

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
Mestrado em Direito

ALINE APARECIDA DE SOUZA

A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO
TRABALHO

CAMPO GRANDE
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
Mestrado em Direito

ALINE APARECIDA DE SOUZA

**A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO
TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
como exigência final para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientação: Prof. Dr. Antônio Conceição Paranhos Filho
Co-orientador: Prof. Dr. Nilton César Antunes da Costa.

CAMPO GRANDE
2018

Aline Aparecida de Souza
A Mediação como Método de Solução de Conflitos Individuais do Trabalho

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 22/01/2018

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Antônio Conceição Paranhos Filho Instituição: UFMS

Julgamento: Aprovada

Prof^a. Dr^a. Prof^a. Ynes da Silva Félix Instituição: UFMS

Julgamento: Aprovada

Prof^a. Dr^a. Dolores Pereira Ribeiro Coutinho Instituição: UCDB

Julgamento: Aprovada

Campo Grande
2018

*Dedico a presente
Dissertação aos meus
amados pais,
à minha estimada irmã,
aos meus colegas de
trabalho
e aos meus verdadeiros
amigos.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, esse ser glorioso e extraordinário que nos acompanha em cada pensamento, a cada passo e em todos os planos de nossa vida. Ser que nos inspira a sermos esperançosos, piedosos e confiantes. Ser que, apesar de conhecer a natureza humana, tão falível e corruptível, dedica a cada um de nós seu olhar misericordioso e de amor. A Ele toda a glória.

Agradeço ao meu querido orientador, Professor Antônio Conceição Paranhos Filho, a quem tenho grande admiração e apreço, por todo o conhecimento, sabedoria e humanidade que me transmitiu no decorrer deste trabalho.

Agradeço ao meu co-orientador, Professor Nilton César Antunes da Costa, por toda atenção e auxílio a mim dispensados para a consecução das pesquisas.

Agradeço às queridas bibliotecárias, Lucenir e Márcia, lotadas na Biblioteca Juiz Valentin Carrion, que sempre foram solícitas aos meus pedidos, facilitando minhas buscas e prospecções por bibliografia.

Agradeço, ainda, aos meus familiares e amigos que estiveram sempre presentes em minha vida e nestes anos de academia, pela torcida, pela paciência, pela compreensão e pelos desvelos a mim dedicados.

Agradeço, também, ao meu chefe, Dr. Marcio Vasques Thibau de Almeida, Exmo. Desembargador do Trabalho que apoiou o meu retorno aos estudos, incentivando-me a não desistir nos momentos de dificuldade e comemorou cada desafio vencido nesta trajetória.

Agradeço as minhas colegas de trabalho, Fátima, Adriana, Cíntia, Josiane, Celina, Laura, Luciana, Carol e Rithiely, as quais tiveram que ouvir minhas preocupações diárias em fazer as tarefas do Mestrado e em participar das aulas e congressos. Compreenderam minhas lamentações a respeito das dificuldades em conciliar os estudos e o trabalho e deram-me palavras de incentivo, de força e de fé, que foram essenciais para que eu pudesse finalizar esse desafio na minha vida.

Por fim, agradeço aos amigos que fiz no mestrado, Marianny, Dafne, Ângela, Welington, Gustavo e Leonardo.

Dentro de nós existe uma voz, um impulso, uma luz que clareia e mostra-nos o que não está certo em nossa vida e o que deve ser feito ou corrigido.

Essa luz é como um farol que quer nos levar para o centro de tudo e este centro é Deus.

Não é fácil visar o farol sempre, ademais, temos milhões de vozes uníssonas em dizer que não há apenas um caminho, que podemos ficar à deriva e desembarcar em qualquer porto.

Mas as alvoradas não são iguais nos diversos portos da vida.

Alguns portos não nos convêm ancorar.

Deus nos fez para viver uma vida em plenitude,

Portanto, busquemos o porto com a alvorada mais luminosa!

Aline Aparecida de Souza

SOUZA, Aline Aparecida de. **O uso da mediação para a solução de conflitos individuais do trabalho**. 2018. 151 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campo Grande.

RESUMO

A presente pesquisa, caracterizada como bibliográfica e documental, com finalidade descritiva e exploratória, propôs-se a verificar se a mediação pode ser inserida como método alternativo de solução de conflitos individuais do trabalho e se essa metodologia adéqua-se aos princípios basilares do Direito do Trabalho. Além disso, caso possível o seu uso, se a técnica mencionada apresenta qualidades e vantagens capazes de torná-la meio adequado para o tratamento daqueles conflitos. Não obstante a recente edição de normativos, permitindo o uso da mediação no âmbito da Justiça do Trabalho após o início da pesquisa, subsistiu a necessidade de uma análise das normas do Direito do Trabalho em contraponto às características da mediação, a fim de verificar sua viabilidade e eficácia prática, bem como suas possíveis vantagens em relação aos meios, até então, disponíveis. A partir da pesquisa ora desenvolvida, depreende-se que a mediação pode se tornar uma ferramenta hábil para o tratamento de controvérsias individuais do trabalho, tanto no âmbito judicial como no extrajudicial, principalmente, porque restabelece a comunicação entre as partes, permitindo que dialoguem num contexto de equilíbrio, o que favorece: a manutenção do vínculo de emprego; o tratamento das questões sociológicas que compõem o conflito; a transformação positiva das relações; e a apreensão de uma cultura de solução pacífica de conflitos. Ainda, os resultados advindos dos seus procedimentos contribuem para a concretização de direitos humanos e fundamentais, a exemplo dos direitos de: autonomia da vontade e autodeterminação; de acesso à justiça; de liberdade de expressão; de manifestação; de reunião; de informação; de privacidade; do contraditório, da ampla defesa; de duração razoável do processo; dentre outros que estes possam refletir de maneira indireta na vida das partes. Todavia, observou-se que há algumas circunstâncias em que o uso da mediação não seria aconselhável, como na hipótese de total obstrução do diálogo entre as partes, bem como nos casos atinentes a direitos absolutamente indisponíveis, sobremaneira, aqueles relacionados à saúde e à segurança do trabalho e ao pagamento de verbas puramente rescisórias, o que pode ser sopesado de acordo com a teoria a ser adotada pelo órgão jurisdicional homologador dos acordos realizados mediante o uso da mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Conflitos individuais do trabalho. Solução Pacífica. Autonomia da Vontade. Direitos fundamentais. Direitos Absolutamente Indisponíveis.

SOUZA, Aline Aparecida de. **The use of mediation for solving individual labor conflicts.** 2018. 150 leaves. Dissertation (Master in Law) - Federal University of Mato Grosso do Sul - UFMS, Campo Grande.

ABSTRACT

The present research, characterized as bibliographical and documentary, with descriptive and exploratory purpose, has been proposed to verify if the mediation can be inserted as an alternative method of solving individual work conflicts and if this methodology conforms to the basic principles of the Labor Law. In addition, if possible its use, if the mentioned technique presents qualities and advantages capable of making it suitable means for the treatment of those conflicts. Notwithstanding the recent edition of regulations, allowing the use of mediation in the scope of Labor Justice after the beginning of the research, there remained a need for an analysis of Labor Law norms in counterpoint to the characteristics of mediation, in order to verify their viability and practical effectiveness, as well as its possible advantages over the means available to date. From the research developed here, it can be seen that mediation can become a useful tool for the treatment of individual labor disputes, both in judicial and extra-judicial contexts, mainly because it re-establishes communication between the litigants, allowing them to dialogue in a context of equilibrium, which favors: the maintenance of the employment bond; the treatment of the sociological issues that make up the conflict; the positive transformation of relationships; and the apprehension of a culture of peaceful conflict resolution. Moreover, the results of its procedures contribute to the realization of human and fundamental rights, such as the rights of: autonomy of the will and self-determination; access to justice; of freedom of expression; of manifestation; of meeting; of information; of privacy; the contradiction, the ample defense; reasonable duration of the proceedings; among others that these may reflect indirectly in the life of the people. However, it has been noted that there are some circumstances in which the use of mediation would not be advisable, as in the case of total obstruction of dialogue between the litigants, as well as in those cases concerning rights absolutely unavailable, especially those related to health and safety of work and the payment of purely severance funds, which can be weighed according to the theory to be adopted by the court approving the agreements reached through the use of mediation.

KEYWORDS: Mediation. Individual work conflicts. Peaceful Solution. Autonomy of Will. Fundamental rights. Absolutely Unavailable Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ANAMATRA	Associação Nacional da Magistratura do Trabalho
BNDigital	Biblioteca Nacional Digital Brasil
BDTD	Banco Digital de Teses e Dissertações
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CCP	Comissão de Conciliação Prévia
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CSJT	Conselho Superior da Justiça do Trabalho
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DGP	Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil
FGTS	Fundo de Garantia de Tempo de Serviço
FONAME	Fórum Nacional de Mediação
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INEST- UFF	Instituto de Estudos Estratégicos – Universidade Federal Fluminense
MASC	Método Alternativo/Adequado de Solução de Conflito
MG	Minas Gerais
NCPC	Novo Código de Processo Civil – publicado em 2015.
ONU	Organização das Nações Unidas
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PL	Projeto de Lei
RAD	Resolução Adequada de Disputas

RGPS	Regime Geral da Previdência Social
SCIELO	<i>Scientific Electronic Library Online</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFMS	Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 CONTEXTO DA PESQUISA.....	19
1.1 DO PROBLEMA DA PESQUISA	20
1.2 DOS OBJETIVOS DA PESQUISA	21
1.3 DA ADERÊNCIA À LINHA DE PESQUISA.....	21
1.4 DA METODOLOGIA	22
1.5 DO ESTADO DA ARTE – PESQUISA CIENTÍFICA	22
1.5.1 Material e Métodos	24
1.5.2 Resultados	25
2 FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	
2.1 NOÇÕES DE CONFLITO	29
2.2 O SURGIMENTO DA JURISDIÇÃO ESTATAL.....	32
2.3 AS DEFICIÊNCIAS DA JURISDIÇÃO ESTATAL E A ADOÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	35
2.3.1 Principais métodos adequados de solução de conflitos.....	40
2.4 SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	41
3 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO	46
3.1 CONCEITO	46
3.1.1 OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO E AS FUNÇÕES DO MEDIADOR.....	50
3.1.2 MODELOS DE MEDIAÇÃO.....	55
3.1.2.1 O modelo Tradicional-Linear de Harvard.....	56
3.1.2.2 O modelo Circular-Narrativo.....	57
3.1.2.3 O modelo Transformativo.....	58
3.2 DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA LEI DE MEDIAÇÃO E PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	59
4 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO TRABALHO E AS ATUAIS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO NO BRASIL.....	65
4.1 O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO	65
4.2 A REPERCUSSÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	70
4.3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	73

4.3.1	O Princípio da Proteção do Trabalhador.....	75
4.3.2	O Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas.....	76
4.3.3	O Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas.....	78
4.4	FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO NO BRASIL	86
4.4.1	Conflitos Individuais Do Trabalho.....	86
4.4.2	A Jurisdição Trabalhista no Brasil.....	88
4.4.3	Conciliação Judicial.....	92
4.4.4	Conciliação Extrajudicial	96
4.4.4.1	<i>As Comissões de Conciliação Prévia.....</i>	<i>97</i>
4.4.4.2	<i>Procedimento de homologação de acordo extrajudicial.....</i>	<i>99</i>
4.4.5	Arbitragem	101
4.4.6	Mediação Judicial	101
5	O USO DA MEDIAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO	103
5.1	A NECESSÁRIA INCURSÃO DE MÉTODOS CONSENSUAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO	103
5.1.1	Novos Atributos dos Trabalhadores Brasileiros	108
5.1.2	Mudança Cultural	112
5.2	A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO	113
5.2.1	– Implicações ao Princípio da Proteção	116
5.2.2	– Implicações quanto aos Princípios da Imperatividade das Normas Trabalhistas e da Indisponibilidade dos Direitos do Trabalho	117
5.2.3	– Comparativo entre a Conciliação e a Mediação nos Conflitos Individuais do Trabalho	121
5.3	A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E DE REFINAMENTO DO SENSO DE JUSTIÇA.....	125
5.3.1	Dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	126
5.3.2	A Concretização de direitos fundamentais	130
5.3.3	Da Pacificação Social.....	132
5.3.4	Do Refinamento do Senso de Justiça	135

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
REFERÊNCIAS	142

INTRODUÇÃO

O interesse pela problemática desta pesquisa surgiu em decorrência da área de atuação profissional da pesquisadora a qual trabalha, diretamente, com a análise, revisão e gerenciamento de processos de competência da Justiça do Trabalho, porquanto servidora do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), da 24ª Região, desde o ano de 2005.

O cotidiano laboral desenvolvido ao longo dos anos naquela Justiça Especializada permitiu observações a respeito da efetividade prática de diversos procedimentos administrativos e judiciais no decurso das ações trabalhistas que, em sua maioria, têm início a partir de audiências conciliatórias e se findam mediante a execução dos créditos reconhecidos judicialmente.

Não obstante a fase conciliatória seja um requisito peculiar e obrigatório das reclamações trabalhistas, conforme preceitua o art. 764¹ da CLT, isso não implica a prevalência de acordos em relação ao número de ações sentenciadas, como se pode observar nos dados estatísticos mais recentes da Justiça do Trabalho os quais informam que, no ano de 2015, o percentual de sentenças homologatórias de acordo no país foi de 25,3% ².

O elevado número de tentativas de conciliação que resultam infrutíferas chamou a atenção da pesquisadora de modo que lhe suscitou o interesse em averiguar as causas dessa possível disfunção e, ao se debruçar em estudos relacionados ao problema de pesquisa em apreço, causou-lhe surpresa que uma das inúmeras razões que impedem o entabulamento de acordos nas lides laborais tenha relação com o eventual despreparo das partes, advogados e juízes em adotar técnicas e procedimentos capazes de estabelecer um ambiente propício para o diálogo.

Em razão disso, a pesquisadora realizou um estudo acerca de uma técnica, possivelmente, mais adequada ao tratamento das lides laborais, especialmente, no que tange à solução dos conflitos individuais do trabalho.

¹ Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos a apreciação da justiça do trabalho serão sempre sujeitos a conciliação.

² Fonte: Justiça em números. Relatório Analítico. Conselho Nacional da Justiça. Brasília, 2016. In: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2017.

Embora a Justiça do Trabalho detenha longa experiência com o uso da conciliação, veio à tona o interesse pelo estudo de outra técnica autocompositiva que tem apresentado resultados mais efetivos na resolução de determinadas categorias de conflitos, qual seja, a mediação.

No Brasil, a mediação encontra-se prevista no Código de Processo Civil (CPC) e na Lei nº 13.140/2015, sendo definida no parágrafo único desta, como: “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015).

Veja-se que uma das características preponderantes da mediação é o fato de ser realizada com o auxílio de um terceiro que estimule o diálogo entre as partes de modo que estas, conversando entre si, encontrem uma solução conjuntamente. Ao se valer dos aludidos conceito e objetivo da mediação, sobreveio o interesse em verificar se tal técnica poderia ser utilizada no tratamento dos conflitos individuais do trabalho, uma vez que não havia permissivo legal neste sentido.

Sendo assim, fixou-se como problema da pesquisa a seguinte questão: A mediação pode tornar-se um método alternativo de solução de conflitos individuais do trabalho? Ou melhor, a metodologia adotada pela mediação adéqua-se aos princípios basilares do Direito Individual do Trabalho?

Além disso, caso possível o seu uso, se este apresenta qualidades e vantagens capazes de torná-lo um meio adequado para o tratamento daqueles conflitos?

Ainda, dentro deste contexto, impende analisar se a adoção da mediação no tratamento de conflitos individuais do trabalho contribui para a efetivação dos direitos fundamentais e trabalhistas, bem como se esta técnica traz outras vantagens às partes envolvidas.

Contudo, no decorrer desta pesquisa, que teve início em fevereiro/2016, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT – editou a Resolução nº 174, de 05 de outubro de 2016, por meio da qual, estabeleceu-se que é permitido, desde então, o uso da mediação no âmbito da Justiça do Trabalho.

A edição de um marco normativo alterou alguns dos encaminhamentos que seriam dados à presente pesquisa, mas não foi capaz de extingui-la, uma vez que o normativo supramencionado veio desacompanhado de respostas claras e satisfatórias aos questionamentos que deram origem a esta investigação.

Não obstante isso, a Lei nº 13.467/2017 trouxe uma série de mudanças à CLT, engendrando uma reforma trabalhista no país. Tal reforma contemplou a possibilidade de as partes realizarem a composição de seus conflitos individuais com o auxílio de meios privados, fora dos auspícios do Estado.

Nesse panorama, depreende-se que a mediação também passou a ser admitida como meio de solução de conflitos individuais do trabalho no âmbito extrajudicial. Dessa forma, uma das condições fáticas que motivou à propositura da presente pesquisa deixou de subsistir, porquanto houve a edição de normativos e leis que admitiram o uso da mediação em caráter judicial e extrajudicial.

No entanto, verifica-se que a problemática merece maior reflexão, pois as referidas normas quedaram-se silentes quanto ao tratamento dos casos que envolvam direitos indisponíveis e irrenunciáveis mediante o uso da técnica de mediação, fator que preocupa quem atua na área, pois daí surge o impasse se tal técnica é viável para todos os tipos de lides trabalhistas.

Assim, por mais nobre que seja a iniciativa do CSJT e o permissivo advindo da Reforma Trabalhista em admitir novas formas de solução de conflitos do trabalho, há de se ter em mente que a mudança de entendimento quanto ao uso da mediação nas lides laborais, sem maiores aportes teóricos sobre sua viabilidade e eficácia prática, não prescindia de uma análise das normas do Direito Individual do Trabalho em contraponto às características da mediação.

Deste modo, permaneceu o propósito de contribuir com estudos sobre os fatores jurídicos e fáticos que viabilizam e/ou inviabilizam a adoção da mediação como método de solução de conflitos individuais do trabalho, na esfera privada e judicial, assim como, de se verificar se esta técnica pode atingir melhores resultados para o tratamento dos referidos conflitos.

Quanto à metodologia, este estudo foi realizado por intermédio de ferramentas atinentes à pesquisa bibliográfica e documental, mediante o levantamento, a seleção e o fichamento de livros, artigos, dissertações, teses e da legislação nacional a respeito da problemática. Ainda, a presente investigação se caracteriza como descritiva, uma vez que pretende expor as características dos conflitos laborais, bem como dos métodos alternativos de solução de conflitos, sobretudo da mediação e, por conseguinte, verificar se as características dessa técnica adéquam-se às peculiaridades dos conflitos laborais.

Com o intuito de pormenorizar os objetivos desta pesquisa, seu contexto e a metodologia utilizada, dedica-se o primeiro capítulo a tal tarefa a qual, igualmente, propõe-se a demonstrar o estado da arte quanto à literatura existente a respeito do seu objeto geral.

No capítulo segundo, disserta-se a respeito do que vem a ser o conflito e quais as suas origens e, igualmente, como este foi enfrentado no decorrer da história da humanidade. Em seguida, o texto apresenta uma breve discussão acerca do modelo tradicional de jurisdição estatal, uma das formas clássicas de solução de conflitos, com o intuito de verificar a amplitude das respostas que este modelo proporciona às partes em controvérsia.

Ainda no segundo capítulo, expõem-se os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos que apresentam técnicas e características mais adequadas para o tratamento de uma série de embates e que vêm sendo inseridas na legislação nacional, a fim de permitir maior acesso à justiça.

No terceiro capítulo, empreende-se, tenazmente, à tarefa de esclarecer o instituto da mediação, seu conceito, princípios, modelos teóricos e procedimentos.

