

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Rafael Luiz Vale Cantarino

CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO: A LIBERDADE QUE OPRIME

Juiz de Fora – MG

2014

Rafael Luiz Vale Cantarino

CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO: A LIBERDADE QUE OPRIME

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora como requisito para a aquisição
do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Fernando Guilhon de Castro

Juiz de Fora – MG

2014

CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO: A LIBERDADE QUE OPRIME

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora como requisito para a aquisição
do título de bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Fernando Guilhon de Castro - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Flávio Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Dorival Cirne de Almeida Martins
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram e apoiaram mais uma feliz jornada que ora se encerra. Aos amigos e professores de quem desfrutei, além do conhecimento, memorável amizade. Ao imensurável apoio dos familiares, maiores responsáveis pelos meus êxitos. À Laura pela companhia e dedicação que nunca me faltaram. Ao meu orientador pela atenção e ensinamentos compartilhados.

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar o modelo conciliatório pátrio na resolução dos conflitos trabalhistas, tão elogiado na comunidade jurídica hodierna por prestigiar o acesso à justiça e a celeridade processual. Será procedida análise acerca da essencialidade dos direitos trabalhistas e de sua necessária observância, pela qual também deve zelar o Estado, pautado na ideia de eficácia horizontal de direitos fundamentais. Ademais, será mostrado que o processo conciliatório mal conduzido pode acarretar a renúncia dos direitos trabalhistas e outros tantos prejuízos igualmente nocivos à sociedade, máxime quando se considera o déficit democrático na evolução no ramo justralhista e a fragilidade socioeconômica do obreiro.

Palavras-chave: Direitos Trabalhistas. Eficácia. Indisponibilidade. Conciliação. Renúncia.

ABSTRACT

This study addresses the paternal conciliatory model in resolving labor disputes, as touted in today's legal community by honoring the access to justice and celerity. Analysis will be undertaken on the essentiality of labor rights and their necessary compliance by which the State must also ensure, based on the idea of horizontal effect of fundamental rights. Moreover, it will be shown that the misguided conciliatory process can lead to the resignation of labor rights, and many other equally harmful to society, particularly since it considers the democratic deficit in the evolution justralbista branch and socioeconomic fragility of worker injury.

Keywords: Rights. Labor. Effect. unavailability. Conciliation. Resignation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO	09
2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.....	13
2.1 Surgimento e Evolução no Brasil - Déficit Democrático	15
3 INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS	18
4 CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO.....	21
4.1 O Histórico Brasileiro de Incentivo a Conciliação.....	21
4.2 Definição, Previsão Legal e Limites para a Transação	22
5 CRÍTICA AO MODELO CONCILIATÓRIO BRASILEIRO	24
5.1 Análise da "Renúncia" aos Direitos Trabalhistas e Demais Prejuízos Trazidos com a Conciliação.....	24
5.2 Inobservância da Eficácia Horizontal de Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho.....	30
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

A conciliação é método de resolução conflitual bastante utilizado e incentivado pela ordem jurídica brasileira, notadamente na seara trabalhista, na medida em que se apresenta como célere resposta ao pleito do obreiro, impossibilitado de suportar a morosidade processual. Nesses termos, a conciliação mostra-se como instrumento capaz de permitir o acesso à justiça e efetividade na prestação jurisdicional.

O presente trabalho busca perquirir a adequação do modelo conciliatório manejado no processo trabalhista ao contexto brasileiro, com relevo para aspectos socioeconômicos e culturais. Diante da realidade brasileira e dos requisitos necessários para a esmerada conformação da conciliação, é possível, com base no atual modelo, alcançar a Justiça no caso concreto, garantindo a plena eficácia dos direitos trabalhistas?

Em um primeiro momento, será reverenciada a eficácia horizontal de direitos fundamentais na relação de emprego, inclusive através da análise de casos concretos na jurisprudência pátria, refletindo a necessária atuação estatal no sentido de tutelar direitos fundamentais mesmo entre pactuantes privados.

Após, será procedida análise acerca do surgimento e evolução do Direito do Trabalho, seja nos países europeus, seja no Brasil, evidenciando o déficit democrático e o processo de deterioração do ramo justarabalista por nós vivenciados.

Em seguida, será destacado o manto de indisponibilidade que reveste os direitos trabalhistas, inviabilizando atos de renúncia e impondo limites à transação.

No penúltimo capítulo, serão traçados os contornos assumidos pela conciliação no processo trabalhista brasileiro, revelando sua definição, previsão legal e seus limites.

Por derradeiro, mostraremos o impacto da conciliação na prestação jurisdicional brasileira, constatando a ocorrência de renúncia aos direitos trabalhistas e demais prejuízos oriundos do processo conciliatório mal conduzido. Concluiremos pela importância de se preservar a eficácia dos direitos trabalhistas, hoje tão prejudicada.

1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Os direitos fundamentais refletem a positivação, por parte de cada Estado-Nação, do conteúdo axiológico que se pretende como norteador de todo o ordenamento jurídico, com vistas à promoção da dignidade humana. Por se tratar de corpo extenso e heterogêneo de direitos, comumente vem à baila sua análise geracional, dividindo-os em categorias que preservam a finalidade e a *ratio essendi* de cada direito, com ênfase no contexto histórico de surgimento.

Em um primeiro momento, associado ao contexto da Revolução Francesa, demandava-se por direitos individuais, buscando cessar a forte ingerência e arbitrariedade características do modelo absolutista de Estado. Fala-se, aqui, da "Primeira geração de direitos fundamentais" marcada por uma atuação negativa do Estado, viabilizando a formação de uma esfera jurídica individual dentro da qual não se admitiria qualquer intervenção estatal. Surgiam os direitos civis, irradiados pelo espectro da igualdade formal, da liberdade e de proteção da propriedade e da autonomia da vontade.

Nas lições de Paulo Bonavides, esse direitos:

(...) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (...). São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual. (BONAVIDES, 2005.p. 563-564).

Com a mudança de paradigma do Estado e a consolidação do constitucionalismo social - que refletia tardiamente os anseios dos movimentos sociais do séc. XIX, esquecidos no período entre guerras -, a demanda passou a ser pela atuação positiva do Estado, consagrando direitos que assegurassem o fortalecimento das instituições sociais e, conseqüentemente, combatendo a desarmonia do quadro social. Trata-se dos direitos fundamentais de segunda geração que passam a ter como fim precípua a promoção da igualdade material, quer pela realização de direitos por parte do próprio Estado, que pelo dirigismo contratual.

São direitos umbilicalmente ligados ao modelo Keynesianista de Estado,

importando na ruptura com a antiga ordem negativista, na medida em que:

têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado. (COMPARATO, 2011,).

Há ainda a existência da terceira geração de direitos fundamentais, representando os direitos coletivos, transcendentais à esfera individual, como o direito à proteção do meio ambiente.

A carta constitucional de 1988 não se furtou de prever direitos atinentes às três gerações. Não bastasse, em seu artigo 5º, §1º, determinou a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Em que pese o posicionamento de alguns autores no sentido de que a concretização dos direitos sociais careceria de previsão normativa, o dispositivo constitucional mencionado alhures não consagrou qualquer distinção entre direitos fundamentais, o que nos faz crer, máxime sob a ótica neoconstitucionalista, que todos os direitos fundamentais gozam de tal prerrogativa. No mais, a não efetivação de uma prestação estatal justificada pela idéia da "reserva do possível", deve ser entendida como medida excepcional e devidamente caracterizada no caso concreto, não podendo assumir, de forma alguma, a condição de "desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social" (SARLET, 2009, p. 356).

