamentárias amplamente divulgadas, propostas de reforma, tais como o Instituto Nacional do Seguro Social, o instituto jurídico do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a própria legislação trabalhista e previdenciária de forma geral, em que se pretendem, inclusive, reformas estruturais.

Legislações, instituições e institutos aos quais se qualificam de falimentares, ultrapassados, anacrônicos, mas aos quais o próprio

Estado, por meio de seus órgãos (de forma especial, apontamos os órgãos da Justiça do Trabalho ora em estudo), contribui para a própria falência ou estado crítico.

É de se impor, no âmbito dos prejuízos pessoais, a discussão das possibilidades de reparação ou indenização, sendo que é o próprio Judiciário que constitui, sob o manto da legalidade, uma situação antijurídica.

Admitir ações de caráter reparatório, com a alteração dessas decisões, talvez em face do próprio Estado no âmbito das instâncias superiores, e o reconhecimento das nulidades advindas desses acordos, com base no prejuízo causado ao empregado, seria uma possibilidade a se considerar.

Para uma avaliação acurada dos fatos a fim de que não mais ocorram os problemas apontados e suas situações ensejadoras, entretanto, é necessária a consciência por parte pessoal dos juízes da Justiça do Trabalho, a fim de que se vislumbrem os desdobramentos das práticas citadas e assim se cumpra com maior rigor a determinação legal, preservando, conseqüentemente, a função equalizadora da Justiça do Trabalho, sua articulação funcional em face dos outros órgãos e instituições do Estado e, em última análise, sua própria existência.

## Bibliografia

- ARRUDA Jr., Edmundo Lima de. *Lições de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1995.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, FARIA, José Eduardo. *A Sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica : crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p 176-177.
- \_\_\_\_\_. *Violência simbólica*. São Paulo : Edusp, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Justiça e conflito : os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1995.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*.

- São Paulo : LTr, 1995. p. 27, 232-233.
- HOLSTON, James. Legalizando o ilegal : propriedade e usurpação no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, a. 8, v. 21, p. 68-89.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 458-459.
- MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. p. 1.189.
- NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro : Fase, 1990.
- Ensino Jurídico. *Revista Encontros da UNB*. Editora Universidade de Brasília, 1978-1979.
- SANTOS, Wanderlei Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro : Rocco, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : RT, 1990. p. 272-273.
- SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. cap. 1 e 2.