Adiante, no quarto capítulo, discorre-se acerca das basilares características e princípios que norteiam o Direito Individual do Trabalho, como foi a construção desse ramo especializado do Direito, considerando a construção jurídica do valor do trabalho e como o trabalhador passou a ser reconhecido, bem como a receber proteção estatal, tanto internacional quanto nacionalmente.

Após uma digressão histórica, põem-se em destaque os princípios da proteção, da imperatividade das normas trabalhistas e da indisponibilidade dos direitos do trabalho, fundamentos do Direito Laboral que têm se apresentado como o principal motivo exposto por alguns doutrinadores e juristas para justificar a inaplicabilidade da mediação nos conflitos individuais do trabalho.

Ao final do quarto capítulo, há um breve estudo do que vêm a ser os conflitos individuais do trabalho, assim como se apresentam as formas de solução de conflitos individuais do trabalho adotadas atualmente pela legislação brasileira.

Por sua vez, o quinto e último capítulo propõe-se a discutir sobre a necessidade de se inserir métodos consensuais para a solução dos conflitos individuais do trabalho, o que se mostra pertinente ao se vislumbrar o atual panorama a respeito das novas características do trabalhador e das relações de trabalho no Brasil.

Em seguida, o capítulo apresenta um breve esboço histórico a respeito da institucionalização da mediação no Brasil como meio de solução de conflitos individuais do trabalho pela Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Ainda, intenta-se realizar uma confrontação aos argumentos contrários à eventual impropriedade do uso da mediação para o tratamento dos referidos conflitos, a fim de apurar o seu real alcance e precisão. E, a partir de então, demonstrar que tais argumentos podem ser superados a partir de uma análise mais ampla e atual dos institutos do Direito do Trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema.

Em remate, apresentam-se as vantagens advindas do uso da técnica em apreço, sobremaneira no que toca à concretização de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais e, igualmente, ao refinamento do senso de justiça e à pacificação social.

Diante dessas considerações, esta pesquisa objetivou contribuir para os debates jurídicos sobre essa problemática, evidenciando possíveis soluções para questões polêmicas e de difícil interpretação. Afinal, é, por meio do debate jurídico e social, que se consegue uma modernização do Direito, a superação de lacunas legislativas e o aprimoramento dos institutos jurídicos.

1. CONTEXTO DA PESQUISA

O título da presente pesquisa é “A mediação como método de solução de conflitos individuais do trabalho”. Nesse contexto, a temática discutida relaciona-se, umbilicalmente, ao título proposto, porquanto se encontra dentro dos seus objetivos a realização de estudos acerca da possibilidade ou não do uso da técnica mediacional para o tratamento e solução dos referidos conflitos no Brasil.

Desse modo, as prospecções científicas objetivaram a coleta de dados da realidade nacional e estudos teóricos nas áreas do Direito Processual e do Direito do Trabalho, a fim de se constatar a viabilidade de seu objeto de estudo.

A pesquisa, em questão, foi desenvolvida em sede de Mestrado, tratando-se de requisito necessário para a conclusão do curso de pós-graduação *stricto sensu* no programa de Mestrado em Direito, da área de concentração em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

A pesquisadora encontra-se atrelada ao aludido programa, especificamente, na linha de pesquisa intitulada: Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável o qual é orientado por um viés local, com pesquisas voltadas à sociedade brasileira.

Por conseguinte, o problema de pesquisa que se desenvolveu pautou-se em abranger estudos e resultados que se encaixassem na perspectiva do programa de pós-graduação em apreço, conforme demonstrado nas seções subsequentes.

1.1. PROBLEMA DA PESQUISA

Esta pesquisa visou responder os seguintes questionamentos:

- A técnica da mediação pode tornar-se um método alternativo de solução de conflitos individuais do trabalho?
- Ou melhor, a metodologia adotada pela mediação adéqua-se aos princípios basilares do Direito do Trabalho?
- Além disso, caso possível o seu uso, se este apresenta qualidades e vantagens capazes de torná-lo um meio adequado para o tratamento daqueles conflitos?

Quanto aos aludidos questionamentos, emergem as seguintes hipóteses:

- A mediação caberia em todas as hipóteses de lides trabalhistas ou afrontaria os princípios regentes do Direito Individual do Trabalho?

- O uso da mediação para a solução de conflitos individuais do trabalho traria melhores resultados em relação ao tratamento atual desses conflitos laborais?
- As partes, os advogados e os juízes estariam disponíveis à inserção e à aplicação desse método alternativo de resolução de conflitos?

1.2. OBJETIVOS DA PESQUISA

Ao se considerar a problemática e as hipóteses apresentadas, esta pesquisa apresentou como objetivo geral: contribuir com estudos sobre os fatores que viabilizam e/ou inviabilizam a adoção da mediação como método alternativo de solução de conflitos individuais do trabalho, bem como verificar a possibilidade de esta técnica atingir melhores resultados para o tratamento dos referidos conflitos.

Com o fito de alcançar o aludido intento, revelou-se necessário dedicar especial atenção a determinados pressupostos do assunto em apreço, que se referem aos objetivos específicos desta pesquisa, os quais se encontram abaixo relacionados:

- Investigar as origens, causas e características dos conflitos em geral, bem como dos conflitos individuais do trabalho.
- Explicitar a relevância dos mecanismos alternativos de soluções de conflitos em geral e de conflitos individuais do trabalho.
- Mapear e investigar as produções científicas a respeito da mediação, assim como descrever suas principais características.
- Investigar as principais peculiaridades do Direito do Trabalho, bem como este se apresenta na legislação nacional no período de 2015/2017, sobremaneira no que diz respeito às formas de solução de conflitos individuais trabalhistas.
- Analisar se a adoção da mediação no tratamento de conflitos individuais do trabalho contribui para a efetivação dos direitos fundamentais e trabalhistas, bem como se esta técnica traz outras vantagens às partes envolvidas.
- Mapear e investigar a quantidade de produções científicas no Brasil a respeito do uso da mediação para solução de conflitos individuais do trabalho.

De outro turno, configurou-se pertinente serem definidos alguns recortes.

Primeiro, considerando o viés nacional da linha de pesquisa deste trabalho, não foi realizada uma incursão no Direito Comparado, a fim de se verificar quais e como os demais países adotam a mediação para a solução de seus conflitos individuais trabalhistas.

Os referidos aspectos, conquanto relevantes, não cabiam na perspectiva deste trabalho, pois este não se propõe a desenvolver um projeto-piloto acerca de como a mediação possa ser inserida no âmbito judicial ou extrajudicial no Brasil, nem apresentar ideias para elaboração de modelos e propostas legislativas.

Desse modo, as discussões concentraram-se apenas em constatar a possibilidade jurídica de sua inserção dentre as formas de solução de conflitos individuais do trabalho.

Aliás, as questões fáticas e dados de realidade trazidos na pesquisa têm o condão de apresentar informações ao leitor e subsidiar eventuais conclusões relacionadas à problemática em apreço.

1.3 DA ADERÊNCIA À LINHA DE PESQUISA

O problema de pesquisa aqui estudado tem grande aderência à segunda linha de pesquisa adotada pelo programa de mestrado da UFMS, qual seja, Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável. Isso porque é cediço que o uso da mediação favorece a concretização de inúmeros direitos fundamentais, assim como representa um mecanismo democrático capaz de dar voz às partes nas diversas esferas em que possam surgir conflitos intersubjetivos de natureza contínua, como nos casos de família, de vizinhança, de sociedades empresariais, de escolas, dentre outros.

No que tange ao Desenvolvimento Sustentável³, os estudos concentram-se, prioritariamente, na sua dimensão social⁴ a qual preza pela persecução do equilíbrio da sociedade e da humanização das relações, que levam à inclusão social e ao respeito à dignidade humana dos seus agentes.

³ Segundo Carla Canepa “o desenvolvimento sustentável caracteriza-se, portanto, não como um estado fixo de harmonia, mas sim como um processo de mudanças, no qual se compatibiliza a exploração de recursos, o gerenciamento de investimento tecnológico e as mudanças institucionais com o presente e o futuro.” (CANEPA, 2007).

⁴ O desenvolvimento sustentável é corriqueiramente compreendido sob a perspectiva de três dimensões essenciais, quais sejam: a dimensão ambiental, a dimensão econômica e a dimensão social. Para Mendes (2009) a dimensão social do desenvolvimento sustentável “objetiva garantir que todas as pessoas tenham condições iguais de acesso a bens, serviços de boa qualidade necessários para uma vida digna, pautando-se no desenvolvimento como liberdade, no qual o desenvolvimento deve ser visto como forma de expansão de liberdades substantivas. [...] a dimensão social pode ser entendida como a consolidação de um processo de desenvolvimento orientado por outra visão, a da boa sociedade”.

Nesse viés, a partir deste estudo, propôs-se demonstrar os possíveis aportes aos direitos individuais e sociais, bem como as demais vantagens advindas da adoção da mediação. Por fim, pretendeu-se dar encaminhamento no estudo do tema, a fim de coletar subsídios teóricos e referências para sua análise e discussão e quiçá, a partir de então, apurar sua possível alocação dentre os instrumentos assecuratórios dos direitos fundamentais e sua contribuição para a pacificação social.

1.4 A METODOLOGIA

A presente pesquisa adotou procedimentos científicos para o alcance de respostas ao problema de pesquisa proposto. Assim, quanto aos meios, este estudo foi realizado por meio de ferramentas atinentes à pesquisa bibliográfica e documental, realizada mediante o levantamento, seleção e fichamento de livros, artigos, dissertações, teses e da legislação nacional a respeito do tema. Quanto aos fins, a presente pesquisa caracterizara-se como descritiva e exploratória, conforme classificação proposta por Vergara (1998).

Sendo assim, este estudo é descritivo uma vez que expõe as características dos conflitos laborais, bem como dos métodos alternativos de solução de conflitos, sobretudo da mediação. Além disso, tem caráter exploratório, haja vista a escassa literatura específica a respeito do seu objeto geral que buscou investigar a possibilidade do uso da mediação para o tratamento e solução dos conflitos individuais do trabalho.

1.5 O ESTADO DA ARTE – PESQUISA CIENCIOMÉTRICA

É corriqueiro encontrar como justificativa de alguns projetos de pesquisa a informação de que há pouca bibliografia a seu respeito ou que esta sequer existe em determinado recorte temporal ou local; no entanto, o pesquisador nem sempre demonstra o quão escassos ou insuficientes são esses estudos.

No propósito de evitar afirmações equívocas, esta pesquisa propôs-se a investigar o quanto havia de produção científica a respeito do uso da mediação na esfera trabalhista, com ênfase na solução de conflitos individuais do trabalho.

A fim de se atingir o aludido escopo, este estudo buscou suporte na cienciometria, seguimento da sociologia da ciência que se propõe a estudar os aspectos quantitativos das atividades científicas, inclusive das publicações (MACIAS-CHAPULA, 1998), a qual auxilia

na metrificação, parametrização e classificação da produção científica, bem como ajuda a observar a evolução temporal das pesquisas em determinado aspecto ou temática.

Por conseguinte, a cienciométrica tornou-se um dos mecanismos mais utilizados para medir o registro da informação e da difusão do conhecimento (VANTI, 2002), porquanto permite a aferição do número de trabalhos e do tipo de documentos (livros, artigos, publicações científicas, relatórios, etc), revelando assim, a dinâmica dos produtos da ciência produzidos em determinado local ou tempo (MACIAS-CHAPULA, 1998).

Em suma, compreende-se que a produção científica é uma atividade intelectual complexa que reflete não só os intentos do pesquisador, mas também traz em seu bojo conclusões e resultados alcançados por outros pesquisadores que o precederam no estudo daquele objeto, por isso a importância em se publicar a atividade científica, o que pode ser mais bem compreendido no trecho abaixo colacionado, de acordo com Santos:

Num contexto científico, uma publicação é uma representação da atividade de pesquisa de seu autor. O maior esforço deste autor é de persuadir os pares de que suas descobertas, seus métodos e técnicas são particularmente pertinentes. O modo de comunicação escrita fornecerá, portanto, todos os elementos técnicos, conceituais, sociais e econômicos que o autor busca afirmar ao longo de sua argumentação. A atividade de publicação científica é uma eterna confrontação entre as reflexões intrínsecas do autor e os conhecimentos que ele adquiriu pela leitura dos trabalhos originários dos outros autores (SANTOS, 2003).

Dessa forma, valendo-se de critérios atinentes à cienciométrica, o presente levantamento averiguou se o uso da mediação para a solução de conflitos individuais do trabalho já vinha sendo pesquisado ou discutido na comunidade científica ou por profissionais da área antes da edição da Resolução nº 174 de 05 de outubro de 2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, a qual regulamentou o uso da referida técnica no âmbito da Justiça do Trabalho.

Por oportuno, imperioso explicitar que mediação refere-se a uma “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, conforme definição constante no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação, BRASIL, 2015).

A referida técnica foi introduzida há pouco tempo na legislação brasileira, como se pode observar das previsões contidas na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de

Justiça – CNJ, no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13. /2015) e na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Por sua vez, a Lei de Mediação ressaltou, em seu art. 42, que a mediação nas relações de trabalho seria regulada por lei própria, tendo em vista possível incompatibilidade do instituto com os princípios que regem o Direito do Trabalho, conforme defendido pela Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA ao sugerir tal emenda ao então projeto de lei (FINELLI, 2016).

Farias (2015) assevera que a rejeição em se utilizar a mediação para a solução de conflitos trabalhistas no Brasil decorra da recusa em se instituir Comissões de Conciliação Prévia (previstas na Lei n. 9.958/2000 e no art. 625-A da CLT) e em razão da desconfiança nas soluções não estatais, por medo de que tais métodos possam prejudicar os trabalhadores.

Contudo, experiências internacionais demonstram que a utilização da mediação tem alcançado bons resultados em relação à celeridade e à efetividade no tratamento dos conflitos individuais trabalhistas. A título de exemplo, a mediação é uma das modalidades adotadas na Alemanha, Argentina, Estados Unidos, Chile, Uruguai, Portugal e Itália (FARIAS, 2015).

No Brasil, por sua vez, a inserção da mediação, na esfera trabalhista no âmbito das relações individuais do trabalho, só aconteceu recentemente devido a intensas discussões a respeito da adequação do instituto aos princípios que regem o Direito Trabalho e o Direito Processual do Trabalho nacionais.

Assim, tendo em vista a novel Resolução editada pelo CSJT, pretendeu-se investigar a produção científica a respeito da temática em comento com o objetivo de visualizar o estado da arte a partir da metrificação do número de publicações em questão.

1.5.1 Material e Métodos

A partir de alguns critérios propostos pela cienciométrica, surge a necessidade de se definir como serão realizadas as prospecções sobre o assunto em análise, quais serão as bases de dados a serem pesquisadas, quais descritores serão utilizados para abarcar, especificamente, o tema da pesquisa, o recorte temporal ou, até mesmo, local das investigações, dentre tantos outros critérios.

Por isso, a escolha por esta metodologia para realizar um levantamento quantitativo acerca do número de dissertações, teses de doutoramento e artigos publicados no Brasil com a

temática relacionada ao uso da mediação como método de solução de conflitos individuais do trabalho.

Em face da atualidade do tema, definiu-se como limite temporal deste estudo a prospecção por documentos publicados até o mês de setembro de 2016, considerando que a Resolução CSJT nº 174/2016 foi publicada no dia 05 de outubro do mesmo ano.

As consultas foram realizadas em diversos bancos de dados digitais entre os dias 07 e 11 de outubro de 2016, sendo utilizados como descritores as seguintes expressões:

- Mediação trabalhista;
- Mediação na justiça do trabalho;
- Métodos alternativos de solução de conflitos trabalhistas; e,
- Mediação de conflitos individuais do trabalho.

Nas prospecções realizadas, buscaram-se trabalhos que possuíssem algum dos referidos descritores em seu título, em seu resumo ou em suas palavras-chave.

A pesquisa deu-se em bancos de dados comprometidos com os parâmetros de pesquisa e publicação científicas, bem como em razão da sua abrangência quanto ao número de publicações, como:

- Nos periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES;
- *Scientific Electronic Library Online* – SCIELO;
- Biblioteca Nacional Digital Brasil – BNDigital;
- Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil – DGP;
- Banco Digital de Teses e Dissertações – BDTD;
- Google Acadêmico; e,
- Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho – JUSLABORIS.

Depois de realizada uma varredura nas listas produzidas pelos bancos de dados, procedeu-se uma triagem com o intuito de identificar as publicações que fossem da área de direito e tivessem total correlação com o tema em análise.

1.5.2 Resultados

Ao lançar os supramencionados descritores nas bases de dados do Scielo, BNDigital, dos Periódicos da Capes e no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil – DGP (plataforma *Lattes*), estas não retornaram qualquer resultado.

Por outro lado, em consulta realizada no BDTD foram encontrados 24 resultados quanto ao descritor Mediação Trabalhista; 83 referentes à Mediação na Justiça do Trabalho; 1 ao Métodos alternativos de solução de conflitos trabalhistas; e 25 quanto à expressão Mediação de conflitos individuais do trabalho. Destes últimos trabalhos, apenas 6 relativos à mediação trabalhista e 3 à mediação na justiça do trabalho apresentaram pertinência quanto ao tema em foco.

Do mesmo modo, a pesquisa foi realizada nas bases de dados do *website* Google Acadêmico o qual retornou 44 resultados quanto ao descritor Mediação Trabalhista; 7 relativos à Mediação na Justiça do Trabalho; 1 ao Métodos alternativos de solução de conflitos trabalhistas; e nenhum quanto à expressão Mediação de conflitos individuais do trabalho. Ao realizar a triagem a respeito dos trabalhos que condiziam com os objetos deste estudo, verificou-se que o resultado foi negativo.

Além disso, buscou-se a base de dados do TST, na sua revista Juslaboris, em que não se obteve qualquer resultado quanto ao descritor Mediação Trabalhista; 4 quanto à Mediação na Justiça do Trabalho; nenhum referente aos Métodos alternativos de solução de conflitos trabalhistas; e 2 relativos à expressão Mediação de conflitos individuais do trabalho. Destes, apenas 3 trabalhos correspondiam à temática aqui explorada.

Diante dos resultados encontrados, tem-se que foram identificados 12 trabalhos que apresentaram pertinência quanto ao tema em foco, num universo de 190 achados, como se pode observar na Tabela I e no gráfico (Figura I).

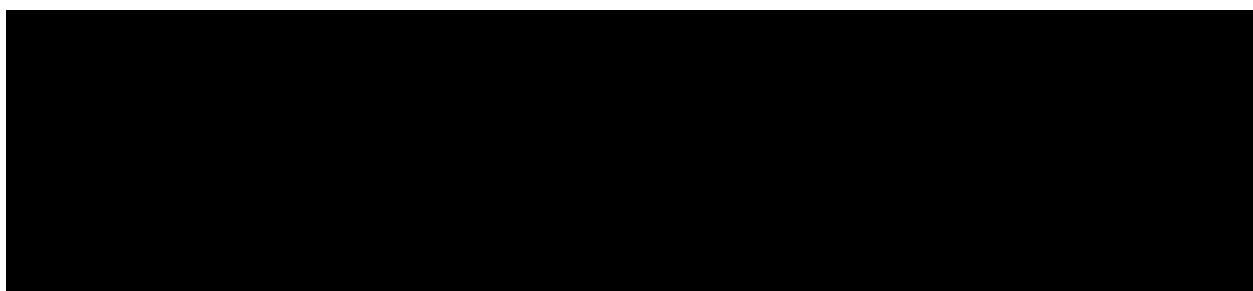


Tabela 1: Número de trabalhos, com pertinência temática, encontrados de acordo com os descritores lançados nas bases de dados.