É dever do Estado, para além da lógica não intervencionista, prever e garantir o cumprimento dos direitos sociais. Trata-se da chamada eficácia vertical de direitos fundamentais, determinando a observância desses direitos na relação traçada entre o Estado e o particular, visivelmente desequilibrada.

Ocorre que, entre os particulares, verifica-se, de igual sorte, a existência de centro de poderes capaz de submeter uma das partes de certa relação jurídica a situação desvantajosa. O novo modelo de Estado, visando a inclusão social, deve zelar por maior abrangência dos direitos fundamentais para incluir, também, as relações privadas desequilibradas, sob pena de se ver o mais forte impor sua vontade sobre o mais

debilitado. Aqui, fala-se da chamada eficácia horizontal de direitos fundamentais, destacando-se os direitos trabalhistas cuja relação jurídica subjacente revela, por si só, a desproporção entre as partes. Cumpre ao Estado, coibir a transgressão de direito fundamental por parte de particulares, ao custo de ser ver esvaziado todo o esforço do constituinte na promoção da igualdade material e respeito à dignidade humana.

Daniel Sarmento argumenta em favor de uma "Teoria dos Deveres de Proteção" através da qual "(...) o Estado tem a obrigação não apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares" (SARMENTO, apud BARROSO, 2006, p. 236). Esse, inclusive, é o entendimento consubstanciado nos artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica - do qual o Brasil é signatário.

Continua o nobre jurista "enquanto houver fortes e fracos, incluídos e excluídos, poderosos e sem-poder, os primeiros tenderão a subjugar os segundos, cuja autonomia tornar-se-á fictícia" (Ibidem, p. 273).

No que tange ao ramo justralhista, a jurisprudência pátria tem reconhecido a eficácia horizontal de direitos fundamentais na relação de emprego, em consonância com o ideário de máxima efetivação desses direitos. Para melhor ilustrar, alguns casos clássicos merecem ser lembrados.

O primeiro deles data de 1996, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243-6, quando o Supremo Tribunal Federal determinou que a empresa *Compagnie Nationale Air France* estendesse aos empregados brasileiros direitos que o regulamento empresarial injustificadamente previa tão somente para empregados franceses. Na ocasião, o ministro relator, Ministro Carlos Velloso, aduziu: "A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional."

Em 2011, o Tribunal Superior do Trabalho, julgando recurso de revista que teve como relator o Ministro Vieira de Mello Filho, manteve a indenização por danos morais em favor do motorista de caminhão de lixo que era obrigado a usufruir de seu intervalo intrajornada próximo ao veículo de trabalho, sem a presença de sanitário para sua higiene pessoal e necessidades fisiológicas. Nas palavras do jurista:

(...) a preservação da saúde obreira deve ser garantida (por meio de todas as medidas que tornem o seu local de trabalho isento de riscos à integridade física e psicológica do laborante), sob pena de se tornar ineficaz (e, portanto, carente de força normativa) o postulado previsto no primeiro artigo da Carta Republicana, o que não se coaduna com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias de nosso País). (Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo n. Recurso de Revista 458400-06.2003.5.09.0019, Ministro-Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: DEJT 18.03.2011)

Em outro julgado, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, quando da análise do Recurso Ordinário número 0101200-02.2009.5.15.009650, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da conduta da empresa de esconder trabalhadores ‘terceirizados’, por ocasião do comparecimento de representantes das outras unidades, resultando em tratamento discriminatório e degradante em face de trabalhadores que laboravam em condições idênticas às dos empregados efetivos da empresa cliente.

Por fim, o juízo da Vara do Trabalho da cidade de Ubá/MG, no julgamento dos autos do processo nº 0001002.10.2010.5.03.0078, considerou abusiva aos direitos fundamentais dos trabalhadores, a conduta do empregador de obrigar as funcionárias a abaixar as roupas a fim de perquirir qual delas havia sido responsável por sujar o banheiro de sangue. Disparou o magistrado Breno Ortiz Tavares Costa: a “conduta dos proprietários da reclamada foi horrenda, demonstrando um enorme atraso gerencial e, inclusive, moral”.

O modelo de Estado democrático de direito que se quer diante na nova ordem constitucional, não pode olvidar de consagrar e tutelar direitos fundamentais. Ao revés, surge para o Estado, além da necessidade de realizar prestações voltadas à inclusão social, o dever de fiscalizar e garantir a máxima efetividade desses direitos, ainda que na pactuação entre particulares. A relação de emprego, na medida em que desproporcional em sua gênese, deve ser minuciosamente observada para que não seja objeto de exploração, sendo atribuição do Estado, pois, impedir a violação de direitos tão essenciais a uma vida digna.

2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, no magistério de Octavio Bueno Magano, transluz-se como o "conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do empregador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais". (MAGANO, 1991. p.59).

Trata-se de dogmática atávica à sociedade industrial contemporânea, na medida em que, apenas com a Revolução Industrial, foi possível reunir o trabalho livre, pressuposto histórico-material da relação empregatícia, e o trabalho subordinado, seu elemento nuclear. Reflete-se, aqui, a chamada "equação jurídica do sistema produtivo" alcinha profanada por Mauricio Godinho Delgado, para quem:

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade". (GODINHO, 2011, p. 87).

Os movimentos sociais do século XIX, sobretudo o surgimento, ainda que incipiente, das organizações sindicais, romperam com a lógica individualista liberal até então explicativa da relação empregatícia. A doutrina liberal civilista, reconhecendo os sujeitos da relação empregatícia como meros pactuantes individuais, era inoperante para disciplinar a relação de emprego, obnubilando a condição de ser coletivo inerente ao empregador. O empregador, mesmo na dinâmica intraempresarial, detém a qualificação de ser coletivo, na medida que em suas decisões repercutem de forma mais ampla no âmbito comunitário. Lado outro, a manifestação do empregado não tem o condão de produzir efeitos para além de sua esfera individual. Eis aqui, a gênese do direito do trabalho, reconhecendo a fragilidade da posição ocupada pelo empregado no vínculo laboral.

Os direitos trabalhistas surgem já no início do século XIX, a despeito de seu caráter embrionário, na forma de manifestações esparsas. Trata-se da expedição do "Peel's Act", em 1802, diploma inglês protetivo, no sentido de reduzir periclitante situação à qual se submetia mulheres e menores. A sistematização e consolidação dos

direitos trabalhistas desenha-se, por sua sorte, a partir do Manifesto do Partido Comunista (1848) e do movimento Cartista, ocorrido na Inglaterra, simbolizando a insurreição da massa trabalhadora sobre o patronato e a ordem institucional vigente, Nas lições de Mauricio Godinho Delgado:

O ano de 1848 é, de fato, marco decisivo à compreensão da História do Direito do Trabalho. Isso, pela verdadeira mudança que produz no pensamento socialista, representada pela publicação do *Manifesto de Marx e Engels*, sepultando a hegemonia, no pensamento revolucionário, das vertentes insurrecionais ou utópicas. (GODINHO, 2011, p. 111)

A institucionalização do Direito do Trabalho - formando um corpo de normas reguladoras e protetivas, além de sua imposição na condição de ramo autônomo do direito - data do início do século XX, quando da sua aparição em algumas cartas constitucionais. A preocupação com a chamada questão social, permitiu o tratamento do ramo justrabalhista em nível constitucional, perfazendo o movimento que ficaria mais tarde conhecido como "Constitucionalismo Social", ao qual se dedica o êxito da institucionalização do Direito do Trabalho. Melhor elucida a temática, Ana Farias Hirano, para quem:

O Constitucionalismo Social foi essencial para a concretização da constitucionalização do Direito do Trabalho. Esse movimento propagou que as constituições devem tratar de questões sociais, dentre as quais estão os direitos trabalhistas, uma vez que a constitucionalização dos direitos sociais pode contribuir para a concretização da justiça social, além de firmar posição quanto às aspirações e necessidades da sociedade no tocante ao patamar mínimo que pretendem fixar quanto aos direitos sociais. (HIRANO, 2009, p. 12).

A primeira delas é a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar de 1919. Outro destaque é a criação da Organização Internacional do Trabalho, também em 1919, vetor igualmente decisivo na consolidação do ramo justrabalhista. Ademais, a própria mudança de paradigma estatal, superando a lógica liberal em detrimento do modelo Keynesianista, configura-se como marco para imposição do ramo justrabalhista. Analisando o aludido contexto histórico, Ana Farias

Hirano assevera:

Apenas após a Grande Depressão é que a corrente liberal perdeu força, cedendo lugar à corrente intervencionista, ao Keynesianismo. Essa nova corrente alterou o modelo do *laissez faire*, passando o Estado a intervir fortemente na economia, garantindo crescimento econômico por quase três décadas consecutivas, generalizando a prestação de serviços públicos e o aumento da participação da renda gerada pelo trabalho na riqueza nacional dos países centrais que adotaram tal modelo, assim funcionava o Welfare State. (HIRANO, 2009, p. 12)

Como se vê, o Direito do Trabalho apresenta como matriz a instrumentalização dos anseios da classe trabalhadora, zelando pelo equilíbrio na equação do vínculo laboral, com nítida vocação para reduzir as desigualdades sociais e fomentar o respeito à vida digna do obreiro. O processo de institucionalização do direito do trabalho está intimamente ligado ao modelo de Estado Social intervencionista, preocupado em garantir a promoção de direitos fundamentais nas relações privadas. A negligência estatal na fiscalização e consolidação desses direitos, repercute negativamente para além da esfera individual do trabalhador, importando em prejuízo para todo o corpo social e para a legitimidade do Estado Democrático de Direito.

2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO NO BRASIL - DÉFICIT DEMOCRÁTICO

No Brasil, o surgimento e consolidação do ramo justralhista é fenômeno ainda mais recente, compreendido a partir do ano de 1988. É que, apenas com a abolição da escravatura, vislumbra-se, na ordem econômico-social brasileira, a existência de trabalho livre, pressuposto histórico-material da relação empregatícia.

No começo do século XX, o surgimento ainda tímido de leis protetivas esparsas não escondia a vocação liberal não intervencionista clássica, vigorante à época, importando em manifesta carência legislativa sobre a chamada questão social. A chegada de Getúlio ao poder, em 1930, rompe com a ótica liberal, implementando o intervencionismo estatal em várias direções, dentre as quais, o modelo trabalhista, com viés corporativista e autocrático.

Não se poderia deixar de falar aqui, do ápice da codificação justralhista

em nossa ordem jurídica: a Consolidação das Leis Trabalhistas, não só compilando como também ampliando significativamente a legislação trabalhista vigente. De lá para cá, em que pese a multiplicidade de governos e regimes, não houve relevante metamorfose no ramo trabalhista, tendo a CLT aplicação quase que integral para disciplinar o direito material e processual do trabalho.

José Aranha de Assis Pacheco, assegurando a relevância do diploma consolidado, disparou:

Antes da vigência do Decreto-lei n^o 5.452 de 1o de maio de 1943 aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho, mil e um diplomas, leis, decretos, portarias, circulares, instruções, despachos ministeriais e uma vacilante jurisprudência, imperavam regulando as relações de emprego. Sem querer desmerecer êsse período necessário à aclimação da legislação social, pode-se afirmar que então ninguém ou bem pouca gente se entendia. Era uma verdadeira “Torre de Babel”. [...] Evidentemente, os advogados fugiam de tal ambiente, recusando-se a defender questões trabalhistas surgidas em seus escritórios. A não ser advogados de emprêsas e os procuradores do extinto Departamento Estadual do Trabalho, poucos, muito poucos, se interessavam pela matéria. Com a vigência da Consolidação das Leis do Trabalho, o panorama se transformou. O Direito Social tornou-se uma disciplina acessível a qualquer profissional. Por outro lado, foram reorganizadas as Juntas com seletivo aproveitamento de seus elementos componentes. [...] Houve, por assim dizer, um amadurecimento da Justiça do Trabalho. (PACHECO, 1945, p. 30).

Frise-se que, no modelo brasileiro, as manifestações incipientes foram rápida e imediatamente substituídas pela CLT, representando a institucionalização do direito do trabalho, sem que, para isso, tenha havido o necessário amadurecimento democrático do próprio Direito do Trabalho e seus destinatários. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

A reflexão comparativa entre as duas primeiras fases do Direito do Trabalho no país evidencia que se passou, de um salto, da fase de manifestações incipientes e esparsas para a fase da institucionalização do ramo jurídico trabalhista, sem a essencial maturação político-jurídica propiciada pela fase da sistematização e consolidação (à diferença dos exemplos europeus mais significativos). (GODINHO, 2011, p. 216).

O ramo justralhista consolidado, mesmo carente da chamada "Maturação político-jurídica", manteve-se praticamente intocável durante décadas, conservando caracteres iminentes ao sistema autocrático. Apenas com o advento da Carta Magna de 1988 quedou-se para formação democrática em detrimento do antigo formato de herança fascista. Ocorre que, durante a transição democrática do Direito do Trabalho pleiteada pela Carta Maior, o modelo neoliberal, predominante na economia brasileira durante a década de 90, forçou a desarticulação do direito trabalhista, de forma a refletir o fenômeno ocorrido na Europa Ocidental na década de 1970. Ademais, a Constituição de 1988, em que pese sua posição vanguardista, não se livrou totalmente das garras do totalitarismo, reproduzindo heranças do antigo modelo intervencionista como: Contribuição sindical obrigatória; Composição Paritária; Poder normativo do judiciário trabalhista e a unicidade do sistema sindical.

O Direito do Trabalho consolidou-se, no sistema jurídico brasileiro, através da verticalização do poder estatal, guardando obediência ao modelo autoritário e intervencionista. Não houve, no caso brasileiro, transição entre o surgimento do ramo e sua efetiva institucionalização, tal qual ocorrido no modelo Europeu, de maneira que a consolidação do direito do trabalho não foi reflexo de conquistas sociais, mas de uma imposição estatal. Essa realidade provoca uma crise na conscientização e valorização dos direitos trabalhistas pelos seus titulares.

Não bastasse, o Direito do Trabalho foi vítima de um processo de catálise, fruto da liberalização do mercado e do desemprego, ao arripio dos direitos trabalhistas protetivos, desamparando os trabalhadores, que passam a gozar de menor poder de resistência. Nessa esteira, conclui-se que o ramo justralhista pátrio foi refém de políticas estatais, ora totalitárias, ora liberais, que obstaram o desenvolvimento democrático do ramo, causando inegável prejuízo no amadurecimento político de seus destinatários.