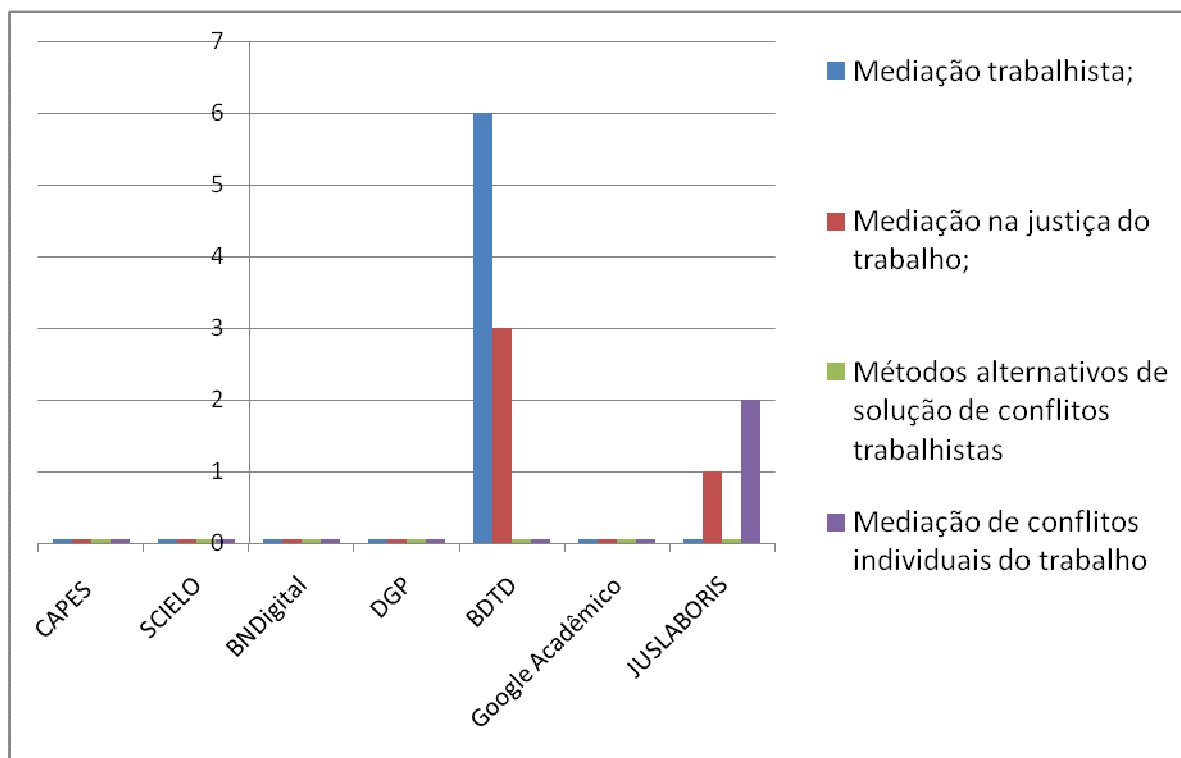


Gráfico 1: Distribuição dos trabalhos encontrados de acordo com as bases de dados pesquisadas.

Faz-se imperioso ressaltar que não se nega a possibilidade de que haja artigos e pesquisas publicados em *websites* ou periódicos que não foram consultados por conta de seu acesso restrito.

Assim como, notou-se o aparecimento de resultados que traziam pesquisas acerca da conciliação trabalhista, da arbitragem trabalhista, da Comissão de Conciliação Prévia e da mediação de conflitos coletivos. No entanto, tais resultados foram descartados, pois não correspondem ao objeto de estudo desta pesquisa.

Sendo assim, o presente estudo procurou avaliar a produção científica a respeito do tema em análise que após a prospecção nas aludidas base de dados, percebeu-se que a temática a respeito do uso da mediação no âmbito dos conflitos individuais do trabalho tem sido pouco explorada por pesquisadores e profissionais da área.

A priori, infere-se que o parco número de resultados tenha correlação ao fato de que o uso da mediação judicial em conflitos individuais do trabalho não era objeto de regulamentação, uma vez que seu referencial normativo, a Resolução CSJT nº 174/2016, foi publicada em 05.10.2016, não obstante discussões anteriores quanto à adequação do instituto da mediação ao Direito Material e Processual do Trabalho, o que foi explorado em congressos, conferências e em audiência pública sobre o tema.

Também se observa que a concepção de que a mediação seria um instituto incompatível com os princípios que regem o Direito do Trabalho corroborou para que o tema não fosse muito explorado, mas não impediu que alguns pesquisadores e profissionais da área perscrutassem o instituto da mediação e o arcabouço axiológico e epistemológico dos direitos do trabalho e notassem possíveis compatibilidades. Haja vista que a mediação de conflitos individuais do trabalho é realizada em diversos países, como nos Estados Unidos, Chile, Uruguai, Itália, Portugal, Alemanha, Argentina, dentre outros.

A partir dos resultados obtidos, é possível concluir que as produções encontradas surgiram de iniciativas isoladas de seus pesquisadores os quais se propuseram a realizar estudos quanto à adequação, à viabilidade e à pertinência da mediação para a busca de melhores resultados no tratamento dos referidos conflitos.

Assim, os atuais resultados conduzem à ilação de que, no Brasil, há poucos estudos referentes à temática em questão, razão pela qual se faz premente a investigação do tema, a fim de propiciar seu debate teórico e a construção doutrinária a seu respeito.

Por fim, propõe-se a divulgar a temática em estudo, em Congressos e Revistas Jurídicas a partir da redação de artigos relacionados à pesquisa em questão os quais, caso publicados, serão anexados à presente dissertação.

2 FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A questão lançada, nesta pesquisa, diz respeito ao uso de uma forma específica de solução de conflitos para o tratamento de conflitos individuais concernentes às relações do trabalho, no caso, por meio da mediação. Sendo assim, faz-se premente, antes de se adentrar no referido tema, expor algumas noções preliminares a respeito das formas de solução de conflitos, a exemplo, a autotutela, a jurisdição estatal, a negociação, a conciliação e a arbitragem.

De início, traz-se a lume o significado e a origem do que se entende por conflito e, igualmente, como este foi enfrentado no decorrer da história da humanidade. Nessa linha de condução, discorre-se a respeito do surgimento e da consolidação da jurisdição estatal, a fim de explicitar como esse modelo tornou-se preponderante na maioria dos Estados Modernos. Ainda, atrelado a isso, faz-se uma breve análise das principais disfunções do modelo em apreço, sobremaneira quanto à amplitude das respostas que este proporciona às partes em controvérsia.

Em seguida, trazem-se à tona os Métodos Alternativos/Adequados de Solução de Conflitos que se apresentam, ao lado da jurisdição estatal, como técnicas disponíveis para o tratamento de uma série de conflitos, ampliando, assim, o número de portas para o acesso à Justiça.

2.1 O CONFLITO

As relações humanas correspondem a uma multiplicidade de interações entre os indivíduos das quais derivam reações e sentimentos diversos, isso porque o ser humano é dotado de uma singularidade própria e, por conseguinte, cada qual percebe o mundo a sua volta de modo particular, valorando e qualificando os acontecimentos, muitas vezes, a partir de seus interesses e convicções. Demarchi explicita que:

Cada pessoa tem um ponto de vista sobre determinada situação (...). O relato de pessoas diferentes sobre um mesmo fato pode ser completamente divergente sem que uma delas esteja necessariamente mentindo ou dizendo a verdade: a percepção de cada uma delas é diferente e as duas versões apresentadas, embora discrepantes, são igualmente sinceras. (DEMARCHI, 2007, p. 51).

Logo, dada a infinidade de pensamentos e juízos individuais, é natural que surjam conflitos entre as pessoas. Por isso, Vasconcelos (2015) explicita que as principais causas dos conflitos decorrem de percepções opostas quanto a fatos e condutas que envolvam expectativas, valores ou interesses comuns das partes envolvidas.

Nessa perspectiva, Pruit e Rubin (1986 *apud* CALMON, 2015, p. 16) argumentam que “o conflito significa a percepção da divergência de interesses, ou a crença das partes de que suas aspirações atuais não podem satisfazer-se simultânea ou conjuntamente”, juízo que pode dar ensejo a um embate de interesses e posições.

Segundo ensinamentos de Tartuce (2016A), torna-se fundamental elucidar que os interesses dizem respeito às necessidades, aos desejos, aos medos e às vontades de alguém as quais se encontram permeadas por posições que seriam os itens tangíveis os quais a pessoa diz querer. Deste modo, as pessoas costumam adotar determinadas posições com o intuito de verem satisfeitos eventuais interesses implícitos ou explícitos.

Veja-se que o confronto de interesses e posições pode decorrer de uma série de fatores nem sempre atrelados a bens materiais, pois, muitas vezes, o problema reside tão somente numa contraposição de ideias e de condutas.

É importante ressaltar que há uma variedade de fenômenos que podem ser considerados conflitos, a exemplo dos “dilemas intrapsíquicos; as diferenças de plano exclusivo das ideias e doutrinas; as competições e disputas esportivas, econômicas ou políticas; as manifestações violentas” (FREITAS JÚNIOR, 2014, p. 11).

Percebe-se, dessa forma, que as causas do conflito variam de acordo com a situação ou com o plano em que se enquadram, contudo, há em comum a aparente contraposição dos indivíduos acerca de determinado fator. Diz-se "aparente" porque a contraposição pode não ser real, existindo apenas no plano das ideias, decorrente de inferências e suposições das partes.

Nesse sentido, ao tratar sobre conflitos, Freitas Júnior empreendeu longa pesquisa sobre suas causas e noções e chegou à seguinte definição do que seria um conflito intersubjetivo:

[...] situação envolvendo dois ou mais sujeitos em que estejam presentes simultaneamente: 1) no plano objetivo, um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos por inevitáveis, sejam tais bens e encargos de natureza material ou imaterial; 2) no plano comportamental, a contraposição no vetor de conduta; 3) no plano moral, sejam tais sujeitos portadores de percepções não convergentes, sobre como

tratar o problema alocativo, sob o ângulo moral. (FREITAS JÚNIOR, 2014, p. 18).

Contudo, vale destacar que não são todos os conflitos que têm relevância jurídica, isso porque nem todos os conflitos têm efeitos ou códigos a eles aplicáveis como no caso daqueles que envolvam afeto e emoção (ZAPPAROLLI; KRAHENBUHL, 2012).

Os conflitos relevantes juridicamente são aqueles em que alguém se opõe ao interesse da outra parte, colocando obstáculos para a sua satisfação (CARNELUTTI, 1938, *apud* CALMON, 2015, p. 17), sendo essa oposição denominada de pretensão resistida a qual exigirá uma solução quanto ao objeto em apreço. Ainda, se faz necessário que a pretensão encontre guarida no Direito, ou melhor, seja reconhecido como um interesse que mereça proteção estatal.

Dessa forma, em sentido jurídico, Cintra, Grinover e Dinamarco entendem que:

[...] os conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (...). (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2007, p. 26).

Sendo assim, as partes podem socorrer-se do Estado para que este solucione o conflito instalado, verificando qual delas detém o direito de ter sua pretensão atendida. Nessa ocasião, o conflito que existia apenas no âmbito privado torna-se público ao ser estatizado, ou seja, judicializado, transformando-se em uma disputa, lide, litígio, controvérsia, dentre outras denominações existentes no vernáculo (TARTUCE, 2016A).

De outro turno, Azevedo (2016) explica que nem todo conflito é capaz de dar ensejo a uma disputa, contudo, toda disputa deriva de um conflito. Isso significa dizer que, embora exista um conflito, este não é, necessariamente, deflagrado, pode permanecer latente, sem qualquer manifestação, assim como pode ser dissipado ou superado por situações e condutas ulteriores.

Nesse viés, caso o conflito seja manifesto, as partes não precisam judicializá-lo se estiverem dispostas a solucioná-lo de outra forma, seja por si mesmas ou com a ajuda de alguém que as auxilie neste intento, isso porque existe uma variedade de formas e metodologias capazes de por fim ao conflito, como será observado nas próximas seções.

2.2 O SURGIMENTO DO ESTADO E DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Pelo fato de o conflito possuir característica inafastável dos relacionamentos humanos, infere-se que, no decorrer da história da humanidade, esta sempre se deparou com o surgimento deles. Dessa maneira, alguns grupos ou tribos usavam sistemas próprios para a solução das disputas que surgiam em seu interior e esses métodos refletiam seus costumes e valores éticos (SIMÕES; LELIS, 2015), razão pela qual há inúmeros meios de enfrentamento do conflito nos diversos rincões do mundo.

Em épocas mais remotas, alguns sujeitos lesados agiam por si próprios, compensando de algum modo o prejuízo que suportaram da conduta danosa da outra parte, enquanto outros deixavam de lado o problema, renunciando a qualquer tipo de disputa (TARTUCE, 2016A).

Essa conduta em que as pessoas buscam satisfazer ou proteger seus próprios interesses e pretensões por si mesmas, com o uso da força é denominada de autotutela, modo de solução de conflitos caracterizado pela perspicácia ou esperteza, com o uso ou ameaça da violência para atingir seus objetivos (CALMON, 2015).

A autotutela, também conhecida por autodefesa, abrange a figura da justiça de mão própria (proibida pela maioria das legislações), assim como os institutos da legítima defesa e do direito de retenção, sendo estes últimos albergados, juridicamente, em hipóteses específicas.

Outra forma de solução de conflitos surgida desde os primórdios da humanidade é a autocomposição, meio em que as partes jungidas a uma controvérsia optam por resolvê-lo harmonicamente. Por conseguinte, a autocomposição pode decorrer de um ato unilateral de uma das partes, bem como de um ato conjunto delas.

Calmon (2015) defende que a autocomposição unilateral pode se caracterizar pela renúncia ou desistência de uma das partes a qual abre mão de sua pretensão em favor da outra; assim como, pelo reconhecimento de que o direito pertence, de fato, à outra parte. Enquanto a autocomposição bilateral dá-se a partir do acordo entre elas, as quais transacionam entre si, mediante concessões recíprocas, a fim de porem um termo ao conflito.

Note-se que na autocomposição as partes são responsáveis pela solução do conflito em que estão inseridas, desse modo, o resultado é definido a partir das suas manifestações de vontade.

Por outro lado, tem-se a heterocomposição, que “constitui o meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores” (TARTUCE, 2016A, p. 56), o que significa dizer que a decisão do conflito é repassada para outra pessoa, fora da controvérsia, que analisará o seu conteúdo e imporá uma decisão que deverá ser observada pelas partes que a procuraram.

Com o passar do tempo, a heterocomposição dos conflitos torna-se prevalente em relação aos demais meios, principalmente, após a assunção desse mister pelas autoridades dos grupos, tribos, clãs, comunidades ou qualquer forma de ajuntamento de pessoas em um determinado local ou espaço geográfico. Tal fato aconteceu porque muitos dos que agiam por si mesmos, nem sempre adotavam condutas balizadas por parâmetros proporcionais e justos e, conseqüentemente, provocavam transtornos de toda a ordem, as quais repercutiam na própria comunidade.

Por isso, tornou-se premente que os grupos se organizassem de modo ordenado para que pudessem viver em harmonia, mas, para tanto, era necessário que cada um abrisse mão de parte de sua liberdade com o intuito de que a liberdade dos demais membros do grupo também pudesse ser usufruída de forma satisfatória.

No momento em que os membros do grupo atingem essa compreensão de que é necessário abdicar de parte de sua independência individual para a manutenção da vida em comunidade é que se corporificam as figuras da autoridade e delimitam-se as regras.

Aliás, nesse ponto é que reside o gérmen do contrato social defendido por Thomas Hobbes, Rousseau, Locke, Kant, dentre outros pensadores, cujas teorias podem ser sintetizadas como a ocasião em que cada homem “renuncia a uma parte de suas atividades defensivas e ofensivas, na medida em que os demais procedem de maneira semelhante. Com isso, se deixa o estado anárquico original e aparecem os primeiros limites da liberdade de ação.” (CALMON, 2015, p. 13-14).

Nessa senda, os homens acordam em criar o “Estado”, para que esse exerça a coerção sobre todos, a fim de se manter hígido o compromisso firmado entre os membros pertencentes a uma determinada comunidade.

A partir do instante em que os povos passam a se organizar social e politicamente e a formar regimes próximos do que hoje se denomina de Estado, este se imiscuiu na esfera privada, proibindo, em regra, a autotutela e reservando para si o poder e o dever de tutelar os direitos, com o intuito de obter a harmonia e a paz sociais (TARTUCE, 2016A).

Inicialmente, a autoridade principal do Estado era responsável por conduzir todas as funções ditas estatais, como administrar, legislar, julgar e punir. Obviamente, que a assunção de todas essas atribuições pela mesma pessoa abria espaço para uma série de extravagâncias e arbitrariedades.

Ao se considerarem tais desdobramentos, Locke conclui que:

Não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade. (LOCKE, 2003, p. 75).

Na mesma trajetória, assenta-se Montesquieu ao constatar que:

[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1993, p. 181).

Logo, com o intuito de se evitar os eventuais desvios advindos da concentração de poderes, pensadores como Platão, Aristóteles, Maquiavel, Locke, Montesquieu, dentre outros, cada qual a seu tempo e modo, propuseram teorias que propugnavam pela divisão das atribuições estatais, a fim de que fossem distribuídas a autoridades diferentes, mas interligadas entre si. Desse modo, surge a ideia de separação dos poderes estatais em instâncias independentes, sendo eles, o legislativo, o executivo e o judiciário.

Por sua vez, interessa ao presente estudo a função judiciária do Estado, atinente ao seu poder de solucionar e prevenir os conflitos surgidos em seu território. Uma vez que ao poder judiciário é conferida a jurisdição estatal, instituto em que o Estado torna-se juiz e “substitui os titulares dos interesses conflitantes para de modo imparcial, pacificar a relação social, com justiça.” (TUPINAMBÁ, 2014, p. 34).

Assim, surge o modelo tradicional de jurisdição estatal, metodologia de solução adjudicada de conflitos, em que as partes sujeitam suas demandas ao Estado, o qual as administra mediante a adoção de atos pré-ordenados fixados em lei, denominado de processo (SOUTO MAIOR, 2002, p. 672).

Em outras palavras, as partes, para verem seus litígios solucionados, devem socorrer-se ao judiciário. Ocasão em que suas alegações e pretensões, após serem reduzidas a termo, dão corpo a uma ação judicial, a qual prevê a observância de um processo específico de

tramitação o qual, por sua vez, é decidido por um juiz. Decisão à qual as partes restam vinculadas.

Note-se que essa modalidade de solução de conflito é heterocompositiva, porquanto é um terceiro que decide o litígio no lugar das partes diretamente interessadas. Ocorre que, pelo fato de a maior parte dos conflitos ser objeto de intervenção estatal, não redundou na efetiva pacificação social, muito menos no alcance e na concretização da justiça, aspectos estes que serão demonstrados na seção subsequente.

2.3 AS DEFICIÊNCIAS DA JURISDIÇÃO ESTATAL E O RETORNO A OUTROS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

À medida que a jurisdição estatal tornou-se a detentora do poder de julgar os conflitos de interesses surgidos na sociedade, os demais meios de solução não deixaram de existir (CALMON, 2015), contudo foram relegados a segundo plano, ou seja, as pessoas passam a procurar inicialmente o judiciário para solucionar seus conflitos antes de intentarem outros meios.