A imaturidade política associada à falta de consciência dos próprios direitos e ao contexto socioeconômico brasileiro, torna o trabalhador brasileiro exposto a um processo de deterioração de seus direitos, sem oferecer resistência a todo esse processo. Isto posto, as formas autônomas de resolução de conflitos, tão almejadas por representarem o ápice da "Maturação político-jurídica", como veremos adiante, podem não coadunar com a realidade brasileira, na medida em que faria prevalecer a vontade do obreiro mesmo viciada.

3 INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Dada a essencialidade dos direitos trabalhistas, na medida em que se voltam para a nutrição das necessidades mais básicas de qualquer cidadão, e também a vulnerabilidade apresentada pelo empregado em relação ao patronato, não é de espantar que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas tenha sido erigida ao *status* de princípio do direito de trabalho, recebendo, vezes outras, a alcunha de "Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas".

Os direitos trabalhistas constituem a máxima expressão dos direitos sociais, demonstrando a necessidade da construção de uma gama de direitos capaz de garantir o "patamar civilizatório mínimo", dando ao obreiro prerrogativas indispensáveis a uma vida digna. Daí a necessidade de se evitar qualquer corrosão ou deterioração aos direitos trabalhistas, que se cobrem com o manto da indisponibilidade.

No magistério de Mauricio Godinho Delgado, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas subdivide-se em absoluta e relativa. Verifica-se o viés absoluto "quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico" (GODINHO, 2003, p. 216). Os demais direitos trabalhistas não imantados com a aludida característica gozariam de indisponibilidade relativa. A dicotomia trazida por Godinho mostra-se adequada na compatibilização entre a imperatividade das normas trabalhistas e o cuidado em repelir qualquer fomento à animosidade e litigiosidade nas relações de trabalho, o que certamente ocorreria se todo o arcabouço justtrabalhista gozasse de indisponibilidade absoluta.

A renúncia é instituto do direito civil que visa à composição dos conflitos através da disposição de direito subjetivo titularizado por uma das partes. Melhor define a renúncia, Caio Mário da Silva Pereira, para quem:

Dá-se a renúncia com a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito. É ato unilateral, [...]. São em regra renunciáveis os direitos que envolvem um interesse meramente privado de seu titular, salvo proibição legal. Ao revés, são irrenunciáveis os direitos públicos, como ainda aqueles direitos que envolvem um interesse de ordem pública, como os de família puros (poder familiar, etc), os de proteção aos economicamente fracos ou contratualmente vulneráveis (garantias asseguradas ao trabalhador, etc.). (PEREIRA, 1991, p.. 325).

A transação, de igual sorte, também apresenta-se como instituto voltado à autocomposição herdado do direito civil. Ocorre que sua operacionalização demanda a observância de certos pressupostos. Ao menos dois requisitos ganham relevância na análise da transação, tornando-se inarredáveis: a existência de *res dubia* e a reciprocidade nas concessões. O primeiro deles traduz a necessidade de se ter incerteza razoável sobre a situação jurídica objeto da transação, configurando ato de extrema deslealdade a transação por parte daquele que é sabedor do direito alheio. Nessa esteira afirma Sussekind que "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." (SÜSSENKIND, 2004, p.226).

O segundo requisito para a transação, por sua vez, revela a necessidade de concessões de ambas as partes, sob pena de se ter verdadeira renúncia disfarçada de transação. Sob a necessidade das duas partes abrirem mão de parcela do que teoricamente teriam direito, para que se verifique, na prática, a transação, melhor elucidou a questão Pontes de Miranda, quando aduz:

A reciprocidade no conceder é essencial à transação. Se não há concessão, de um e de outro, não há transação: o que pode haver é reconhecimento, renúncia, desistência, ou outra figura. A questão é, antes, de interpretação do negócio jurídico. A concessão pode consistir em alteração da eficácia, ou do conteúdo da relação jurídica (e.g., em se admitir o pagamento parcial, ou em se esperar algum tempo, na redução da taxa dos juros, na criação de direito à resolução), ou apenas em reconhecimento da dívida, tornando-a líquida, ou somente certa, ou executiva. A bilateralidade, dita reciprocidade das concessões, é essencial, para que haja transação [...] A concessão que se faz, é em relação ao que cada um dos transatores sustenta (= crê que é o seu direito, pretensão, ação ou exceção). (PONTES DE MIRANDA, 1959, p. 132).

Trazendo o tema para o direito do trabalho, a melhor doutrina assegura que a renúncia de direitos trabalhistas, compreendida como a concessão unilateral de um direito trabalhista por parte do empregado, não se coaduna com a lógica protetiva do ramo justtrabalhista, à exceção, é claro, das próprias reservas legais. São preciosas as lições de Mauricio Godinho Delgado quando aduz: "o Direito do Trabalho tende a repelir qualquer possibilidade de renúncia a direitos laborais por parte do empregado." (DELGADO,

2003, p.218).

A transação, por sua sorte, compreendida como a concessão recíproca entre os sujeitos do vínculo laboral, é compatível com o ramo justralhista, desde que não tangencie o núcleo revestido de indisponibilidade absoluta, observado o requisito da existência da *res dubia* e os limites traçados pelos artigos. 9º, 444 e 468, da CLT.

Havendo renúncia ou mesmo transação de direitos tidos como absolutamente indisponíveis, tem-se manifesto desequilíbrio à ordem constitucional garantidora dos direitos fundamentais, na medida em que privaria o empregado de sua própria dignidade. Não bastasse, o desrespeito aos direitos trabalhistas transcende a esfera individual do empregado, impactando negativamente o bem-estar social. Não seria razoável que o Estado, outrora convocado para equacionar as disparidades sociais, permitisse a queda de todo o arcabouço protetivo por um ato de disposição do empregado.

É dever do Estado, que positivou os direitos trabalhistas, zelar pela sua observância, de maneira a rechaçar atos de disposição. Nesse diapasão, patente é a necessidade de o judiciário garantir a eficácia das normas trabalhistas, tanto prejudicadas hodiernamente pelo já citado processo de desregulamentação experimentado nas últimas décadas. Na visão de Ana Farias Hirano, "o atual contexto social e econômico, no qual se inserem as relações de trabalho, demanda uma atuação eficaz do Judiciário voltada a garantir, concretamente, a aplicação das normas materiais trabalhistas" (HIRANO, 2009, p. 8).

Em defesa da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, continua Ana Farias Hirano:

O Direito do Trabalho é composto por normas de caráter cogente. São normas imperativas que incidem sobre o suporte fático, as relações de trabalho, tendo aplicabilidade ainda que o titular do direito deseje afastá-las. Isso ocorre porque a eficácia do Direito do Trabalho não importa apenas ao indivíduo, mas sim a toda sociedade, dado que se as condições de trabalho pudessem ser fixadas livremente pelos particulares retrocederíamos à terrível situação observada no séc. XIX.. Portanto, as normas trabalhistas são imperativas para garantir a preservação do equilíbrio das relações de trabalho, da dignidade humana e da paz social. (HIRANO, 2009, p. 10).

Fala-se, pois, na imperatividade ou cogência das normas trabalhistas, pela natureza de ordem pública que sustentam, tornando-se inafastáveis ainda que por vontade da parte empregada.

4 CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

4.1 O HISTÓRICO BRASILEIRO DE INCENTIVO A CONCILIAÇÃO

A conciliação sempre foi método de resolução conflitual dos mais utilizados no Brasil. Um sem número de diplomas normativos estabeleceram o processo conciliatório como requisito a ser observado para a escoreita deflagração processual. As Ordenações do Reino, vigentes durante o Brasil Colônia, determinavam a obrigatoriedade da tentativa de conciliação antes que se iniciasse o processo. Assim contemplava o Livro III, Título XX, § 1º das Ordenações:

no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre elas ódio e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa é sempre duvidoso. E isto, que dizemos, de reduzirem as partes a concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade, nos casos em que o bem puderem fazer. (GIGLIO 1997, p. 13).

Somente com o governo republicano e seu ideário liberalista, a conciliação deixou de ser obrigatória para o desencadeamento processual, através do Decreto 359. Ocorre que, desde então, as cartas constitucionais conservaram a preocupação com o processo conciliatório, máxime no processo do trabalho. É o exemplo da Constituição de 1946, quando estabeleceu as Juntas de Conciliação e Julgamento no âmbito do judiciário, competente para a resolução dos dissídios trabalhistas, quer individuais, quer coletivos. O que foi repetido na Constituição de 1967.

A Constituição de 1988 não deixou por menos, prevendo, além das juntas de conciliação e julgamento no judiciário trabalhista, os Juizados especiais e a Justiça de paz. Ademais, a nova ordem constitucional recepcionou o processo de conciliação tal qual previsto na CLT, como “condição intrínseca para a validade da sentença trabalhista, ao estabelecer que ela somente será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação”. (LEITE, 2008, p.91).

Conclui-se, pois, pelo histórico brasileiro de incentivo à conciliação, preservado até a ordem jurídica vigente, levando Ana Frias Hirano a assegurar que "a 'cultura do acordo' ainda impera no Judiciário Trabalhista". (HIRANO, 2009, p. 91).

4.2 DEFINIÇÃO, PREVISÃO LEGAL E LIMITES PARA A TRANSAÇÃO

A conciliação é método de resolução conflitual promovido através da composição entre os próprios envolvidos, daí se falar em autocomposição dos conflitos, podendo ou não contar com a presença de terceiro desinteressado no auxílio das partes. Nesse sentido, a conciliação surge como um caminho por meio do qual as partes buscam a solução para a certo dissenso fático, dispensando, assim, a via processual.

Não se confunde com a transação, uma vez que esta última mostra-se como apenas um dos possíveis destinos que a conciliação pode alcançar. Outro desfecho que a conciliação pode assumir é o reconhecimento do direito controvertido por parte do empregador, tendo em vista que a renúncia dos direitos trabalhistas, via de regra, é vedada.

Dessa forma, tendo como objetivo a transação, a conciliação deve preservar seus requisitos, dentre os quais se destacam: A existência de *res dubia* e a reciprocidade nas concessões, além, é claro, dos limites ventilados pela CLT. A conciliação que inobserva tais requisitos afronta a lógica protetiva do direito trabalhista, em manifesto prejuízo à ordem pública e ao equilíbrio das relações privadas.

São valiosas as lições de Pontes de Miranda quando afirma:

A conciliação tem por fito chegar-se a acôrdo entre as partes, de modo que se dê por findo o dissídio. O juiz, que examina a petição e cuida da conciliação, com diferentes atitudes conforme o dissídio é individual ou coletivo, de modo nenhum se pode considerar árbitro. O que se quer, com a tentativa de conciliação (dita, elípticamente, conciliação), é que os dissidentes acordem, na Justiça do Trabalho, o que, antes de se entregar à Justiça do Trabalho a solução sentencial, poderiam ter acordado, espontâneamente. O Estado tinha de utilizar o expediente da tentativa de conciliação. É instrumento de ajuda à solução pacífica dos problemas entre empregados e empregadores. (PONTES DE MIRANDA, 1965, p.284).

A conciliação, mormente no âmbito da justiça do trabalho, tem sido louvada no hodierno mundo jurídico por consagrar a celeridade processual e redução dos custos gerados pelo processo. É patente que a justiça tardia não é eficaz, comprometendo não apenas a real dimensão subjetiva de cada direito titularizado, como também a credibilidade de que goza o Poder Judiciário na busca pela paz social.

No processo trabalhista, há preocupação ainda maior com a morosidade em se alcançar a resposta ao litígio, tendo em vista a condição de hipossuficiência do empregado, que rapidamente precisa reaver parcelas de natureza alimentar, não suportando, assim, a demora processual. Ademais, a Justiça do Trabalho sofre com o excessivo número de demandas, comprometendo ainda mais a rapidez da resposta estatal. Para ilustrar, mais de dois milhões de reclamações são propostas a cada ano na Justiça do Trabalho. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Estatísticas. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: jul. 2008).

Por isso, defende-se o modelo conciliatório como meio apto a consagrar o acesso à justiça, um dos baldrames do Estado democrático de direito. Ademais, a conciliação é vista com bons olhos por consagrar a vontade das próprias partes envolvidas, refletindo o famoso brocardo segundo o qual "ninguém melhor que a parte para saber o que realmente lhe satisfaz", em consonância com o modelo democrático de resolução conflitual.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu art. 764, prevê que "Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação". No âmbito do processo do trabalho, o juiz deve realizar proposta de conciliação em dois momentos: com a abertura da audiência (art. 846 da CLT) e após a apresentação das alegações finais (art. 850 da CLT). A inobservância da primeira proposta de conciliação não gera a nulidade do processo, desde que se verifique o oferecimento de conciliação após as razões finais.

5 CRÍTICA AO MODELO CONCILIATÓRIO BRASILEIRO

5.1 ANÁLISE DA "RENÚNCIA" AOS DIREITOS TRABALHISTAS E DEMAIS PREJUÍZOS TRAZIDOS COM A CONCILIAÇÃO

Em que pese as virtudes do processo conciliatório, garantindo celeridade e efetividade tão necessárias ao processo trabalhista, algumas críticas merecem ser feitas ao atual modelo, máxime quando se analisa o contexto socioeconômico brasileiro.

Como já vimos, a legislação trabalhista prevê a tentativa de conciliação em dois momentos: logo após a abertura da audiência e após a apresentação de razões finais.

A proposta de conciliação quando da abertura da audiência carece de reflexão preliminar. É que a proposta de conciliação, visando à transação das partes, antes mesmo da apresentação de defesa pela reclamada, não respeita os limites traçados alhures para escoreita conformação da transação. Não há transação sem *res dubia*. E como falar da existência de *res dubia* sem a real delimitação da lide? A controvérsia sobre o direito pleiteado deve se caracterizar, *in casu*, levando em conta aquilo que foi deduzido pelas partes. Nesse contexto, a conciliação operada antes mesmo da manifestação de resistência da reclamada é necessariamente viciada por carecer de um de seus requisitos basilares: a existência de *res dubia*.

Se a reclamada anui ao termo conciliatório, antes mesmo de contestar porque sabedora do direito pleiteado pelo empregador, não há *res dubia* mas verdadeiro engodo, caracterizando sua conduta desleal.