O resultado disso foi a sobrecarga dos tribunais que se tornaram abarrotados de processos, pois a demanda não é, na maioria das vezes, suportada pela estrutura dos órgãos judiciários (FRANCO; LIMA, 2017).

Tal fenômeno é, notoriamente, observado no Brasil e foi verificado em outros países, conforme pesquisas realizadas por Cappelletti e Garth no Projeto Florença, realizado em 1973 em 27 países onde se retrataram os entraves do acesso à justiça ao redor do mundo.

Soma-se a isso o excesso de procedimentos que foram criados para o deslinde das causas que fez do processo judicial um instrumento burocrático, lento, cheio de minúcias e recursos, fazendo com que sua tramitação durasse anos e o conflito ficasse sem resposta por todo esse período.

Ademais, vale ressaltar os altos custos de se ajuizar uma ação, porquanto as partes têm que arcar com as custas processuais, a produção de provas, os honorários advocatícios, sucumbenciais e periciais, dentre outras despesas que inviabilizam o acesso de pessoas de baixa renda.

Em uma investigação mais detalhada, Cavalcanti acrescenta uma série de outros fatores que conduziram à crise do modelo de jurisdição estatal, como:

[...] a globalização, que dinamizou as relações sociais, fazendo com que as normas jurídicas perdessem efetividade diante de casos concretos cada vez mais complexos; o processo de conscientização de direitos, sobretudo após a consolidação da ordem democrática, gerando uma demanda maior por justiça; o advento dos direitos sociais e dos direitos de 3ª geração, que exigem uma atuação positiva do Estado; a judicialização de conflitos sociais; entre diversas outras razões. Além desses, outros elementos decorrentes do próprio modelo estatal de solução de disputas também contribuíram para a falência do Estado como pacificador social, dentre os quais se destacam o excesso de formalismo, a falta de recursos e investimentos por parte dos governos, os elevados custos e a demora na entrega da prestação jurisdicional. (CAVALCANTI, 2013, p. 11).

Além das falhas supracitadas, nota-se que os mecanismos da jurisdição estatal também se mostraram insuficientes para o efetivo acesso à justiça, pois, o processo ordinário não soluciona eficazmente os interesses das partes e da sociedade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Isso porque os conflitos possuem dimensões mais amplas do que aquelas levadas a juízo, uma vez que a petição inicial restringe-se a explicar a conjuntura fática e jurídica dos pleitos, mas detrás deles há, ainda, aspectos “sociológicos, psicológicos e filosóficos” de conhecimento restrito das partes, o que impede que as decisões judiciais contemplem todas as nuances da controvérsia (TARTUCE, 2008, p. 25).

Costa e Costa (2015) elucidam que a lide sociológica é bem mais ampla que a lide processual, pois esta apresenta apenas o conteúdo aparente e visível do conflito, enquanto a lide sociológica tem um conteúdo latente e invisível, onde se encontram os reais interesses e os sentimentos das partes.

O quadro acima exposto é bem representado na figura abaixo, a qual traz a imagem de um *iceberg*, que possui sua dimensão superficial que pode ser vista por quem está acima do mar, que se refere ao conteúdo aparente do conflito e, também possui uma dimensão profunda, muito maior, que fica abaixo do nível do mar, relativa ao conteúdo oculto do conflito:

Conflito no local de trabalho

"Iceberg Pessoal" (Dana & Goldsmith, 2000)



Figura 1: Iceberg pessoal relacionado ao conflito no local de trabalho.

Nesse sentido, Tartuce acrescenta que:

Ao demandar em juízo, as partes muitas vezes omitem aspectos fáticos relevantes, levando ao conhecimento do magistrado apenas uma fatia da realidade verificada. A outra parte, por sua vez, pode incorrer na mesma conduta, apresentando apenas os fatos que repute favoráveis à sua 'tese jurídica'. O processo acaba limitado a um panorama deliberadamente recortado, o que pode gerar intensas dificuldades para a reconstituição histórica dos elementos relevantes e a conclusão sobre o que é realmente justo. (TARTUCE, 2016A, p. 87).

Compreende-se, assim, que uma vez não apreciados todos os contornos do conflito, logicamente, seu julgamento será afetado, o que redundará numa decisão parcial do problema, subsistindo pendências entre os demandantes. Afinal, a falta de respostas adequadas às controvérsias pode recrudescer a animosidade entre as partes, considerando o insuficiente entendimento do problema por parte daquele que deveria solucioná-lo.

Logo, prolatar uma decisão impessoal, impondo uma solução às partes sem considerar as variáveis que deram causa ao problema pode, ao invés de pacificar, tornar-se fator de aumento da litigiosidade, como observa a autora mencionada:

A situação conflituosa não encontra seu desfecho em um único ato [...]. Mesmo que a controvérsia seja julgada por um juiz estatal, o conflito pode não ser eliminado plenamente: dificuldades de implementação do comando

da decisão ou mesmo o fomento de outras lides são realidades que podem se verificar naquela relação jurídica controvertida. (TARTUCE, 2008, p. 27).

Desse modo, valendo-se do que supracitado, torna-se imperioso reconhecer que o ideal de justiça não é, integralmente, atingido ante a resposta insuficiente entregue às partes pelo Judiciário, o que por consequência, não soluciona, adequadamente, as lides e não permite a desejada pacificação social. Depreende-se, portanto, que apesar de as partes se socorrerem da jurisdição estatal, isso não implica a melhor forma de tratamento do conflito ou, até mesmo, a sua solução mais equânime e proveitosa para elas e para a sociedade.

Nesse diapasão, Cappelletti e Garth constataram a necessidade de reformas dos tribunais regulares, dentre elas a criação de procedimentos mais simples e, quiçá, de julgadores mais informais para algumas demandas, como explicitado no trecho abaixo:

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 81).

Assim, ao se verificarem desacertos provenientes das respostas entregues pelo modelo tradicional de jurisdição, bem como seus problemas estruturais, alguns sistemas jurídicos passaram a incorporar e a desenvolver procedimentos alternativos com o fito de aperfeiçoar a entrega jurisdicional.

Esses métodos alternativos de solução de conflitos – MASC (mundialmente conhecidos por: *Alternative Dispute Resolution - ADR*), hoje chamados de métodos **adequados** de solução de conflitos (Resolução Adequada de Disputas – RAD), não foram recém-elaborados, pelo contrário, muitos foram resgatados de culturas passadas.

Nesse viés, Serpa afirma que a “alternativa para solucionar disputas não é novidade. Talvez seja moderno chamar de alternativo o que, em todos os tempos e lugares, foram maneiras cotidianas e imediatas de resolver problemas entre as pessoas.” (SERPA, 1999, p. 69).

Assim, o que hoje se apresentam como métodos alternativos de solução de conflitos são instrumentos reelaborados com o intuito de tratá-los adequadamente, ampliando o leque de possibilidades de as partes verem solucionadas suas pendências sem ficarem adstritas à

jurisdição estatal. Dentre esses procedimentos, destacam-se as práticas de negociação, conciliação, mediação e arbitragem, os quais serão apresentados na subseção 2.3.1 em seguida.

Os MASCs possuem como característica comum a adoção de procedimentos mais informais e de fácil apreensão pelas partes, os quais se coadunam aos intentos de simplicidade e acessibilidade da justiça, bem como da solução pacífica das controvérsias e da harmonia social.

Nesse viés, Tartuce afirma que:

[...] a realização da justiça deve ser considerada um valor superior em relação à forma para a sua obtenção, sendo de grande importância a composição apta a dar a cada um o que é seu, realizando os direitos violados e/ou ameaçados com o mínimo de convulsão social. (TARTUCE, 2008, p. 78).

Denota-se, portanto, que a existência de um conflito não subtrai das partes seu poder de decisão, porque a adoção de MASCs apresenta-se como meio de exercício da independência e da autonomia da vontade dos interessados, em que cada qual age de acordo com seu alvedrio⁵, fator de grande relevância para o resultado da lide, porquanto a decisão que vier a ser tomada refletirá seus intentos particulares.

Desse modo, não se afigura mais eficaz a mera postulação judicial do conflito, mas talvez e, anteriormente a isso, a busca por novas alternativas para solucioná-lo, com vistas ao entendimento entre as partes envolvidas, as quais poderão dialogar entre si e, quiçá, chegarem, autonomamente, a um consenso.

Por outro lado, Calsing e Viveiros (2016) advertem que a utilização desses novos instrumentos não deve ser vista apenas como meio de amenizar a sobrecarga e as limitações do Judiciário, mas sim para restaurar a “habilidade dos cidadãos de dialogar, de solucionar os conflitos de maneira pacífica, permitindo-se, assim, a permanência do convívio” (CALISING; VIVEIROS, 2016, p. 238).

Diante dessas ponderações, passar-se-á à exposição dos principais métodos adequados de solução de conflitos.

⁵ A autonomia da vontade encontra algumas limitações legais.

2.3.1 – Principais Métodos Adequados de Solução de Conflitos

Em linhas gerais, apenas a título ilustrativo e, com a finalidade de corroborar com futuras discussões comparativas no decorrer da presente pesquisa, traz-se a definição do que vêm a ser cada um dos principais métodos adequados de solução de conflitos, quais sejam, a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A **negociação** se refere a uma “alternativa de solução de conflitos, na qual as partes ou seus representantes procuram resolver uma disputa, sem intervenção de terceiros” (SIMÕES; LELIS, 2015, p. 117).

Ainda, a negociação pode ser compreendida como a “comunicação estabelecida diretamente pelos envolvidos, com avanços e retrocessos, em busca de um acordo; trata-se do mais fluido, básico e elementar meio de resolver controvérsias, sendo também o menos custoso” (TARTUCE, 2016A, p. 42).

Por sua vez, a **conciliação** trata-se de um meio de solução consensual em que um “terceiro interveniente - o conciliador – pode sugerir, orientar, interferir, aconselhar e pontuar soluções para a controvérsia (CALISING; VIVEIROS, 2016).

Assim como a conciliação, a **mediação** também é realizada com o auxílio de um terceiro, o qual atua no sentido de facilitar a comunicação entre as partes. No entanto, não interfere ou sugere uma solução, age de modo que os envolvidos possam “protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem” (TARTUCE, 2016A, p. 176).

Já a **arbitragem** é a técnica extrajudicial, de natureza privada, na qual a terceira pessoa, o árbitro, tem o poder de apresentar uma solução para o conflito (SOUTO MAIOR, 2002). Essa técnica assemelha-se à heterocomposição realizada pela jurisdição estatal; no entanto, diferencia-se por ser realizada, extrajudicialmente, com a presença de uma autoridade privada, a qual decidirá de maneira imparcial o litígio que lhe for apresentado.

A partir da exposição de tais premissas, verifica-se que a negociação, a conciliação e a mediação possuem como característica comum a possibilidade de as partes discutirem, diretamente, com ou sem a ajuda de um terceiro imparcial, a solução da controvérsia em que estão inseridas. Por conta disso, essas técnicas são classificadas como métodos de natureza consensual.

Note-se que a decisão final partirá do entendimento alcançado pelas próprias partes que conhecem e convivem com a controvérsia, diferentemente, do que ocorre no modelo

tradicional de jurisdição ou na arbitragem, em que a decisão do conflito é adjudicada a um terceiro.

Diante dos resultados positivos relacionados à adoção dos MASCs, essa temática passou a ser mais bem explorada e difundida no Brasil, conforme se pode observar da introdução do uso da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem para o tratamento e resolução de uma série de litígios que até pouco tempo eram apenas solucionados mediante decisões judiciais adjudicatórias. Sendo assim, na próxima seção desta pesquisa, discorrer-se-á a respeito dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos introduzidos no país.

2.4 SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

No Brasil, a Constituição Federal (doravante, CF) assinala, em seu preâmbulo, ser a justiça um de seus valores supremos, sendo umas das razões pelas quais se compromete com a solução pacífica das controvérsias, tanto na ordem interna como na internacional. Além disso, ao se propor a tal intento, o constituinte assegura o acesso à justiça ao prescrever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, princípio contido no inc. XXXV do seu art. 5º (BRASIL, 1988).

Veja-se que andou bem o constituinte ao reconhecer a importância de não se deixar de apreciar todo e qualquer tipo de direito, porquanto a instituição de direitos implica a existência de meios para sua proteção (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Contudo, tenha-se presente que esse acesso à justiça deve abranger mais do que o mero acesso ao poder judiciário, trata-se de uma possibilidade à disposição das pessoas para que estas possam reivindicar seus direitos ou solucionar seus litígios em um sistema aberto a todos, capaz de produzir resultados justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Nessa mesma linha de pensamento, Watanabe (2011) acrescenta que todo tipo de conflito – não, necessariamente, um conflito de interesse – terá uma atenção especial do Poder Público, não se restringindo apenas ao acesso formal aos seus órgãos, mas sim um acesso qualificado, que se proponha a solucionar as controvérsias em prol de uma ordem jurídica justa.

Dessa maneira, "o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário" (AZEVEDO, 2016, p. 39). Nessa perspectiva, sobreleva-se a

necessidade de se permitir a adoção de métodos alternativos/adequados de solução de conflitos, uma vez que estarão à disposição das partes as quais poderão eleger aquela mais consentânea ao tipo de conflito em que estão envolvidas (TARTUCE, 2008).

Entretanto, a adoção de MASCs não significa o fim da jurisdição estatal, pelo contrário, permite que esta seja mais bem utilizada para as soluções daqueles casos mais complexos e de relevante interesse público. Ademais, há de se ter em mente que a existência de variadas formas de tratamento de conflitos não é fator de exclusão para um ou outro método, visto que, ao invés disso, as metodologias podem se complementar em alguns casos.

Nalini (2000) explica que a multiplicidade de métodos capazes de resolver as controvérsias deriva de uma visão moderna de Justiça a qual se propõe a otimizar os instrumentos de solução dos conflitos, permitindo, assim, vários caminhos de entrada para o Judiciário. Por conta disso, é que se faz necessária a alocação dos MASCs no âmbito dos Poderes Público e Privado, a fim de propiciar o tratamento mais adequado das inúmeras demandas da sociedade e atingir resultados ainda mais significativos.

Tanto é assim, que recentemente foram sendo introduzidas à legislação nacional reformas referentes à adoção de institutos e práticas processuais mais consentâneos com as demandas da sociedade.

Dentre essas inovações, torna-se imperioso rememorar a implantação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses proposta pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – por intermédio da publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que suscitou a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos como novos paradigmas a serem adotados pelo Poder Judiciário Nacional.

Azevedo elucida bem os fatores que deram origem à adoção dessa nova política de tratamento de conflitos, conforme se observa do trecho abaixo transcrito:

A criação da Resolução 125 do CNJ foi decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros, bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobreendividamento, entre outras. (AZEVEDO, 2016, p. 37).

Consequentemente, esses novos modelos passaram a ganhar importância e a serem incorporados ao sistema jurídico do país, como se pode observar no Novo Código de Processo Civil - NCPC (Lei n. 13.105/2015), na Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015) e na Lei da Arbitragem (atualizada pela Lei n. 13.129 em 2015).

Assim, sob a égide da Resolução CNJ nº 125/2010 e, posteriormente, com a publicação do NCPC abriu-se espaço para que os interessados em solucionar suas controvérsias pudessem resolvê-las por si mesmos, auxiliados por um profissional capaz de facilitar-lhes a comunicação e o alcance de um consenso, conforme se pode observar na redação do §3º do art. 3º do NCPC, *in verbis*:

Art. 3º *Omissis*

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015)

Além disso, o NCPC permitiu que os tribunais criassem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação; bem como, pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição; assim como, pela realização de conciliação e mediação extrajudiciais por profissionais independentes (arts. 165 e 175).

Vale notar, que alguns MASCs já se encontravam inseridos em diplomas legais, a exemplo da conciliação, que vinha sendo utilizada em várias fases de processos específicos, como o trabalhista (art. 764 da CLT) e na Lei nº 9.099/95 que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Entretanto, é a partir da publicação da Resolução CNJ nº 125/2010 e do NCPC que suas práticas foram consolidadas e estendidas a outros tipos de demandas.

A arbitragem também possuía regulamentação própria (Lei n. 9.307/1996), todavia sua utilização era refutada por alguns tribunais do país. Portanto, se fez necessária a atualização do referido diploma legal a fim de conferir-lhe maior efetividade.

Atualmente, é possível afirmar que o Brasil possui uma multiplicidade de opções de acesso à justiça (SOARES, 2017), o que se pode chamar de sistema multiportas de acesso à justiça o qual pode ser entendido, de acordo com Tartuce, como:

[...] o complexo de opções que cada pessoa tem à sua disposição para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos; tal sistema (que pode

ser ou não articulado pelo Estado) envolve métodos heterocompositivos (adjudicatórios) e autocompositivos (consensuais), com ou sem a participação estatal (TARTUCE, 2016A, p. 68).

Na mesma perspectiva, Azevedo acrescenta que:

Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa. (AZEVEDO, 2016, p 18)

Vale destacar que o sistema multiportas do Brasil ainda não é tão amplo quanto ao *System Multi-door Housecourt*⁶ (sistema multiportas de solução de conflitos adotado nos EUA). Contudo, já se configura como um grande avanço se comparado à legislação do final do século XX, haja vista a positivação de vários métodos alternativos de solução de conflitos nas últimas décadas.

Portanto, observa-se que houve uma quebra do monopólio da jurisdição estatal que passou a admitir uma cooperação entre os sistemas públicos e privados de solução de conflitos, que juntos passam a atuar em prol de um interesse comum que é a manutenção da paz social (CARAJELES COV, 2012).

Por conseguinte, as partes têm a sua disposição diferentes opções de técnicas de tratamento e solução de conflitos, a escolha por uma delas irá se efetuar de acordo com os interesses das partes e a característica do conflito que as permeia.

Nesse contexto, Calmon conclui que:

Ao sistema judicial é atribuído o papel de *ultima ratio*. O fórum deixa de ser o local de referência onde as soluções dos conflitos se iniciam; aos juízes deve caber o papel de receber o conflito somente depois que todos os outros meios possíveis já foram tentados, salvo aqueles especiais em que os meios alternativos não são recomendáveis, seja porque não há vontade das partes

⁶ Segundo Almeida e Pantoja (2016, p. 142) “Em um congresso realizado no ano de 1976, Frank Sander, professor da faculdade de Direito de Harvard, sugeriu a adoção daquilo que batizou de *multi-door courthouse*. A proposta indicava que, quando o jurisdicionado se dirigisse ao Estado para se servir do instrumento de solução de conflitos disponibilizado, não encontrasse somente a jurisdição, mas outras ‘portas’, com outros mecanismos disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem”.

(sempre soberana), seja por causa do tipo de direito material envolvido ou por causa de característica especial da pessoa envolvida. (CALMON, 2015, p. 151).

Este debate a respeito da prescindibilidade do modelo tradicional de jurisdição não pretende a substituição da atuação jurisdicional clássica, mas sim, destacar outras técnicas de realização de justiça e de enfrentamento de controvérsias que podem coexistir com a primeira (TARTUCE, 2016A).

Tendo em vista que o uso de determinados meios alternativos de soluções de conflitos contribui sobremaneira à promoção e ao exercício da cidadania, proporcionando maior autonomia, participação e emancipação dos interessados, interessante seria que o Estado interviesse apenas quando as partes não forem bem-sucedidas nesta atividade (CHIOVENDA, 2000).

Deste modo, a judicialização dos conflitos tornar-se-ia mecanismo subsidiário, intentado somente nos casos de difícil solução ou em que estejam em disputa direitos indisponíveis de ordem pública, hipóteses imprescindíveis da atuação estatal.