Para além dessa hipótese de manifesta carência técnica para eventual transação, injustiças e fraudes outras poderão ser refletidas pela conciliação mal conduzida, seja na abertura da audiência, seja após a apresentação de razões finais. Em ambos os momentos habitam elementos que podem conduzir a uma fraude no acordo, importando, na prática, na renúncia dos direitos trabalhistas por parte do empregado.

Indaga-se: Por que o empregado renunciaria seus direitos, aceitando receber apenas parcela do que lhe é devido?

Uma análise ainda que perfunctória nos mostra que, em razão de sua debilidade econômica e social, o empregado tenha certa urgência em receber sua parcela de direitos, sendo que o transcorrer do tempo torna-se seu verdadeiro algoz. Trata-se da chamada "coação econômica" que impossibilita o empregado de suportar o decurso

processual, fazendo com que se conforme com o acordo menos vantajoso, porém mais célere.

Nunca é demais destacar que a justiça trabalhista cuida precipuamente de demandas movidas por ex-empregados, uma vez que o ajuizamento de qualquer demanda durante a vigência do vínculo laboral comprometeria a própria permanência do empregado na empresa. Nesse caminho, um sem número de demandas são propostas por desempregados, o que acentua ainda mais o quadro de "coação econômica" citado alhures. O salário é fonte de subsistência, com o qual o empregado custeia seus gastos mais basilares. Uma vez desempregado, o trabalhador sente-se pressionado pela família e pela sociedade para restabelecer o *status quo ante*, permitindo a fruição de uma vida digna. Essa situação praticamente inviabiliza a espera pela efetiva tutela jurisdicional, forçando a pactuação entre partes.

Analisando o tema, Hirano expõe que:

A vivência do desemprego provoca uma desestruturação na vida do indivíduo, e isso se reflete em sua vida social e psicológica. O desemprego causa em muitos indivíduos problemas psicológicos, perda da auto-estima, aumento das tensões familiares, isolamento da vida social, sensação de fracasso, dentre outros sentimentos negativos (HIRANO, 2009, p. 42).

Não é de se espantar que, diante de tal situação, o trabalhador renuncie a direitos. A manifestação de vontade do trabalhador, nesses casos, é manifestamente viciada, revelando antes uma real necessidade do que sua plena satisfação.

Para o empregador, o acordo prematuro, importando em manifesta renúncia por parte do empregado, torna-se como estimulante para a reiteração do desrespeito aos direitos trabalhistas, já que, em juízo, o trabalhador aceitará receber menos do que realmente tinha direito.

Ademais, a jurisprudência tem aceito o parcelamento do valor do acordo, tornando-o ainda mais vantajoso ao patrão transgressor, visto que o empregador que espontaneamente reconhece os direitos trabalhistas o faz em parcela única. O parcelamento dos acordos trabalhistas não deveria ter caído no gosto do judiciário, devendo ser observado tão somente nas hipóteses de comprovada dificuldade econômica da empresa. A realidade, ao revés, é outra: Em pesquisa, "constatou-se que em 83% dos

cento e oitenta acordos analisados houve parcelamento" (HIRANO, 2009, p. 114).

Nesse contexto, corre a lei trabalhista o risco de se tornar "letra morta", disseminando no convívio social a tal famigerada cultura da não observância das leis, já que o desrespeito aos direitos trabalhistas, dentro da lógica mercantil, apresentaria maior custo-benefício que o cumprimento dos direitos devidos ao empregado. Sobre o tema, são valiosas as lições de José Afonso da Silva:

Se essas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico.[...] Se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e a eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal. Cria-se na sociedade a síndrome da obrigação não cumprida, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é o que as descumpre e não o titular do direito. Quem procura justiça, sofre injustiça, pois o *lapsus temporis* que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escudado na demora, não cumpre a obrigação jurídica. A lesão é múltipla e afeta o próprio conceito de ordem jurídica eficaz, ou seja, a crença, por parte dos cidadãos, de que a vida social se rege efetivamente pelas regras vigentes, podendo tanto o Estado quanto os indivíduos programarem por elas suas condutas no relacionamento social. (SILVA, 1993, p. 256-257).

A transação, na medida em revela melhor custo-benefício, passa a funcionar, como já visto, no sentido de fomentar o descumprimento dos direitos trabalhistas, comportando como vetor decisivo para a desregulamentação do direito do trabalho com a consequente perda de sua eficácia. Sobre esse processo, Ana Farias Hirano garante que:

Esse processo de flexibilização extra-institucional consiste no descumprimento sistemático da legislação trabalhista por parte do empregador. Ocorre que alguns empregadores constataram que a inadimplência lhe é vantajosa e optaram por, simplesmente, não cumprir a legislação. Constataram que descumprindo direitos trabalhistas no curso da relação laboral, correm o risco de apenas pagar praticamente o mesmo valor que deveria ter sido pago num futuro indeterminado e incerto, pois muitos empregados não ingressam com ação trabalhista. Constataram ainda que, caso o empregado lesado ingresse com ação, o reclamado pode tentar propor um acordo, com valor muito abaixo do devido, utilizando para isso um poderoso instrumento de barganha: a longa duração do processo. (HIRANO,

2009, p. 20).

A situação é periclitante: o processo de flexibilização do direito trabalhista, hoje presenciado com a liberalização do mercado e a falta de proteção ao emprego, deveria encontrar suas barreiras no judiciário, como forma do Estado garantir a proteção do patamar mínimo civilizatório. O judiciário, ao revés, quando homologa acordo que, na prática, importa em renúncia dos direitos trabalhistas participa ativamente do processo de deterioração do direito trabalhista. Tem-se uma situação de total desamparo ao empregado que socorre ao judiciário com tentativa de ver resolvida suas angústias. Ana Farias Hirano afirma que:

Nesse contexto, para os trabalhadores, o recurso ao Judiciário é a última, talvez a única, alternativa que possuem para tentar fazer valer seus direitos garantidos pela ordem jurídica trabalhista, o que revela que a via judiciária é atualmente o principal meio de solução de conflitos trabalhistas. (HIRANO, 2009, p. 26).

O Estado, na figura do Estado-juiz, jamais poderia admitir a desnaturação do ramo trabalhista, sob pena de abrir espaços para o reinado da desigualdade e das injustiças sociais, outrora coibidos pelo próprio Estado quando da elaboração de diplomas protetivos. No mais, é "preciso relembrar que o Direito do Trabalho foi constituído justamente para coibir os abusos nas relações laborais e proteger a dignidade do empregado. Por isso, é preciso que o Estado faça valer esse ramo do Direito" (HIRANO, 2009, p. 44).

A conciliação mal conduzida, além de representar a abstenção estatal em ramo que clama, em sua gênese, pela ingerência do Estado, provoca outra corrosão no ideário democrático, atinente à confiança depositada no judiciário e no sentimento de preservação da dignidade e autoestima. O trabalhador, na qualidade de subalterno no ambiente de trabalho e, na maioria das vezes, imperceptível para o resto da sociedade em razão da fragilidade econômica, encontra no judiciário seu espaço de valorização, no qual fará entoar sua voz tão oprimida. Ali, pode o obreiro, pela primeira vez, resistir ao empregador, sem que sofra represálias, depositando no judiciário a confiança para sua libertação, para, assim, sentir-se respeitado. A atuação judicial, nesse sentido, resgata o respeito próprio do empregado que, uma vez autoconfiante, não temerá em relutar. Se a

justiça não o ampara, homologando acordos que reproduzem as desigualdades do quadro social, desmorona-se toda a credibilidade depositada na justiça e o correspondente sentimento de respeito e valorização da dignidade.