A partir de tal perspectiva, desponta-se outra maneira de se conceber o conflito, deixando de ser algo demonizado e prejudicial, para se tornar evento natural da convivência humana, que por isso também pode ser superado de modo mais simples, a partir de metodologias que favoreçam a promoção da cidadania e de tantos outros direitos e deveres que propiciam o fortalecimento da sociedade.

Assentadas tais premissas, passo ao exame da técnica que mais interessa ao nosso estudo, a mediação, a qual foi recentemente introduzida e regulamentada para a seara judicial e permitida nas esferas privadas, cujas principais características e aportes serão apresentados na seção seguinte.

3 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

A mediação é uma técnica de tratamento de conflitos a qual tem por intuito solucioná-los ou, ao menos, transformá-los positivamente, uma vez que permite que as partes dialoguem e ouçam a própria narrativa e a narrativa da outra pessoa, abrindo espaço para o entendimento e para a compreensão mútua.

A referida técnica⁷, objeto central de análise desta pesquisa, será apresentada segundo seus conceitos, princípios, modelos teóricos e procedimentos, estes últimos de acordo com o disciplinamento prescrito na legislação nacional.

3.1 - CONCEITO

Como já fora explicitado no segundo capítulo, o conflito é um evento natural da convivência humana, o qual pode ser superado a partir de diferenciadas formas de tratamento, algumas mais complexas, outras mais simples, a depender da metodologia adotada pelas partes.

Conquanto decorram de diferenças e da colisão de expectativas, os conflitos não devem ser valorados ou graduados negativamente, porque “podem trazer a possibilidade de transformação, crescimento e ampliação de horizontes, a partir do novo e do convívio com as diversidades” (ZAPPAROLLI; KRAHENBUHL, 2012, p. 21). Dessa forma, o que irá determinar a produção de reflexos negativos ou positivos será a forma como o conflito é administrado.

Nesse contexto, emerge a mediação, uma técnica de caráter integrativo e cooperativo que, com o auxílio de uma terceira pessoa, busca restabelecer a comunicação entre as partes em conflito e propiciar a continuidade de seu relacionamento.

Didaticamente, Tartuce define a mediação como:

[...] o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que elas possam, a partir da

⁷ A mediação refere-se a um meio ou forma de solução e tratamento de conflitos, esse instituto é composto por técnicas, métodos, fórmulas e instrumentos específicos, deste modo, para efeitos da presente pesquisa, para se referir ao instituto em questão, poder-se-á utilizar as terminologias: meio, forma, técnica, metodologia, procedimento e instrumento.

restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas. (TARTUCE, 2008, p. 52).

No mesmo sentido, dispõem Morais e Spengler (2008) os quais conceituam a mediação como uma técnica que possibilita a maior participação dos envolvidos na busca por soluções mais condizentes aos seus interesses, tendo como objetivo solucionar conflitos com a ajuda de um terceiro desinteressado (mediador), cuja atuação será de propiciar a comunicação entre as partes as quais, voluntariamente, envidarão esforços para encontrar uma solução satisfatória ao litígio.

Muniz e Dias acrescentam ainda que:

A mediação é um método consensual e voluntário que visa a recuperar o diálogo entre as partes, com o fim de solucionar a controvérsia da maneira mais satisfatória, tanto sobre o ponto de vista patrimonial quanto emocional. Esse instituto possibilita às partes uma maior compreensão do conflito e a busca do consenso, o que pode evitar, inclusive, desentendimentos futuros. (MUNIZ; DIAS, 2016, p. 201).

Ao se valer dos conceitos supramencionados, depreende-se que a mediação é uma técnica de composição de conflitos em que as partes se colocam diante de um terceiro imparcial (mediador), que irá provocá-las e estimulá-las a encontrarem o deslinde da questão controversa mediante ferramentas e técnicas de comunicação. Dessa maneira, a mediação visa propiciar uma maior compreensão do problema para que as partes alcancem uma solução, consensualmente, satisfatória.

Cunha e Reis complementam a definição do instituto em análise da seguinte maneira:

A mediação se apresenta de forma mais flexível e interdisciplinar, utilizando-se da técnica autocompositiva, com a participação consensual das partes, aplicando-se a lógica ganhador e ganhador, rompendo com a ideia polarizada entre derrotado e vitorioso. A mediação propõe, portanto, um maior envolvimento das partes do conflito que juntas chegam a uma conclusão satisfatória a ambas. (CUNHA; REIS, 2016, p. 209).

Por isso, compreende-se que a mediação foge da lógica adversarial do processo judicial em que há dois litigantes e um deles sai vencedor e o outro perdedor. Nessa técnica de composição, só há ganhadores, porquanto a prioridade está em desarmar a contenda, restabelecer a comunicação e encontrar uma resposta consensuada para o litígio, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Apesar de parecer algo moderno, a prática da mediação não é nova, uma vez que já vem sendo utilizada, milenarmente, por civilizações orientais (VASCONCELOS; GOMES, 2016). Entretanto, fora revisitada e passou a ser praticada sob diversas modalidades ao redor do mundo nos dias de hoje, tornando-se um instrumento de solução de conflitos, em que as partes expõem seu problema, dialogam construtivamente, a fim de identificar interesses comuns e, quiçá, firmar um acordo (VASCONCELOS, 2012).

Um dos fatores que propicia esse contato entre as partes e a discussão da pendência que as separa é o auxílio de um terceiro desinteressado, sem poder decisório, o mediador, profissional capacitado que dispõe de uma diversidade de ferramentas para fomentar a comunicação entre os envolvidos no conflito.

Contudo, deixa-se assente que no conceito puro de mediação, não compete ao mediador impor ou sugerir um acordo, pois as propostas para o desenlace e desfecho do problema dependem, tão somente, do interesse dos mediandos. Uma vez que, o acordo não é o objetivo primordial da mediação, mas sim o restabelecimento da comunicação entre as pessoas envolvidas no conflito. Desse modo, a não obtenção de acordo não significa que a mediação fracassou, pois o fato de as partes se proporem a conversar e ter a comunicação restabelecida já indica que o procedimento foi exitoso.

Nesse viés, Pereira e Máximo explicitam que o propósito da mediação é alcançado “não pelo acordo em si, mas por trazer à tona as reais causas do conflito, por meio do diálogo respeitoso, possibilitando a consciência e solução da questão, sem qualquer obrigação de resultado” (PEREIRA; MÁXIMO, 2016, p. 242).

No entanto, quando as partes entabulam um acordo, a mediação se completa efetivamente, pois proporciona que os mediandos assumam sua autonomia frente à solução do seu problema e, consensualmente, o administrem de um modo que ambos reconheçam seus direitos e deveres.

Isso pode parecer simples, porém a utilização de técnicas mediacionais para o tratamento de conflitos traz, em seu bojo, numerosas vantagens para as partes mediandas e para os relacionamentos interpessoais a curto, médio e longo prazo, uma vez que a mediação é um instrumento de fomento à autocomposição, fator que contribui para a pacificação social, assim como para o refinamento do senso de justiça e para a concretização dos Direitos Humanos e fundamentais, aportes estes que serão tratados mais adiante na seção 3.2.

No que diz respeito às ferramentas utilizadas pelo mediador a fim de estimular a comunicação, podem-se citar as seguintes: a escuta ativa; o resumo cooperativo; a

normalização; a despolarização do conflito; a separação das pessoas dos problemas; a recontextualização e o parafraseamento; o enfoque prospectivo; o silêncio; as sessões individuais (*caucus*); a troca e inversão de papéis; as perguntas orientadas para gerar opções; os testes de realidade, dentre outras (MORAES, 2015).

Essas ferramentas têm origem em “diversos campos do conhecimento humano como a psicologia, a comunicação, a administração, a matemática aplicada e outros” (ROCHA; ANDRANDE, 2016, p. 216), o que demonstra o caráter transdisciplinar da mediação.

As circunstâncias do caso, a postura dos mediandos e as habilidades do mediador que irão suscitar o uso de todas as ferramentas ou de algumas delas no decorrer do procedimento.

No que dizem respeito às etapas do procedimento, alguns autores vislumbram a sua divisão em fases, a depender da metodologia de mediação adotada ou das circunstâncias particulares do problema a ser tratado.

Nesse sentido, Vasconcelos (2015) enumera seis etapas básicas num processo de mediação, sendo elas: a apresentação, os esclarecimentos de abertura, o termo inicial de mediação; a narrativa dos mediandos; o compartilhamento de um resumo do acontecido; a identificação das reais necessidades; o esforço para a criação de opções com base em critérios objetivos; e a elaboração do termo final da mediação.

Por sua vez, Tartuce (2016A) afirma serem sete as etapas da mediação: a pré-mediação; a abertura; a investigação; a agenda; a criação de opções; a escolha das opções e a solução.

No Manual de Mediação Judicial, editado pelo CNJ para uso nas capacitações de mediadores, constam as seguintes fases como etapas da mediação: a declaração de abertura; a exposição das razões pelas partes; a identificação de questões, interesses e sentimentos; o esclarecimento acerca das questões, interesses e sentimentos; e, a resolução de questões (BRASIL, 2015, CNJ).

Nesse contexto, sobressai-se a figura do mediador, uma vez que é ele quem detém o conhecimento das ferramentas capazes de conduzir o encontro das partes de forma equilibrada e pacífica, tornando, assim, as discussões mais proveitosas. Contudo, sua conduta e atitudes devem ser consentâneas com os princípios que regem a mediação.

Por conseguinte, o estudo sobre os princípios da mediação e sobre o papel do mediador será discorrido em conjunto na próxima subseção.

3.1.1 – Os princípios da Mediação e as Funções do Mediador

O instituto da mediação encontra-se alicerçado em uma série de princípios os quais devem ser observados sob pena de macular os reais intentos da técnica em questão. No Brasil, há disciplinamento expresso a respeito de quais princípios devem orientar os procedimentos mediacionais.

Nesse sentido, prescreve o art. 2º da Lei de Mediação, *in verbis*:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé. (BRASIL, 2015)

Complementarmente, o art. 166 do Novo Código Civil explicita que:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (BRASIL, 2015)

A aplicação e o cumprimento dos aludidos princípios encontram-se, umbilicalmente, atrelados à atuação do mediador, visto que é ele quem irá orientar e conduzir as partes para que a mediação aconteça efetivamente.

A despeito de a mediação tratar-se de uma técnica **informal**, o mediador deve seguir parâmetros de condutas, normalmente, tipificados em códigos de ética da profissão. No Brasil, há o Código de Ética proposto no anexo III da Resolução nº 125/2010 do CNJ, para o caso de mediações judiciais, bem como há o Código de Ética do Mediador proposto pelo Fórum Nacional de Mediação – FONAME – que apresenta boas práticas a serem adotadas pelos mediadores judiciais e extrajudiciais.

Nesse viés, o desdobramento do presente estudo será no sentido de demonstrar a implicação dos referidos princípios nas condutas e ações do mediador.

Como é cediço, o mediador possui um papel de grande importância nas sessões mediacionais, por isso possui atribuições diversas direcionadas ao gerenciamento das

tratativas, que exigem conhecimento, habilidade e oportunidade para que a mediação desenvolva-se, ordenadamente, e possa atingir resultados profícuos.

Desse modo, faz-se necessário que o mediador, antes de ser investido em tal função, seja capacitado mediante cursos e treinamentos referentes aos estudos teóricos e práticos do instituto da mediação. Ao se ter em vista o elemento ora em apreço, torna-se oportuno colacionar o seguinte comentário de Lima e Franco:

[...] o mediador deve passar por um treinamento específico de modo a garantir toda a técnica necessária para a condução da mediação, consistente em um curso teórico básico, complementado pela parte prática supervisionada. Além disso, textos e cursos específicos para o desenvolvimento de competências em comunicação interpessoal, criatividade, liderança situacional e condução de negociação favorecem em muito o mediador. (LIMA; FRANCO, 2017, p. 127).

Cumprido ressaltar que o mediador não precisa, necessariamente, ser um profissional da área jurídica, porquanto tal tarefa exige-lhe uma visão mais ampla do problema trazido pelas partes, bem como lhe exige habilidades que refogem ao campo do Direito. Por conta disso, Tartuce relaciona algumas das aptidões necessárias para que o mediador atue na resolução do conflito, tais como:

[...] estar apto a, superando as resistências pessoais e os obstáculos decorrentes do antagonismo de posições, restabelecer a comunicação entre as partes. Cabe a ele o papel de facilitador do diálogo, para que, por meio deste, as partes possam voltar a protagonizar a condução de seus rumos de forma não competitiva. (TARTUCE, 2008, p. 230).

Em sua atuação, o mediador apenas auxilia as partes, contribuindo para que elas, por si próprias, cheguem a um **consenso** a respeito do litígio que provocou a ruptura de seu relacionamento interpessoal, a fim de que se concretize o **princípio da autonomia da vontade das partes**.

Por conseguinte, não cabe ao mediador a imposição de acordos e ajustes, sugestões de solução ou julgamento da questão em análise, muito menos a avaliação de como seria o deslinde da causa se esta fosse judicializada pelas partes.

Entretanto, é possível encontrar bibliografias que discorrem a respeito de o mediador atuar de maneira mais incisiva, adotando uma postura de avaliador, Azevedo explica que:

[...] no modelo avaliador, o mediador não apenas serve como administrador do processo, mas também oferece, como especialista, uma avaliação do caso

(avaliando as características positivas e negativas dos argumentos de cada parte ou de suas propostas), recomendações sobre a substância do acordo (incluindo, por exemplo, predições do desenrolar nos tribunais ou outras consequências) e fortes pressões em aceitar essas recomendações. (AZEVEDO, 2016, p. 139).

Não obstante existam programas de mediação avaliadora, este perfil não se coaduna com a conceituação pura da mediação, tanto é assim que na “literatura estrangeira há enfáticas posições no sentido de que a mediação avaliadora não pode ser considerada mediação” (AZEVEDO, 2016, p. 79).

Nesse viés, acredita-se que se algum programa de mediação proponha-se a ter uma orientação mais avaliadora, essa especificidade deve ser, amplamente, divulgada e explicada às partes antes do início dos trabalhos, para que elas possam considerar se preferem a metodologia, conceitualmente, pura da mediação à uma intervenção avaliadora do seu problema.

Além disso, no que tange à adequada atuação do mediador, nota-se que cabe a este profissional, no momento em que conduz a sessão, agir com **imparcialidade** e **neutralidade**, mantendo-se equidistante às partes. De acordo com essa concepção, Demarchi pontua que:

Iniciada a sessão de mediação, as partes são convidadas a relatar seus interesses. Nesse momento o mediador desenvolve a escuta, que deve ser atenta, neutra e depurada de quaisquer juízos de valor. Não importa a concepção de certo e errado que o mediador tenha dos fatos narrados, mas sim a relevância e repercussão desses fatos para as partes e a influência verificada em sua interrelação. (DEMARCHI, 2007, p. 175).

O profissional da mediação, esvaziado de possíveis juízos de valor, deve ter como foco fomentar aportes para a **oralidade** para que as partes possam falar sem qualquer temor ou preocupação de que estão sendo julgadas.

Na mesma direção, encontra-se, atrelada a isso, a **confidencialidade** a qual deve ser observada pelo mediador quanto aos fatos que vier a tomar conhecimento no decorrer do procedimento. Visto que, a “preservação do sigilo é uma garantia para as pessoas que se submetem ao procedimento, pois, ao tratar de problemas envolvendo relações continuadas, acabam exteriorizando aspectos íntimos da relação para um terceiro, o mediador” (NETTO; SOARES, 2016, p. 112).

Veja-se que as referidas posturas repercutem em uma melhor comunicação dos interessados, possibilitando, assim, a reconstrução das narrativas e auxiliando na

transformação dos padrões comunicativos e relacionais das partes (ZAPPAROLLI; KRAHENBUHL, 2012).

Para que a comunicação das partes se realize de maneira equilibrada, sem que uma se sobreponha a outra, compete ao mediador adotar estratégias e ferramentas que permitam a participação das partes em igualdade, com paridade de armas. Essa busca pela igualdade não se refere apenas à igualdade formal, mas também a uma tentativa de que as partes se reconheçam como iguais, detentoras de direitos e deveres que devem ser respeitados, independente das assimetrias de qualquer natureza.

Mori sintetiza o **princípio da isonomia ou da igualdade** na mediação da seguinte forma:

A igualdade no tratamento dispensado às partes é aquela que busca afastar o inevitável desequilíbrio das relações entre as partes, que é motivado por razões de natureza social, cultural e econômica. São necessários meios que propiciem a compensação das desigualdades verificadas no plano prático, com objetivo de oferecer às partes igualdade material de oportunidade.

[...]

Com este objetivo, incumbe ao terceiro que participa do processo conceder às partes as mesmas oportunidades de manifestação e de compreensão das ações desenvolvidas. Nesta linha, o princípio da igualdade permite ao mediador ou conciliador, inclusive, alertar as partes quando caminham para um acordo notadamente prejudicial para uma delas, especialmente quando esta é a parte mais fraca na relação jurídica, sem que esta atitude importe em ofensa a outro princípio aplicável ao processo, que é o da imparcialidade. Ainda, compete ao mediador e ao conciliador instigar a efetiva participação de todas as partes, de modo que a participação de uma não venha a tolher a participação da outra, em razão de suas melhores condições de negociação e argumentação. (MORI, 2013, p. 189).

Em um contexto de desigualdade entre as partes, o mediador pode lançar mão de ferramentas como: a despolarização, que se propõe a estabelecer um diálogo sem que haja a configuração de dois polos distintos ou duas partes antagônicas (AZEVEDO, 2016, p. 53); o empoderamento das partes, demonstrando a elas que possuem qualidades e capacidades “como forma de tornar as partes cientes do seu poder de negociação e dos seus reais interesses com relação à disputa em questão” (AZEVEDO, 2016, p. 211); bem como, a inversão de papéis, técnica que estimula “a empatia entre as partes por intermédio de orientação para que cada uma perceba o contexto também sob a ótica da outra parte” (AZEVEDO, 2016, p. 237).

O uso das técnicas supramencionadas favorece o reconhecimento mútuo das partes e a construção de um ambiente de isonomia e respeito, o qual vai refletir em tratativas mais equilibradas, evitando-se, assim, eventuais vícios de consentimento.

Outro elemento importante a ser considerado diz respeito à credibilidade que o mediador passa às partes, por se tratar de uma relação de confiança, aquele deve pautar pela adequação da sua conduta pessoal e funcional, respeitando as regras e os princípios do instituto, bem como demonstrando seriedade e diligência, porquanto as partes podem deixar de contribuir com o processo ou o abandonarem se não vislumbrarem legitimidade e credibilidade no mediador (AZEVEDO, 2016, p. 161).

Caso a mediação ocorra adequadamente e, ao final, as partes cheguem a um consenso; entabulando, assim, um acordo, compete ao mediador verificar se elas estão cientes dos termos do acordo e dos direitos que foram objeto de negociação, bem como se é viável e possível a sua execução.

Portanto, ao redigir o termo final da mediação, o mediador deve certificar-se que a decisão à qual as partes chegaram representa, exatamente, o que elas desejam, ou melhor, que não há dúvidas quanto às transações e renúncias que foram realizadas, que as concessões são resultado da vontade livre e consciente dos mediandos.

Essa total compreensão sobre o acordo refere-se ao **princípio da decisão informada** que, segundo Netto e Soares (2016), trata-se de um princípio que “abomina qualquer omissão ou supressão de informações necessárias ao entendimento de algum detalhe sobre o procedimento, o objeto mediado e as consequências de um possível acordo” (NETTO; SOARES, 2016, p. 115).