Marco Tulio Viana, em louvável artigo, destaca esse sentimento experimentado pelo trabalhador em juízo, afirmando:

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.' (VIANA, v. 45, p.192)

Não vislumbrando na justiça, a expectativa criada, o trabalhador tende a exterminar seu direito de resistência e, diante da percepção de impotência, passa a ser ainda mais vitimado e lesado. Essa patologia é ainda mais acentuada diante da situação experimentada pelos trabalhadores brasileiros de imaturidade política e falta de conscientização dos próprios direitos. É cediço que, aquele que não tem dimensão dos seus direitos ou forças para buscá-los, é mais facilmente ludibriado ou invadido.

Toda a argumentação desenvolvida até então, no sentido de demonstrar que a conciliação trabalhista poderia obnubilar renúncia aos direitos trabalhistas, encontra respaldo empírico em pesquisa de campo, conduzida por Ana Farias Hirano (HIRANO,2009). Através de minuciosa coleta de dados, verificou-se as mazelas do processo conciliatório que, algumas vezes, culmina na disposição de direitos trabalhistas abstratamente assegurados ao empregado em razão da relação jurídica existente. A bem da verdade, no espaço amostral utilizado pela autora, pouquíssimas foram as conciliações que observaram os requisitos para a transação. Para ser preciso:

em apenas seis dos cento e oitenta casos analisados foi possível detectar a existência de autêntica transação, nos termos definidos às fls. 86, pois a transação, nesses casos, recaiu apenas sobre direitos que resultaram controversos após uma breve conversa sobre a lide e, houve concessões mútuas (considerou-se como concessão por parte da reclamada, o pagamento em valor superior ao equivalente aos direitos incontroversos, ou seja, pagamento superior ao que entendia e confessou dever e, como concessão por parte do reclamante, a

aceitação de valor menor do que acreditava lhe ser devido), como se verá na análise empreendida adiante. (HIRANO, 2009, p. 135).

Alguns pleitos foram manifestamente negligenciados no processo conciliatório, resultando, na prática, em renúncia ou em transação de direitos absolutamente indisponíveis. Para ilustrar, do montante de acordos pesquisados, em um total de 85, quase a metade apresentava pedido de reconhecimento de vínculo empregatício. Apenas 4 reclamantes lograram êxito no reconhecimento de vínculo empregatício, a despeito da confissão da reclamada em casos outros para além desses, o que revela a disposição, por parte de alguns empregados, do aludido direito. Ocorre que o direito ao reconhecimento do vínculo laboral não se manifesta como mero direito patrimonial, refletindo, lado outro, como um direito que transcende a esfera individual e compõe o patamar civilizatório mínimo. Sua renúncia, pois, não se tolera. Assim, constatou Hirano:

Desses oitenta e cinco casos, em apenas quatro houve reconhecimento do vínculo. Curiosamente, nos acordos firmados em primeira audiência, houve sete casos de confissão do vínculo por parte das reclamadas, na mesa de audiência, no entanto, em todos esses casos, o acordo foi homologado sem o reconhecimento do vínculo empregatício. Ou seja, em pelo menos onze casos, o acordo deveria ter sido homologado apenas mediante o reconhecimento do vínculo empregatício, tendo em vista que o vínculo de emprego não é direito patrimonial do indivíduo, mas sim um direito social, do qual não pode dispor livremente, não podendo por isso ser renunciado ou transacionado, nem pela vontade de seu titular. Portanto, nesses sete casos em que as reclamadas confessaram a existência do vínculo empregatício sem que fosse efetivamente reconhecido nos termos de acordo, houve renúncia a esse direito pelos reclamantes. (HIRANO, 2009, p.136).

Alguns mecanismos desencadeados desse processo foram constatados pela própria pesquisa, como a conduta de alguns magistrados em forçar à conciliação, compelindo as partes, com o único objetivo de se desfazer mais rapidamente do excessivo contingente de processos acumulados nas respectivas varas do trabalho.

Esse mecanismo de "incentivo" à conciliação por parte do magistrado foi presenciado, por mim mesmo, em algumas audiências ocorridas nas Varas do Trabalho da cidade de Juiz de Fora/MG. Os alunos da disciplina de prática IV da Universidade Federal de Juiz de Fora devem assistir, durante o período letivo, a no mínimo 05 audiências na Justiça do Trabalho. Em algumas delas, pude atentar para conduta do

magistrado em insistir com a reclamante para aceitar o o valor proposto pela reclamada - por sinal, as propostas iniciais eram sempre muito inferiores ao valor pedido na reclamação trabalhista. Algumas frases como: "Você sabia que terá de suportar todo o ônus probatório?" ou "a prova está fraca", foram proferias por magistrados em mais de uma oportunidade.

O reclamante, por mais convicto que esteja de seus direitos, teme por não recebê-los em juízo, já que terá que suportar todo o ônus provatório para demonstrar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil. A produção probatória não é tarefa simples, na medida em que o empregado, em algumas hipóteses, não contará com o testemunho de colegas de trabalho que ainda mantenham o vínculo empregatício e, pois, relutam em depor em juízo contra o empregador. Nessa esteira, o acordo apresenta-se como solução mais cômoda para o empregado, notadamente diante da incerteza do êxito em provar, em juízo, os seus direitos.

Pelo exposto, o que se temia em relação ao processo conciliatório mal conduzido, infelizmente foi verificado na aludida pesquisa. A conciliação que não observa seus limites, tão discutidos em capítulo próprio neste trabalho, importa em renúncia aos direitos trabalhistas; em transação de direitos absolutamente indisponíveis; no descrédito com a prestação jurisdicional e na maximização do sentimento de vulnerabilidade e impotência do empregado perante a sociedade.

5.2 INOBSERVÂNCIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DO TRABALHO

Uma vez constatada a possibilidade de renúncia dos direitos trabalhistas oriunda da conciliação mal conduzida, resta configurada a negligência estatal no que concerne à efetiva tutela dos direitos fundamentais.

Nunca é demasiado lembrar que os direitos trabalhistas, na medida em que traduzem o "patamar civilizatório mínimo" e o fomento à igualdade material na relação empregatícia, são considerados direitos fundamentais de segunda geração, sendo dever do Estado garantir a observância desses direitos, mesmo entre particulares, configurando a já mencionada eficácia horizontal de direitos fundamentais.

Quando o judiciário, na figura do Estado-Juiz, homologa acordo que

contemple afronta aos direitos trabalhistas está reproduzindo o quadro de desequilíbrio social presente na sociedade, negando sua função de equacionar as relações particulares desniveladas. A consequência de todo esse processo é a perda da eficácia dos direitos trabalhistas que passam a ser renunciados pela viciada manifestação de vontade de seu titulares. O próprio Direito de Trabalho passa a sofrer, nesse contexto, crise de legitimidade, já que não preservaria mais sua base principiológica protetiva. Consoante o bom trecho ventilado por Ana Farias Hirano é "preciso lembrar que o Direito do Trabalho foi constituído justamente para coibir os abusos nas relações laborais e proteger a dignidade do empregado. Por isso, é preciso que o Estado faça valer esse ramo do Direito" (HIRANO , 2009, p. 44).