Faz-se importante esclarecer que apesar de as partes decidirem por si mesmas a controvérsia, isso não significa que o ordenamento jurídico deixará de ser observado, porquanto os acordos devem ter por base a legislação vigente (CALSIN; VIVEIROS, 2016), em observância ao **princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes**.

Diante de essas considerações, reputa-se oportuno trazer ao texto uma definição abrangente e holística acerca de que maneira o mediador deve proceder em um procedimento mediacional. Nessa senda, Pereira conclui que:

Ao mediador cabe, por sua vez, manter uma escuta esvaziada de si, esquivando-se de dar respostas ou sugerir soluções, apoiando-se sempre nas seguintes premissas: a) as partes interessadas têm plena capacidade de resolução; b) há um tempo mais além do cronológico, formal ou processual; c) o olhar para “fazer valer a Justiça” pois até então voltado para o vivido, o já acontecido, deverá ter seu foco no futuro; d) não se cogita buscar a verdade das provas e dos elementos informativos dos autos, em benefício de uma ou outra das partes mesmo porque não há verdade absoluta, e sim verdades que se complementam; e) é preciso que se desenvolva um

raciocínio que não mais seja o binário, diferente do aprendido. f) Não há mais a ideia ‘o que não está errado, está certo’ g) a escuta, portanto, deve ser imparcial, não por regra, mas calcada na supremacia da realidade psíquica sobre a objetiva. (PEREIRA, 2016, p. 22).

Por derradeiro, cumpre revelar que o mediador pode ter outras atribuições e posturas no decorrer da mediação, isso devido ao fato de o referido instituto não apresentar um formato único, hermeticamente fechado; podendo, assim, a ação mediacional ter uma fusão de técnicas, uma vez que durante uma sessão é possível se utilizar de alguns procedimentos decorrentes dos demais meios alternativos de solução de conflitos (VASCONCELOS; GOMES, 2016, p. 73).

Assim, a mediação pode ser aplicada sob diversas modalidades, pois seu caráter transdisciplinar permite maior flexibilidade no desenvolvimento de suas técnicas, a exemplo disso, foram criados modelos diferentes de mediação, dentre os quais se podem citar: o Tradicional-Linear de Harvard; o Circular-Narrativo de Sara Cobb; o Transformativo de Bush e Folger; dentre outros, como será explicitado na próxima subseção.

3.1.2 – Modelos de Mediação

Como é cediço, a mediação se refere a uma técnica em que um terceiro auxilia as partes de modo a facilitar a retomada do diálogo entre si, sendo este um de seus maiores intentos. Não há como estabelecer uma forma única para a realização dessa tarefa, haja vista a vasta gama de formas e posturas que podem ser adotadas a fim de fomentar a comunicação entre as pessoas.

Semelhantemente, Vasconcelos explicita que:

[...] na atualidade, a depender da natureza do conflito, das características socioculturais dos mediandos e das habilidades do mediador, modelos ou estilos de mediação podem ser diferentes. Ademais, esses modelos não são estanques, pois, a depender das circunstâncias e da vontade dos mediandos, a condução pode ser alterada. Há modelos direcionados ao acordo e modelos direcionados à relação. (VASCONCELOS, 2015, p. 57).

Por conseguinte, a mediação não deve adotar um único formato. Tartuce pontua que as “técnicas de mediação não estão – e nem poderiam estar – previstas em lei: elas são abertas e flexíveis, dependendo muito mais de preparação, atenção e sensibilidade das pessoas envolvidas do que de regras” (TARTUCE, 2016B, p. 499).

Esse é um dos motivos porque se diz que a mediação trata-se de uma metodologia informal, porquanto as partes e o mediador irão dando um contorno à sessão de acordo com as informações e emoções trazidas à tona, as quais podem conduzir as tratativas para novos caminhos.

No mesmo diapasão, Pantoja e Almeida afirmam que “o procedimento da mediação possui como características a informalidade e a flexibilidade. Como todo método consensual, não está sujeito ao rigor formal de um rito estabelecido em lei” (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 149).

Sendo assim, ao longo dos anos, pesquisadores e profissionais da área desenvolveram alguns modelos específicos de mediação, dos quais serão apresentados os que possuem maior destaque doutrinário.

3.1.2.1 – O modelo Tradicional-Linear de Harvard

Nos idos da década de 1970, a Escola de Direito da Universidade de Harvard iniciou seu Projeto de Negociação, o qual se propunha a estruturar mecanismos e técnicas de comunicação para o estabelecimento de métodos de resolução de conflitos mais concernentes à atualidade (NETO, 2014).

As pesquisas e experiências realizadas para o projeto deram origem a um modelo de mediação de conflitos, baseado em uma negociação cooperativa das partes, tal protótipo foi denominado de Modelo Tradicional – Linear de Harvard. O modelo em questão é estruturado em quatro diretrizes básicas, quais sejam:

- (i) Separar as pessoas dos problemas, reconhecendo que os negociadores envolvidos em uma questão têm sempre dois tipos de interesses: na substância do problema e na relação; (ii) Focar em interesses e não em posições, buscando identificar os desejos, as necessidades e as preocupações subjacentes à postura externada; (iii) Inventar opções de ganho mútuo: uma vez identificados os diversos interesses, os negociadores devem se apresentar como ‘solucionadores de problemas’, estimulando a criatividade e buscando desenvolver diversas opções para o seu atendimento; (iv) Insistência em critérios objetivos para ponderação das opções criadas. (TARTUCE, 2016A, p. 208).

O modelo em análise propõe que as partes deixem de lado suas posições, contudo, sem se esquecer de encontrar seus reais interesses, concentrando seus esforços em tal

finalidade. Isso ocorre devido ao fato de que se objetiva que o acordo a ser engendrado seja pautado por critérios justos, para que a relação não seja comprometida (TARTUCE, 2016A).

Complementarmente, Ramos et al (2016) informam que esse modelo de mediação é muito eficiente para a solução de conflitos relativos a questões materiais e objetivas, porquanto desenvolvido para a área empresarial. Sendo assim, não objetiva o tratamento dos aspectos emocionais, psicológicos e sociais do conflito.

Em suma, trata-se de um modelo de mediação que se utiliza das ferramentas da negociação em que um terceiro auxilia as partes a atingirem um acordo a partir de critérios objetivos e cooperativos.

3.1.2.2 – O modelo Circular-Narrativo

O modelo Circular-Narrativo de mediação, proposto por Sara Cobb, refere-se a um protótipo que se volta, essencialmente, à verbalização, pois entende que, a partir do discurso e da comunicação verbal, as partes conseguem vislumbrar mudanças na realidade vivenciada (ZAPAROLLI; KRAHENBUHL, 2012).

Calmon ao abordar o presente modelo explicita que:

O modelo Sara Cobb estabelece a mediação em narrativa, ou seja, o mediador ouve os envolvidos, permitindo que o diálogo transcorra naturalmente, sem maiores interferências. Poderá ouvi-los em separado, para evitar os confrontos interruptivos. (CALMON, 2015, p.127).

O termo circular deriva do fato de que esse modelo se utiliza de técnicas de comunicação circular as quais visam, a partir da narrativa das partes, a recontextualização do conflito, mediante a releitura e ressignificação do problema em decorrência das narrativas trazidas à tona.

Nesse sentido, Zaparolli e Krahenbuhl defendem que:

A comunicação circular embasa-se na ideia da causalidade circular que defende não haver uma única causa que produza determinado conflito, mas sim um *continuum* de causas e efeitos que, permanentemente, se retroalimentam nas interrelações. Ela as identifica, gera meios de reflexão e assimilação, redimensionando e gerando possibilidades de mudanças narrativas, a construção de uma nova história comum. (ZAPAROLLI; KRAHENBUHL, 2012, p. 91).

Por conseguinte, as referidas autoras concluem que a mediação circular-narrativa propõe-se à transformação da realidade e da relação das partes. Desse modo, depreende-se que o acordo não é o principal objetivo do modelo em questão, mas sim, a transformação do discurso e das narrativas a partir de técnicas de comunicação circular, o que irá repercutir na relação dos mediandos.

3.1.2.3 – O modelo Transformativo

O modelo Transformativo foi idealizado pelos professores Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, o qual se propõe a trabalhar oportunidades de empoderamento e reconhecimento das partes (CALMON, 2015).

Na mesma perspectiva, Tartuce expõe que:

No modelo transformativo, a proposta é ajudar as partes a aproveitarem as oportunidades que o conflito apresenta para promover o exercício de autodeterminação e empatia. Ao facilitar o diálogo, o mediador transformativo atua para promover esses dois fatores: o ‘empoderamento’ (senso de ‘autofortalecimento’) e o reconhecimento; ambos são reputados muito importantes por atenderem à vontade dos indivíduos. (TARTUCE, 2016A, p. 193-194).

Zaparolli e Krahenbuhl acrescentam que o modelo transformativo “proporciona, ainda, o reconhecimento, o respeito, a legitimação e a inclusão do ponto de vista do outro, para ações e soluções conjuntas” (ZAPAROLLI; KRAHENBUHL, 2012, p. 90).

Por tais razões, o modelo em questão propõe-se auxiliar as partes a reconhecerem sua capacidade e autonomia para a solução dos seus próprios conflitos, fazendo do ambiente mediacional um ambiente de emancipação e alteridade.

Ramos et al registram que “este modelo trabalha o conflito em sua integralidade, abrangendo todos os aspectos: emocional, afetivo, psicológico, social, financeiro e legal” (RAMOS et al, 2016, p. 55).

No Brasil, o presente modelo foi muito estudado e difundido pelo pesquisador e professor argentino Luis Alberto Warat o qual pugnava por uma mediação pautada pela transformação das pessoas e dos seus sentimentos (CUNHA; REIS, 2016).

O aludido pesquisador debruçou-se sobre o tema e escreveu artigos e livros sobre a mediação e o ofício do mediador, dos quais se destacam os livros “O ofício do mediador” (2001) e “Surfando na Pororoca – o ofício do mediador” (2004).

3.2 DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA LEI DE MEDIAÇÃO E PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O legislador nacional, ao editar uma lei específica para a mediação, a Lei nº. 13.140/2015 que dispõe sobre a aplicação desta técnica autocompositiva entre particulares como meio de solução de controvérsias, trouxe alguns regramentos a serem observados na utilização desse instituto, tanto na esfera judicial como na extrajudicial e na administrativa.

Somam-se, aos regramentos contidos na Lei de Mediação, as disposições inseridas no NCPC, nos capítulos: Das normas fundamentais do Processo Civil; Dos auxiliares judiciais; Da audiência de conciliação e mediação; e, Das ações de família.

Por sua vez, a mediação encontra-se, legalmente, definida no parágrafo único do art. 1º da Lei de Mediação como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015).

Dessa forma, uma das características preponderantes da mediação é o fato de se estimular o diálogo entre as partes de modo que estas, conversando entre si, encontrem uma solução conjuntamente. Por conta disso, e com vistas à retomada da comunicação entre os mediandos e à manutenção de seu relacionamento harmonioso, consta do §3º do art. 165 do NCPC que o mediador atuará:

Art. 165. *Omissis.*

§ 3º [...] preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015)

Sendo assim, pode-se acrescentar que a mediação é a opção mais adequada àqueles litígios em que as partes possuíam um vínculo anterior ao conflito, a exemplo, de litígios entre familiares, vizinhos, sócios, empregados e empregadores, dentre outros que se encaixem nessa perspectiva.

Num primeiro momento, pode se identificar a mediação com a conciliação, método consensual de resolução de conflitos que possui maior tradição no país, por isso “muitas vezes, as expressões ‘mediação’ e ‘conciliação’ são tomadas como sinônimas, ainda que de forma imperfeita” (GUNTHER, 2016, p. 40).

Ademais, em algumas legislações internacionais, os institutos são designados de modo diverso ao adotado no Brasil, ou seja, o conceito de mediação refere-se ao que se entende por conciliação, enquanto à conciliação seria o que aqui se adota por mediação. Nesse sentido, Toledo elucidava que:

Com relação à mediação/conciliação, existe uma fronteira muito tênue entre tais figuras dentro dos ordenamentos jurídicos, sendo que na Alemanha, na Inglaterra e na Bélgica são utilizadas como sinônimas. Existem argumentos em favor da mediação, pois tal figura encontra um papel intenso do terceiro. Nos países em que a conciliação absorve a mediação, isto é, o conciliador exerce funções que materialmente equiparam-se ao mediador. Ademais, nos países em que uma e outra figura tendem a confundir-se, a mediação tem um valor integrador. O legislador italiano não utiliza o termo *mediazione*, mas apenas conciliação [...]. (TOLEDO, 2005, p. 39).

No entanto, o novo CPC elucidou a questão ao dispor que a conciliação se difere da mediação, particularmente, quanto à postura adotada pelo terceiro intermediário o qual pode sugerir e propor soluções no caso da primeira, enquanto que, na mediação, essa atitude é vedada ao mediador.

Além disso, há de se ressaltar que os dois institutos divergem em relação ao tipo de relacionamento existente entre as partes conflitantes, sendo a conciliação indicada para casos em que as partes não se conheciam antes do litígio, ao passo que, na mediação, o vínculo anterior entre elas é fator de grande relevância para sua aplicação, conforme preceituado no § 3º do art. 165 do NCPC.

No que tange à alocação da mediação na jurisdição estatal, a legislação em análise dispõe que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões de mediação, pré-processuais e processuais, e a composição e a organização dos referidos centros serão definidas pelos respectivos tribunais, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça (art. 165 do NCPC, BRASIL, 2015).

Desse modo, a mediação judicial será realizada sob os auspícios do Poder Judiciário e, por conseguinte, a lei dispõe que os mediadores judiciais serão designados pelo tribunal, sendo equiparados a servidor público para os efeitos da legislação penal. Vale ressaltar também que há as exigências de que o mediador seja pessoa capaz, conforme dispõe o art. 11 da Lei de Mediação, “graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores” (BRASIL, 2015).

Por outro lado, há a possibilidade de a mediação ser realizada, extrajudicialmente, em câmaras privadas. Nessa hipótese, a lei disciplina que os mediadores extrajudiciais podem ser “qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente, de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se” (BRASIL, 2015), nos termos do art. 9º do diploma legal em comento.

Contudo, vale destacar que se aplicam ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz (art. 5º da Lei de Mediação), por isso o mediador deve revelar, antes do início dos trabalhos, qualquer fato ou circunstância que possa interferir em sua imparcialidade.

Além do que se aplicam, tanto a mediadores judiciais como a extrajudiciais, as seguintes prescrições: ficam impedidos de assessorar ou representar as partes mediandas, pelo prazo de um ano; não podem atuar como árbitros ou testemunhas em processos pertinentes ao conflito em que atuaram, nos termos dos arts. 5º, 6º e 7º da Lei de Mediação (BRASIL, 2015).

Cumpra ressaltar que as sessões de mediação poderão ser presididas por um ou mais mediadores, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito a ser tratado, uma vez que a condução por duas pessoas pode tornar-se mais eficaz, porquanto uma ou outra, em diferentes momentos, poderá observar detalhes que o colega não se atentaria caso estivesse exercendo sozinho o ofício naquela ocasião.

No caso de requerimento ou determinação de mediação, as partes devem comparecer à primeira reunião, sob pena de arcar com algumas sanções a depender se o procedimento é judicial ou extrajudicial. Contudo, a lei é clara ao expor que ninguém será obrigado a manter-se em processo de mediação (§2º do art. 2º, Lei de Mediação, BRASIL, 2015). Dessa maneira, as partes, ao comparecer à primeira reunião, podem formalizar seu desinteresse em mediar.

Os mediandos deverão ser assistidos por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nos 9.099/1995⁸ e 10.259/2001⁹, bem como no

⁸ Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

⁹ Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

caso de mediação extrajudicial, desde que ambos tenham optado pela não contratação de advogados.

Contudo, faz-se imperioso ressaltar que a figura do advogado passa a ter um papel fundamental nesse procedimento, pois atuará como apaziguador e fiscal, ao se tornar “incentivador da prática da solução alternativa de conflitos, como profissional que pode preparar o cliente para atuar em defesa de seus próprios interesses no momento da composição, como fiscal da composição, garantindo que as vontades sejam respeitadas” (BRUNIERE; PEREIRA, 2017, p. 504).

O NCPC, no §2º do seu artigo 334 dispõe que a mediação judicial deverá ocorrer no prazo máximo de dois meses a partir da primeira sessão. Por sua vez, na mediação extrajudicial, não há limitação de prazo, assim a mediação poderá persistir até a resolução do impasse ou até a verificação de sua impossibilidade, art. 20 da Lei de Mediação (BRASIL, 2015).

No entanto, há de se ter em mente que o processo mediacional não se prende a fórmulas, além do que os disciplinamentos trazidos em lei servem como parâmetro para a realização de apenas alguns atos essenciais do procedimento, a fim de manter a segurança do instituto em apreço. Tanto é assim que, no início da mediação, as partes serão advertidas a respeito das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento, haja vista que as informações por elas trazidas não poderão ser divulgadas, ressalvadas as hipóteses de ocorrência de crime de ação pública ou eventual assentimento das partes (arts. 14, 30 e 31, Lei de Mediação, BRASIL, 2015).

Após explicar todo o procedimento mediacional, o mediador precisa obter o consentimento das partes para dar continuidade à reunião, confirmando o seu interesse, o mediador poderá se reunir com elas conjunta ou individualmente (arts. 18 e 19, Lei de Mediação, BRASIL, 2015).

Caso as partes cheguem a um consenso, será redigida uma ata, na qual constarão as cláusulas que ajustaram. Tal documento tem valor de título executivo extrajudicial, que poderá ser homologado judicialmente e, portanto, tornar-se título executivo judicial, nos termos do seu art. 20 da Lei de Mediação (BRASIL, 2015).

Torna-se imprescindível elucidar que a decisão a ser tomada pelas partes deve ser repassada à ata nos exatos termos por elas acordados, cabendo ao mediador argui-las quanto à viabilidade do que fora ajustado, pois as partes devem estar conscientes a respeito do que foi negociado.

Ocorre que, nem sempre, as partes chegarão a um acordo, nesses casos, o mediador poderá declarar o encerramento das tratativas, conforme sua observação quanto ao dissenso instalado ou a pedido das partes; e, nesse sentido, redigirá um termo final de mediação, conforme dispõe o art. 20 da Lei de Mediação (BRASIL, 2015).

Entretanto, a falta de acordo não significa que as reuniões de mediação tenham sido improdutivas, ao contrário, uma vez que o objetivo da mediação é a prática da autonomia da vontade¹⁰ que, empoderadas e conscientes de sua liberdade individual, são capazes de decidir os rumos de suas controvérsias, inclusive quanto ao meio de solução a ser utilizado.

Outro ponto de interesse reside no tipo de direitos em conflito que podem ser objeto da mediação. Nesse sentido, o art. 3^a da Lei da Mediação prescreve que podem ser trazidos à mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis e direitos indisponíveis os quais admitam a transação.

No entanto, no que diz respeito aos direitos indisponíveis transigíveis, os acordos firmados pelas partes devem ser homologados em juízo, com a oitiva do Ministério Público. Acredita-se que essa exigência se trata de uma salvaguarda à possibilidade de renúncia de direitos indisponíveis os quais merecem maior atenção do Estado, pois possuem conteúdo de interesse público.

Legalmente não se encontra uma definição do que venham a ser os direitos indisponíveis transigíveis, por isso tal tarefa coube à doutrina realizar. Contudo, trata-se de um encargo de difícil cumprimento, pois a expressão apresenta uma contradição de sentidos em seu interior.

Nessa linha, Pontes de Miranda expõe acerca da dificuldade de compreensão do termo direitos indisponíveis transigíveis, uma vez que a doutrina clássica aponta uma incompatibilidade entre os dois conceitos, já que “se a transação pressupõe o poder de disposição, haveria evidente contradição na premissa de que aquilo que é indisponível pode ser transacionado” (PONTES DE MIRANDA, 1984, p. 167).

Não obstante se apresente como um paradoxo, há uma série de direitos, ditos indisponíveis, que apresentam uma margem de disposição para que as partes possam

¹⁰ Coadunam-se com esse entendimento, Netto e Soares (2016, p. 116), os quais consignam que autonomia da vontade “abrange desde a escolha ou aceitação do mediador até o caminho seguido em busca de uma possível solução para o conflito”.

transacionar, os quais são denominados de direitos relativamente indisponíveis. A título exemplificativo, Antunes apresenta os seguintes:

[...] a cessão dos direitos de imagem; da disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para transplante; da mudança de sexo; do direito a alimentos; dos direitos trabalhistas e previdenciários; dos contratos de concessão de serviços públicos; e do crédito tributário. (ANTUNES, 2015, p. 75)

Por oportuno, calha relevar que o estudo dos direitos indisponíveis, transigíveis ou não, será objeto de análise em seções específicas (4.3.3 e 5.2.2), sobremaneira no que tange aos direitos trabalhistas, a fim de verificar o quanto estes são afeitos à adoção da mediação para o tratamento dos conflitos a eles inerentes.

4 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO TRABALHO E AS ATUAIS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO NO BRASIL

Haja vista que o interesse precípua da presente pesquisa é verificar a viabilidade do uso da mediação para o tratamento de conflitos individuais do trabalho no Brasil, este capítulo propõe-se a discorrer acerca das basilares características e princípios que norteiam o Direito do Trabalho.

A construção desse ramo especializado do Direito é recente, se comparado aos ramos clássicos do Direito, isso porque nem sempre o trabalho foi visto como algo digno de valor. Portanto, imperioso trazer a lume como surgiu a construção jurídica do valor do trabalho e como o trabalhador passou a ser reconhecido e receber proteção estatal internacional e nacionalmente.

Após uma breve digressão histórica, põem-se em destaque os princípios da proteção, da imperatividade das normas trabalhistas e da indisponibilidade dos direitos do trabalho, fundamentos do Direito Laboral, que têm se apresentado como o principal motivo exposto por alguns doutrinadores e juristas para justificar a inaplicabilidade da mediação nos conflitos individuais do trabalho. Contudo, essa discussão será mais bem enfrentada no capítulo seguinte desta pesquisa.

Ao fim e ao cabo deste capítulo, apresentam-se as formas de solução de conflitos individuais do trabalho adotadas, atualmente, pela legislação brasileira.

4.1 – O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho humano refere-se a uma das atividades mais usuais desenvolvidas pelas pessoas em prol de um interesse pessoal ou comum, com vistas à subsistência, ao investimento do seu tempo, ao crescimento intelectual, à guarda de recursos, à compra de bens, dentre tantos outros interesses que possam ser satisfeitos no exercício de um labor.

Sussekind conceitua o trabalho como “toda energia humana, física ou intelectual, empregada com fim produtivo” (SUSSEKIND, 2004, p. 3).

Por sua vez, Oliveira afirma que a noção de trabalho não é um conceito unânime, pois varia em razão das inúmeras dimensões que pode assumir, desse modo, entende que:

[...] o trabalho pode expressar a dignificação do homem, que mediante seu esforço, obtém resultados (bens e serviços) que lhe possibilitam prover sua sobrevivência, combinada com a realização de atividade/função na qual explore e potencialize suas qualidades e habilidades, inclusive com a realização da felicidade ao transformar o trabalho em sobrevivência e também em forma de auto-identificação e afirmação. (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

Zangrando assevera ser o trabalho a mais importante das atividades humanas, uma vez que “sua presença se vê em tudo que foi, é ou ainda será criado pelo engenho humano” (ZANGRANDO, 2013, p. 40). Sendo assim, para este autor o trabalho é sentido da vida e dela propiciador.

Por se tratar de atividade necessária à sobrevivência, o homem sempre se viu premido à realização do trabalho, pois é a partir dele, desse esforço direcionado a algum objetivo, que o homem se afirma como tal diante dos elementos da natureza, transpondo eventuais limitações por ela impostas, o que faz do trabalho clara expressão das aptidões e potencialidades humanas.

Na eterna busca do homem por soluções e comodidades, surge o desafio de desenvolver habilidades específicas e, por conseguinte, dedicar tempo para seu aperfeiçoamento. Dessa forma, cada nova necessidade pode dar origem a um novo objeto, o qual pode se agregar a outro já existente, ou mesmo, tornar-se algo inédito, diferenciado.

Nesse sentido, Oliveira faz uma pequena síntese da evolução dos meios de trabalho utilizados pelos homens conforme seu desenvolvimento na história da humanidade:

Primeiro, vencemos a dependência da natureza, utilizando trabalho/técnicas rudimentares e primitivos (extrativismo, pesca, caça e agricultura). Adiante, com o trabalho escravo/servil em conjugação com animais, máquinas simples, instrumentos e técnicas, a exemplo do ferro, fogo e roda, construímos grandes civilizações e impérios. Depois com a Primeira Revolução Industrial, boa parte das atividades eram executadas por máquinas operadas por trabalhadores. A partir da metade do século XX, os equipamentos mecânicos e eletrônicos, caracterizadores da Segunda Revolução Industrial, promovem grandes mudanças no processo produtivo, principalmente nas funções desenvolvidas pelos trabalhadores, iniciando-se com vigor a substituição do trabalho humano pela automação e informática e microeletrônica. (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

Veja-se que o trabalho traz em si um valor de extrema importância para a vida do homem e para a comunidade humana, pois o fruto de seu engenho é aproveitado por todos e fonte para novas formas de produção e organização.

Do mesmo modo com que se podem criar novos engenhos, também são desenvolvidas novas ocupações para o homem, porquanto, diuturnamente, as necessidades e a criatividade humanas dão azo a novas profissões.

Assim como há diversas ocupações possíveis para o homem exercer um trabalho, também existem muitas categorias relacionadas ao modo de execução e organização do trabalho. Tipicamente, tem-se o trabalho autônomo ou o subordinado mediante um vínculo empregatício; atipicamente, há o trabalho avulso, o eventual, o de aprendizagem, o de estágio, o voluntário, o cooperado, dentre outros (OLIVEIRA, 2009).

O trabalhador autônomo é aquele que assume os riscos do negócio para si, ou seja, aquele que labora por conta própria, executa seu ofício com autonomia, conforme seus interesses e disponibilidades. Por outro lado, o trabalhador subordinado tem seu ofício dirigido por seu empregador ou tomador de serviços, sendo este que irá determinar o modo, a forma e o tempo de serviço (OLIVEIRA, 2009).

Ocorre que a subordinação do trabalhador ao seu patrão nem sempre teve limites claros e razoáveis, fato que redundou em muitos abusos por parte dos empregadores no decorrer da história e, infelizmente, ainda se apresenta na atualidade.

No passado, as relações de trabalho eram regulamentadas na legislação comum como parte do Direito Civil, uma vez que o contrato de trabalho era considerado um contrato normal, no qual, naturalmente, deveria imperar a vontade das partes. Zangrando (2013) explica que não havia uma normatização específica para os contratos de trabalho, portanto se utilizavam das regras atinentes à locação de serviços. Nessas circunstâncias, as condições de trabalho eram aquelas impostas pelos empregadores, pois os empregados, premidos pelas suas necessidades e desamparados legalmente, aceitavam as aludidas imposições.

Entretanto, no desenrolar da história, observou-se que a pretensa autonomia da vontade que regia os contratos de trabalho tratava-se de uma falácia, porquanto “a necessidade de obtenção de emprego e de meios de subsistência decorrentes da prestação de trabalho colocavam o candidato a emprego numa situação de especial fragilidade, sujeito a abusos e à arbitrariedade do potencial empregador” (DRAY, 2015, p. 46).

Tal fato mostrou-se mais evidente a partir da Revolução Industrial, por conta das novas formas de organização e realização do trabalho, em que se observou a existência de relações privadas desiguais, manifesta em nível factual e jurídico, ou seja, desde a celebração, na sua execução e na extinção do contrato de trabalho (DRAY, 2015).

A partir desse quadro de exploração e de formas abusivas, “o legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável” (PLÁ RODRIGUES, 2015, p. 85).

Historicamente, tem-se como marco dessa intervenção estatal a edição, na Inglaterra, do Peel’s Act (1802), o qual regulou algumas normas protetivas ao trabalho das mulheres e crianças (DELGADO, 2015). A referida lei é considerada o marco legal e temporal da “formação” do Direito do Trabalho, que passou por diferentes fases como a de formação, de intensificação, de consolidação até a sua autonomia, por isso que se admite que este Direito especializado teve início no século XIX (BARROS, 2016).

Oportuno ressaltar, que apesar de incipientes, muitos trabalhadores da época se insurgiram quanto ao sistema de subjugação, mediante manifestações e greves, causando agitações sociais e preocupação do Estado (BARROS, 2016).

Nesse contexto, Karl Marx e Friedrich Engels publicaram o seu “Manifesto do Partido Comunista” (1848), livro que inspirou a consciência coletiva a respeito da luta de classes e da necessidade de solidariedade entre os trabalhadores com o intuito de lutarem por melhores condições de trabalho e de vida.

A maior parte da doutrina identifica esse período como o de “intensificação” do Direito do Trabalho, o qual vai culminar com a sua “consolidação” quando o papa Leão XIII expede a encíclica *Rerum Novarum* de 1891, em que a Igreja Católica conclama o Estado para intervir nas relações de exploração dos operários (MOLINA, 2013).

O período de “autonomia” do Direito do Trabalho tem início com a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT em 1919 que, ao expedir o Tratado de Versalhes, estipulou uma série de direitos trabalhistas mínimos que devem ser respeitados internacionalmente.

A partir de então, a OIT tornou-se o órgão responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho, expedindo normas de cunho individual e coletivo do direito laboral, as quais são expressas em Recomendações e Convenções. Dentre as demais atribuições da OIT, sobressaem ainda:

[...] promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia

da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável (OIT, 2017)¹¹.

Contemporaneamente à criação da OIT, o trabalho e os direitos trabalhistas começam a ocupar lugar de destaque nas legislações ao redor do mundo, passa a ser inserido nas Constituições de muitos países, a exemplo da Constituição do México de 1917 e da Alemanha, em 1919 (Constituição de Weimar).

Esse fenômeno ficou conhecido como Constitucionalismo Social (ALMEIDA, 2010) que repercutiu na Constituição do Brasil de 1934, a qual teve por inspiração a Constituição de Weimar. Tanto é assim que a referida carta constitucional brasileira trouxe em seu bojo uma série de leis trabalhistas como: a proibição do trabalho infantil; o estabelecimento da jornada de trabalho de oito horas diárias; o repouso semanal obrigatório; as férias remuneradas; a proibição da diferença de salário por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; a liberdade de formação e existência de sindicatos, dentre outros.

Nota-se, portanto, que a autonomia do Direito do Trabalho como ramo do Direito decorreu de uma série de fatores históricos, de origem social, econômica, jurídica e religiosa (MOLINA, 2013). Dentre esses, Zangrando assevera que a origem do Direito do Trabalho deu-se como forma de aplacar a questão social (miserabilidade da maioria da população), pois:

[...] residia na modificação radical do sistema normativo que regulava as relações de trabalho, passando da liberdade de contratar, fundada nos preceitos pseudo-igualitários do Direito Civil clássico, para a intervenção do Estado nas relações de trabalho, com a promulgação de leis que regulamentassem situações trabalhistas básicas, como o salário, a jornada de trabalho, e o trabalho de mulheres e crianças. (ZANGRANDO, 2013, p. 122).

Desse modo, o Direito do Trabalho atuou de variadas maneiras, mediante a criação de princípios e normas com vistas à proteção do trabalho e do trabalhador. Nesse viés, discorre Dray que:

[...] o Direito do trabalho passou a operar de diversas formas e por diversos meios: quer através da consagração de um corpo de normas imperativas, quer através de princípios operacionais destinados a resolver determinados conflitos de fontes, quer através da criação de normas (especiais) de

¹¹ Informação extraída da página eletrônica oficial da OIT no Brasil, disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>> Acesso em 15.08.2017.

interpretação, quer, também, através da consagração de determinados limites impostos ao legislador e destinados a garantir a própria preservação do Direito do Trabalho. (DRAY, 2015, p. 47).

Assim, surge o Direito do Trabalho como forma de reconhecimento da desigualdade econômica entre as partes (empregador e empregado), sendo necessária a promoção de um equilíbrio no interior dessa relação, justificando a intervenção do legislador nas relações de trabalho.

Por oportuno, vale registrar que o Direito do Trabalho “segmenta-se em um ramo individual e um ramo coletivo, cada um possuindo regras, institutos e princípios próprios” (DELGADO, 2014, p. 194), considerando que o primeiro dedica-se aos contratos individuais do trabalho; enquanto o segundo visa tutelar as relações coletivas de trabalho, voltando-se para a regulação dos direitos de uma categoria ou classe de trabalhadores.

Ressalta-se que a presente pesquisa propõe-se ao estudo e observações relacionadas ao direito individual do trabalho por conta de seu recorte temático.

4.2. A REPERCUSSÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

No Brasil, o movimento operário surgiu no final do século XIX e passou a ter maior representatividade no início do século XX. Infere-se que um dos motivos que levaram a este despertar tardio quanto às reivindicações trabalhistas decorra do fato de que imperou no país, até 1888, o regime escravocrata, com pouco espaço para o trabalho remunerado.

As primeiras associações de trabalhadores foram criadas com objetivos relacionados ao assistencialismo e à beneficência (NASCIMENTO, 2011).

Contudo, com a influência da ideologia anarquista trazida por imigrantes italianos, portugueses e espanhóis, as associações, uniões, ligas, sociedades e agremiações operárias passam a introduzir em suas ações condutas de engajamento e movimentos de resistência e reivindicação (ANDRADE, 2017).

Nesse contexto, a luta operária insuflou-se e foram realizadas muitas manifestações e deflagradas uma série de greves e boicotes, sobremaneira nos anos de 1900 a 1906 (NASCIMENTO, 2011).

Todavia, após um pequeno período de calma, em 1917 eclodiu, em São Paulo, uma greve geral de grande repercussão no país, atingindo outras cidades do interior do estado paulista, com a paralisação de inúmeras atividades (ANDRADE, 2017). Esses constantes

embates, entre o capital e o trabalho, tornaram-se objeto de preocupação dos governantes da época, visto que as manifestações atingiam cada vez mais categorias e passavam a tomar bastante proporção.

Nessa senda, o presidente Getúlio Vargas, ao outorgar a Constituição de 1937, acrescentou-lhe mais uma série de direitos sociais de cunho trabalhista e, logo em seguida, expediu o Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, amplamente, conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – a qual abrangeu a maioria das leis atinentes ao direito material e processual do trabalho no Brasil.

Ocorre que, diferentemente do que se tentou transparecer à população, de que se tratava de uma nova carta de direitos concedida pelo governo em atendimento aos anseios dos trabalhadores, a edição da CLT ocorreu a fim de se evitar ondas de insatisfação popular, trabalhista e sindical contra o Estado Novo, instituído pelo presidente em questão (FARIAS, 2015).

Essa introdução de leis trabalhistas, bem como de outras medidas intervencionistas no governo nacional, fazia-se necessária porque se pretendia preparar o Brasil para a era industrial e, para isso, importava manter-se uma harmonia interna com a eliminação do conflito entre capital e trabalho (VASCONCELOS, 2014A).

Nessa mesma perspectiva, Romita acentua que:

[...] a política social, no Brasil, desde os tempos do Estado Novo, tem sido executada com base na suposição de que as relações de trabalho constituem manifestação da luta de classes que urge coibir, pelo temor de que as repercussões dessa luta possam afetar o conjunto da sociedade. (ROMITA, 2009, p. 920).

Na esteira desse raciocínio, concebe-se que a preocupação com as condições dignas de trabalho dos obreiros estavam, em segundo plano, nas ações do governo o qual optou fazer esse tipo de concessão para não ter que enfrentar o descontentamento da população quanto a outras manobras políticas.

Não se descarta que, apesar de estar em segundo plano, a ampla regulamentação dos direitos trabalhistas “nutriu-se na ideia de compensar a desigualdade social, a injusta distribuição de renda, bem como a fragilidade e o baixo nível de representatividade da maioria das entidades sindicais” (ROBORTELLA, 1997, p. 69).

Não obstante as reais causas que impulsionaram o fortalecimento do Direito do Trabalho no Brasil, destaca-se que as Constituições seguintes e demais legislações trabalhistas

no país caminharam, progressivamente, em direção ao enaltecimento do valor do trabalho. Tanto é assim que a Constituição de 1988, em vigor, sobrelevou o valor do trabalho como fundamento da nação no inciso IV do seu artigo 1º (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, o constituinte priorizou a construção de uma sociedade que reconheça a importância do labor de todos, uma vez que o trabalho não pode ser tido como dispensável ou simples mercadoria, porquanto tal compreensão pode enfraquecer e decompor os laços humanos (ZANGRANDO, 2013).

Desse modo, ao lado da dignidade humana, o valor social do trabalho conquista *status* de sustentáculo da República, que deve primar pela dignidade do trabalhador, criando-se normas que permitam o pagamento de uma remuneração digna, para que o trabalhador e sua família tenham uma vida digna e, ainda, para que o seu trabalho seja realizado em condições adequadas e com a devida segurança e higiene (RUPRECHT, 1995).

Nessa toada, a Constituição Federal do Brasil dispõe que o trabalho é um direito social (art. 6º), amparado por inúmeras garantias e normas que se encontram discriminadas nos arts. 7º a 11 da carta constitucional (BRASIL, 1988).

Contudo, esse rol não é taxativo, pois o constituinte deixou-o aberto a fim de acolher a criação de outras prerrogativas, posto que o *caput* do seu artigo 7º encerra com a seguinte frase: “...além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (BRASIL, 1988).

Importante relevar que essas normas não são apenas direitos trabalhistas comuns, ou seja, são direitos com o status de direitos fundamentais, porquanto alçados a dispositivos constitucionais, detendo valor supremo dentro do Estado, pois limitam “o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 54).

Como dito no capítulo precedente, por se tratar de direitos fundamentais, estes devem ser respeitos pelo Estado e pelos particulares, na medida em que se busca evitar a ofensa e o comprometimento desses direitos e bens jurídicos por toda a sociedade. Além disso, a prevalência dos direitos trabalhistas é repetida nos artigos 170 e 193 da Constituição os quais preconizam que as ordens econômicas e sociais do país são fundadas na valorização do trabalho humano (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, na elaboração de políticas públicas e leis, o Estado deve ter como escopo a promoção do bem comum, externando, assim, por intermédio de suas ações e comandos, o interesse público com o objetivo de assegurar a todos existência digna, baseadas no bem-estar e justiça sociais.

Contudo, tendo em vista algumas distorções advindas de uma legislação trabalhista já obsoleta e extremamente protecionista, o legislador brasileiro realizou, recentemente, uma reforma na CLT e na Lei nº 6.019/1974.

Essa alteração legislativa foi promovida pela Lei nº 13.467/2017, apelidada de Lei da Reforma Trabalhista, a qual trouxe como principais justificativas a necessidade de:

[...] aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra (sic) no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores [...]. (PL 6787/2016 da Câmara dos Deputados).