A perda da eficácia dos direitos trabalhista causam malefícios que ultrapassam a esfera individual de seu titular. Como visto, a realização dos direitos sociais visa ao anabolismo das instituições sociais e a promoção da dignidade humana. Uma vez sucumbidos esses direitos, todo o equilíbrio social desmorona frente à imposição da vontade daqueles que detém os centros de poder, comprometendo a ordem pública e o próprio Estado Social Democrático.

Assim sendo, a conciliação no processo do trabalho deve ser bem conduzida, sempre observando os requisitos para sua escoreita conformação, sob pena de o Estado ser cúmplice do processo de perda da eficácia dos direitos trabalhistas, o que seria letal ao modelo de Estado que se pretende.

CONCLUSÃO

O direito do trabalho é vítima de um processo de desregulamentação, importando na redução de direitos trabalhistas e na consequente redução da eficácia do próprio ramo juslaboral. No caso do Brasil, esse processo mostra-se ainda mais degradante, em razão da herança escravagista - vale lembrar que o Brasil foi o último país a abolir a escravidão - e o contexto sociocultural, o qual revela uma população desamparada e sem maturidade política-jurídica. Nesse contexto, o desrespeito aos direitos trabalhistas passa a ser prática contumaz por parte do patronato, máxime diante da precária fiscalização acerca do cumprimento dos direitos trabalhistas. Para equacionar essa assimétrica situação, a atuação do judiciário, na figura do Estado-juiz, ganha especial relevo, na tentativa de reduzir as desigualdades naturalmente decorrentes do vínculo laboral e que se acentuam ainda mais, diante do contexto supracitado. *Ipsa facto*, o judiciário torna-se o principal guardião do direito do trabalho e, como tal, encontra-se congestionado de demandas individuais, meio encontrado pelos empregados para a realização dos seus anseios.

O abarrotamento do judiciário trabalhista é incompatível com a celeridade exigida para esse tipo de prestação jurisdicional, tendo em vista a natureza alimentar das parcelas pleiteadas. Conclui-se, pois, que não seria razoável exigir do trabalhador que suportasse a morosidade processual para ver satisfeita sua pretensão. Nesse diapasão, a conciliação surge com meio apto para entregar ao trabalhador o seu direito, sem o sacrifício do decurso temporal, funcionando, assim, como meio de consagração do acesso à justiça e da efetividade jurisdicional.

Ocorre que, a conciliação deve ser cirurgicamente conduzida pelo magistrado, observando seus requisitos e seu fim último de pacificação social. O processo conciliatório que negligencie essas limitações transforma-se em instrumento de perpetuação das desigualdades sociais, na medida em que permite ao judiciário homologar a renúncia dos direitos trabalhistas por parte de trabalhador, fazendo prevalecer sua vontade viciada em prejuízo da ordem pública e do bem-estar social. O presente trabalho tentou demonstrar que a conciliação no processo do trabalho pode conduzir a uma situação de inoperância estatal, resultando na disposição de direitos intangíveis e comprometendo a eficácia dos direitos fundamentais.

A conciliação estampada no art. 846 da CLT, oferecida quando da abertura

da audiência, antes mesmo de qualquer manifestação de defesa da reclamada, afronta os requisitos necessários para correta conformação do processo conciliatório. Ressalvada a hipótese de reconhecimento, por parte da reclamada, dos direitos trabalhistas titularizados pelo reclamante, a conciliação tem por objetivo a transação entre as partes e, como visto, um dos pressupostos para a transação é a existência de *res dubia*. Impossível falar na existência de *res dubia* em momento processual tão embrionário que não revela, nem ao menos, a real delimitação da lide.

A previsão do art. 846 da CLT foi, pois, medida de extrema infelicidade legislativa e não deve ser manejada pelos magistrados, à exceção da hipótese de culminar no simples reconhecimento dos direitos trabalhistas.

A conciliação prevista no art. 850 do diploma consolidado, proposta após a apresentação de razões finais, deve ser cuidadosamente conduzida pelo juiz, que somente deverá homologar o acordo que atente para a justiça ao caso concreto, impedindo o obreiro que dilapide direito essencial para a sua existência digna. Aqui, indispensável torna-se a observância de todos os requisitos esposados alhures.

Ademais, visando à compatibilização entre a urgência do trabalhador em receber as parcelas de direito e a precisa aplicação da lei trabalhista, sem qualquer ato de disposição, o processo trabalhista poderia lançar mão da tutela de evidência, prevista no art. 273, §6º, do Código de Processo Civil. A entrega antecipada, ao menos das parcelas incontroversas, ao reclamante, permitiria suportar o decurso processual para que, ao final, recebesse a totalidade dos direitos a que faz *jus*. Por se tratar de verbas incontroversas, a sua entrega ao reclamante, ainda no início do processo, não acarretaria qualquer prejuízo às partes, outrossim, diminuiria a coação econômica sofrida pelo reclamante no curso do processo.

A efetiva atuação da Justiça do Trabalho, de forma a garantir a eficácia dos direitos trabalhistas, inibiria o desrespeito a esses direitos por parte do patronato, já que, estando o empregador ciente de que a desobediência da legislação acarretaria sua necessária e integral reparação perante a Justiça do Trabalho, a conduta transgressora não representaria meio mais vantajoso ao empregador, não traduzindo melhor custo benefício.

O cumprimento espontâneo dos direitos trabalhistas reduziria o número de ações na Justiça do Trabalho, permitindo uma prestação jurisdicional mais célere e não mais refém do modelo conciliatório como única forma de garantir o acesso à justiça e a efetividade jurisdicional.

Nesse caminho, a observação da lógica protetiva do ramo justabalhista, por meio da efetiva prestação jurisdicional, significaria também a promoção da igualdade material, harmonizando as relações privadas, sem a submissão do mais fraco.

Todo esse processo recuperaria a autoestima da classe trabalhadora e lhe deixaria mais confiante na busca de seus direitos os quais, certamente, não seriam tão facilmente violados.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 563-564.

COMPARATO, Fábio Konder. **A constituição alemã de 1919**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 03. nov. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho Delgado.**Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo:LTr, 2003.

GIGLIO, Wagner D. **A conciliação nos dissídios individuais de trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

HIRANO, Ana Farias. **Acordos Homologados pela Justiça do Trabalho: uma análise dos dissídios individuais na fase de conhecimento**. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6a ed. São Paulo: LTr, 2008.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. Parte Geral, 4 ed. São Paulo: LTr, 1991. p.59.

PACHECO, José Aranha de Assis. **Prevenção de Dissídios Trabalhistas**. São Paulo: IDS, 1945, p. 30.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol I. Introdução do direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 20a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.1991, PAG. 325.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - **Tratado de Direito Privado** – parte especial – tomo XXV- direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1959, p. 132.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Tomo XLVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 284.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 356.

SARMENTO, Daniel. “**A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**”. In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Re- novar, 2006.. p. 236.

SILVA, Antonio Álvares da. **A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil**. In: as garantias do cidadão na justiça, TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.) São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 256-257).

SÜSSENKIND, Arnaldo Lopes. **Conferência de Abertura do Fórum Internacional sobre Flexibilização no Direito do Trabalho**. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Flexibilização do Direito do Trabalho. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

SÜSSENKIND, Arnaldo Lopes. **Indisponibilidade e flexibilização de direitos trabalhistas”, in Sússekind, A. etalii**, Instituições de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1, 1996. p. 226.

VIANA, Márcio Túlio. **Os paradoxos da conciliação - Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real**. Revista do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 45, p.192.