A aludida reforma possui pontos positivos e negativos, por conseguinte foi objeto de crítica por parte de operadores do direito trabalhista, empresários, empregados e sindicatos.

Não obstante isso, o presente estudo irá concentrar sua atenção apenas nas alterações que tocam os pontos de interesse dessa pesquisa, o que será observado no decorrer do trabalho.

4.3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Para que o sistema de normas e regras coexistam harmoniosamente, há a necessidade de se estipular princípios básicos para nortear a atividade do legislador a cada nova criação legal.

Para melhor compreensão da importância dos princípios no âmbito jurídico, destaca-se a definição do constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, segundo o qual:

Princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou se preferir, o verdadeiro alicerce dele. Trata-se de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. O princípio ao definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo acaba por lhe conferir a tônica e lhe dar sentido harmônico. (BASTOS, 2002, p. 80).

Assim, os princípios surgem como fundamentos para a inspiração do direito positivo, como mandamentos de otimização, pois “ordenam que algo seja realizado em máxima medida, relativamente, às possibilidades reais e jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90), razão pela

qual as normas e preceitos legais não podem ser contrários aos seus postulados (PLÁ RODRIGUES, 2015).

O Direito do Trabalho também se reveste de uma série de princípios com o intuito de que suas normas mantenham certa coerência com o caráter protetivo e o amplo interesse público desse ramo do Direito.

Nesse sentido, Delgado afirma que “sem a presença e observância cultural e normativa desse núcleo basilar de princípios especiais, ou mediante a descaracterização acentuada de suas diretrizes indutoras, compromete-se a própria noção de Direito do Trabalho em certa sociedade histórica concreta” (DELGADO, 2014, p. 196).

Contudo, não há uma lista taxativa acerca dos princípios do Direito do Trabalho, tanto é assim que os juristas não são unânimes em relação à quantidade e às especificidades dos princípios que o integram, portanto, diferem quanto à sua extensão e aplicabilidade.

Plá Rodrigues (2015) classifica como princípios típicos das relações de trabalho os seguintes: Princípio de proteção (o qual abrange os princípios do *in dubio, pro operario*; o da regra da aplicação da norma mais favorável; e o da regra da condição mais benéfica); princípio da irrenunciabilidade dos direitos; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade; princípio da boa-fé; e princípio da não discriminação.

Zangrando (2013) identifica os: Princípio de favor (*in dubio pro operário*, da norma mais favorável e da cláusula mais benéfica); princípio da tutela salarial; princípio da inalterabilidade prejudicial do contrato de trabalho; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da irretroatividade das nulidades; princípio de não discriminação; princípio de indisponibilidade da tutela geral trabalhista; princípio de conciliação de trabalho e lazer; princípio de segurança no trabalho; e princípio de salvaguarda da empresa (abrange a regra da especificidade do empregador; do reconhecimento dos interesses de gestão e do tratamento favorecido à micro, pequena e média empresa).

Por sua vez, Delgado (2014) aduz que o núcleo basilar dos princípios é formado por nove diretrizes-mestras, quais sejam: o protetor (tuitivo, tutelar, protetivo); o da norma mais favorável; o da imperatividade das normas trabalhistas; o da indisponibilidade; o da condição mais benéfica; o da inalterabilidade; o da intangibilidade salarial; o da primazia da realidade; e o da continuidade da relação de emprego.

Tenha-se presente que os princípios acima delineados pelos aludidos autores não correspondem a todos aqueles que compreendem o direito trabalhista individual, uma vez que existem muitos outros mais específicos e de menor repercussão.

Todavia, considerando os objetivos que se têm em foco, os estudos irão se concentrar nos princípios da proteção ao trabalhador, da imperatividade das leis trabalhistas e da indisponibilidade de direitos. Sendo assim, passa-se a sua análise nas seções seguintes.

4.3.1 – O Princípio da Proteção do Trabalhador

Como dito alhures, o Direito do Trabalho surgiu como instrumento garantidor da igualdade substancial entre empregador e empregado (PLÁ RODRIGUES, 2015) a fim de dedicar especial proteção aos trabalhadores, ante sua desigualdade material em relação aos empregadores.

No mesmo sentido, Zangrando acrescenta que “o Direito Individual do Trabalho deve servir como um instrumento de intervenção do Estado na relação jurídica de emprego, promovendo a compensação da desigualdade econômica por meio de uma desigualdade jurídica” (ZANGRANDO, 2013, p. 263).

Nesse viés, vislumbra-se a função protetora do Direito do Trabalho a qual se irradia sobre todas as suas normas e princípios. Assim sendo, o princípio de maior ressonância no direito trabalhista é aquele que prevê o seu conteúdo protetivo, o princípio da proteção do trabalhador, também conhecido por princípio tutelar, tuitivo e a favor (OLIVEIRA, 2009).

Nessa mesma senda, Gênova assevera que:

O princípio da proteção é o princípio basilar, a raiz, a viga mestre, o núcleo do direito do trabalho, sendo que o fundamento da proteção está ligado diretamente com a sua própria existência, pois sem ela não haveria razão de ter uma ciência própria, consolidando normas, doutrinas e jurisprudências próprias. (GÊNOVA, 2009, p. 29).

A partir das premissas acima colocadas, infere-se que o legislador, o intérprete e o aplicador das normas do trabalho têm como principal encargo a proteção do trabalhador. Nesse sentido, ao analisar intimamente o que tal postulado quer salvaguardar, a doutrina dividiu o princípio protetor em outros três, quais sejam: (1) *in dubio, pro operário*; (2) aplicação da norma mais favorável; e (3) aplicação da condição mais benéfica (MOLINA, 2013).

Plá Rodrigues descortina o aludido postulado da seguinte forma:

A regra *in dubio pro operário*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

A regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e

A regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador. (PLÁ RODRIGUES, 2015, p. 107).

Por conseguinte, Ruprecht (1995) evidencia que no caso de dúvida acerca da aplicação do princípio da proteção, o juiz deve inclinar-se para aquela que, realmente, favoreça o trabalhador sem, contudo, criar uma norma nova. Ainda, deve ter em conta que os benefícios jamais poderão ser modificados em prejuízo do trabalhador e por fim, deve se ater às circunstâncias do caso concreto, não as aplicando de modo geral.

A despeito de a maioria da doutrina reconhecer o caráter ternário do princípio da proteção, Delgado (2014) ratifica que tal princípio abrange quase todos os princípios especiais do Direito do Trabalho, não se restringindo, portanto, às três dimensões citadas.

Não obstante o princípio da proteção do trabalhador seja a viga mestra do Direito do Trabalho, imperioso ressaltar que “este princípio não dá direito a fazer qualquer coisa em nome da proteção do trabalhador”, sendo limitada a aplicação do princípio a fim de assegurar a eficaz e adequada aplicação das normas trabalhistas (PLÁ RODRIGUES, 2015, p, 101).

Sendo assim, infere-se que o princípio da proteção apresenta-se como um estandarte para o legislador e para o aplicador do Direito do Trabalho em prol do obreiro com o escopo de evitar que o homem seja aviltado em sua dignidade quando do exercício de seu trabalho, sem, contudo, ser condescendente com favorecimentos alheios a tal objetivo.

4.3.2 – O Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas

Foram conferidas às normas trabalhistas, em sua maioria, o caráter de normas imperativas, ou seja, normas que devem ser cumpridas qualquer que seja a vontade das partes, para que haja seu devido cumprimento e observação.

No bojo das normas imperativas, algumas detêm o caráter de normas de ordem pública, que segundo Moraes Filho são aquelas normas que “o Estado julga imprescindível e

essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral” (MORAES FILHO, 1954, p. 100).

Além disso, pode-se acrescentar à mencionada definição que a norma de ordem pública é aquela que “o Estado considerou melhor excluir a possibilidade de que as partes acordem por decisão própria a regulamentação da sua conduta, de maneira diversa da que tenha estabelecido o legislador” (PLÁ RODRIGUES, 2015, p. 152).

Em razão disso, o Direito do Trabalho apresenta uma diversidade de normas ditas imperativas e de ordem pública as quais buscam cercar o trabalhador com garantias a fim de assegurar sua livre formação e manifestação sem, contudo, excluir sua vontade (PLÁ RODRIGUES, 2015), por isso que se diz que alguns direitos laborais assumem o caráter de indisponíveis e/ou irrenunciáveis.

A limitação parcial da autonomia da vontade, no contexto das relações de trabalho, tem o intuito de se evitar irregularidades e abusos, bem como para assegurar que algumas de suas decisões individuais possam afetar-lhe, mas também a terceiros, a exemplo de “familiares, colegas de profissão, Estado, assistência social, previdência, saúde, desenvolvimento social, lazer, educação, etc” (MOLINA, 2013, p. 165).

Ruprecht citando De La Cueva, ilustra que “(...) a compulsão do Direito do Trabalho, além de ser um benefício para o trabalhador, consiste no *dever imposto aos trabalhadores de exigir o respeito por seus direitos, e é assim porque quem não faz respeitar seu direito, prejudica a classe a que pertence*” (DE LA CUEVA *apud* RUPRECHT, 1995, p. 35).

Molina (2013) acrescenta que, no Brasil, essa limitação tem o escopo de evitar que se estabeleça uma relação contratual em prejuízo ao trabalhador e em desrespeito ao patamar mínimo prescrito pelo legislador. Isso por que a total liberdade permitiria que o obreiro assumisse qualquer avença ante sua condição econômica de inferioridade e sua posição subordinada, do que se presumiria um vício de consentimento do empregado.

Por outro lado, há algumas normas trabalhistas que não são imperativas, são dispositivas, em que as partes só devem cumpri-las caso não tenham estabelecido outra coisa (PLÁ RODRIGUES, 2015).

Acrescenta Sussekind (2004) *apud* Carajelescov (2012) que as normas dispositivas correspondem, em sua maioria, a direitos que podem ser renunciáveis e transacionáveis, desde que não haja vício de consentimento das partes ou sejam desatendidas as respectivas regras para tanto.

Menezes e Borges resumem de modo elucidativo a diferença entre os aludidos tipos de normas, conforme se observa da lição abaixo:

A distinção entre normas imperativas ou cogentes e as supletivas ou dispositivas reside na intensidade dessa obrigatoriedade. As leis imperativas, caracterizadas por comandos inafastáveis, incidem inapelavelmente, não permitindo a alienação, renúncia ou transação do que nela disposto. Essas normas imperativas podem ser ainda de ordem pública quando tutelam interesse público inafastável (salário mínimo, normas de proteção e higiene ao trabalho). As regras dispositivas, em princípio obrigatórias, estão sujeitas, entretanto, à derrogação das partes. Assim, seu objetivo é apenas suprir a vontade dos destinatários se esta não é manifestada expressamente em sentido oposto. (MENEZES; BORGES, 1997, p. 330).

Em síntese, chega-se à ilação que há normas trabalhistas imperativas ou cogentes, as quais não podem ser derogadas e renunciadas por simples manifestação de vontade dos particulares, ressalvadas as hipóteses permitidas pelo sistema jurídico em questão. Assim como, há normas trabalhistas dispositivas ou supletivas, que retratam normas derogáveis, em que as partes podem se manifestar livremente, de acordo com o seu alvedrio.

A diferenciação entre os referidos tipos de normas repercutirá na compreensão do alcance da disponibilidade e da indisponibilidade de um direito, conforme será tratado na próxima subseção.

4.3.3. Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

Preliminarmente, antes de apresentar o conceito de indisponibilidade do direito, faz-se imperioso trazer à colação o significado de direito disponível o qual, segundo Neto, refere-se a um direito “alienável, transmissível, renunciável, transacionável” (NETO, 2005, p. 226).

No mesmo viés, Carmona explicita que:

[...] um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto. (CARMONA, 1998, p. 48).

Por conseguinte, depreende-se que os direitos disponíveis são aqueles em que o seu titular tem a faculdade de dispor deles do modo como bem entender, seja mediante a alienação, transmissão, transação ou renúncia.

No que diz respeito à renúncia, esta se caracteriza pelo abandono ou desistência de algo. Nesse diapasão, Slaib Filho e Carvalho (2003) definem a renúncia como o ato em que o titular de um direito abandona-o ou desiste dele, voluntariamente, de modo voluntário, expressa ou tacitamente.

No mesmo sentido, discorre Plá Rodrigues, ao definir por renúncia o “ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona” (PLÁ RODRIGUES, 2015, p. 142).

Por sua vez, a transação pode ser entendida como o negócio jurídico em que as partes fazem concessões mútuas para se chegar a um acordo, nesse intento “um abandona em parte sua pretensão. Outro abandona parcialmente sua resistência. Trata-se da renúncia parcial ao direito material pretendido e da submissão parcial à pretensão restante” (CALMON, 2015, p. 62).

No entanto, para que o direito possa ser alienado, transmitido, transacionado ou renunciado, faz-se necessário que ele seja suscetível de circulabilidade. Nesse contexto, a maior parte dos direitos disponíveis identifica-se com os direitos patrimoniais os quais se referem aos “direitos suscetíveis de serem avaliados em dinheiro, isto é, aqueles em que é possível atribuir valoração econômica, expressão monetária” (CASSAR, 2016, p. 205).

De outro turno, os direitos indisponíveis correspondem àqueles controlados pelo Estado com o intuito de proteger o interesse público em que se prioriza a tutela do interesse social em detrimento à autonomia da vontade (CASSAR, 2016). Nesse ponto, reside uma classificação doutrinária acerca das razões que conduzem ao reconhecimento de que determinado direito deve ser indisponível. Trata-se da classificação atinente à indisponibilidade material e à indisponibilidade formal.

Takahashi explica que:

A indisponibilidade material indica “a proibição de modificação da titularidade originária do bem jurídico”.

De fato, há bens que são indisponíveis por sua própria natureza ou por força de especial proteção jurídica. São os casos de bens coletivos como o meio ambiente ou de direitos que, embora titularizados por sujeitos específicos, não se submetem à vontade de seu titular para fins de disposição, como é o caso dos direitos da personalidade. (...)

Por sua vez, a indisponibilidade normativa refere-se à qualificação das normas jurídicas, relacionando-se à distinção entre normas cogentes e dispositivas. Há indisponibilidade, nesse segundo sentido, na necessidade de comunicação imediata da prisão de uma pessoa a um juiz competente. Ainda que o detido autorize, não se pode dispor de tal comunicação. (TAKAHASHI, 2015, p. 162).

Sendo assim, algumas normas serão indisponíveis em razão da matéria a que dizem respeito as quais detêm um conteúdo intangível, merecedor da proteção jurídica por natureza, enquanto outros possuirão indisponibilidade formal, que apesar de não condizerem a matérias atinentes ao interesse público, foram eleitas pelo legislador e dele receberam tal característica.

O Direito do Trabalho é composto por muitos direitos indisponíveis, os quais não poderão ser objeto de disposição por seu titular. Nesse sentido, Molina justifica que:

A busca da igualdade material se dava com a necessidade de intervenção estatal para a proteção do trabalhador, havendo a imposição de condições contratuais mínimas, daí porque se construiu a ideia de indisponibilidade dos direitos, pois de nada adiantaria a criação de direitos mínimos se deles o empregado pudesse se despojar como imposição da classe empregadora ou mesmo das circunstanciais e predatórias condições impostas pelo mercado de trabalho. (MOLINA, 2013, p. 163).

Assim, a irrenunciabilidade de direitos trabalhistas se expressa na “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio” (PLÁ RODRIGUES, 2015, p. 142).

Além disso, no que tange à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, Delgado faz remissão à imperatividade das normas que têm por objeto assegurar a livre manifestação do trabalhador frente às pressões de seu empregador, conforme se depreendo do escólio abaixo transcrito:

A indisponibilidade de direitos trabalhistas pelo empregado constitui-se em regra geral no Direito Individual do Trabalho do país, estando subjacente a pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: arts. 9º, 444, 468, CLT. Isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa, geral, no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho. (DELGADO, 2014, p. 216).

Frise-se que a indisponibilidade abrange a ideia de irrenunciabilidade, pois esta estaria, intrinsecamente, ligada àquela. Nesse diapasão, ante a indisponibilidade de alguns

direitos, não pode o trabalhador renunciá-los antecipadamente, visto que se trataria de ato nulo de pleno direito, ressalvados casos excepcionais admitidos em lei ou que a renúncia seja favorável ao trabalhador.

Desse modo, a renúncia de direitos indisponíveis é ato nulo de pleno direito, como leciona Plá Rodrigues:

[...] dada a índole das normas declaradas irrenunciáveis, as renúncias que se fizerem contra as mesmas carecem de todo efeito: são absolutamente ineficazes, ou seja, insanavelmente nulas. A infração a estas normas é, pois, sancionada da maneira mais severa: com a nulidade. Não a mera anulabilidade, mas a nulidade de pleno direito que se deve declarar ainda que o interessado não a solicite. (PLÁ RODRIGUES, 2015, p. 190).

No entanto, é imperioso ter-se presente que parte da doutrina entende que a indisponibilidade pode ser mitigada, existindo direitos com uma indisponibilidade absoluta e outros com indisponibilidade relativa (DELGADO, 2014).

Nessa perspectiva, o célebre autor leciona que:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, 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. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Também será absoluta a indisponibilidade, sob a ótica do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria.

[...]

Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que se passa, ilustrativamente, com a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo *versus* salário variável, por exemplo): essa modalidade salarial pode se alterar, licitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador. As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente). (DELGADO, 2014, p. 214/215).

Plá Rodrigues (2015) e Molina (2013) também entendem que há normas trabalhistas que possuem graus diferentes de indisponibilidade/irrenunciabilidade, adotando-se, para tanto, outra nomenclatura, informam que há as normas, rigidamente, categóricas (a exemplo

daquelas relacionadas à saúde e à incolumidade dos empregados); e, outras, limitadamente, categóricas as quais se referem àquelas que ficam dentro de um espectro de liberdade contratual das partes, desde que haja inequívoca liberdade e as duas vontades sejam equivalentes.

De todo o expandido, nota-se que a indisponibilidade das normas trabalhistas possui extensões e alcances diferenciados, tal característica vai depender do conteúdo da norma, ou melhor, quanto à matéria que versem.

Nesse sentido, veja-se que os estudiosos da área são unânimes em afirmar que são, absolutamente, indisponíveis os direitos atinentes às normas de proteção à saúde e à segurança do trabalhador.

Contudo, a Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) teceu um rol de direitos que sequer poderão ser suprimidos ou reduzidos pela via coletiva, do que se depreende que o legislador estabeleceu um núcleo rígido de direitos que não podem ser transacionados ou renunciados pelo trabalhador ou por seu sindicato representativo.

Por conseguinte, entende-se que os direitos discriminados no art. 611-B da CLT correspondem aos direitos trabalhistas de caráter absolutamente indisponível, conforme abaixo discriminado:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV - salário mínimo;
- V - valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII - salário-família;
- IX - repouso semanal remunerado;
- X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. (BRASIL, 2017)

Importante destacar que, após uma leitura atenta do rol de direitos consignados no art. 611-B da CLT, verifica-se que não são todos os direitos trabalhistas que possuem o *status* de indisponíveis e, portanto não estariam afetos à transação.

Desse modo, infere-se que os demais direitos que possui o trabalhador, tanto os previstos legalmente, quanto os convencionados possuem uma margem de transação. Diz-se margem, porque não se pode olvidar do princípio da proibição da alteração lesiva dos contratos de trabalho o qual se encontra inserto no *caput* art. 468 da CLT, *in verbis*:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, Cassar (2016, p. 211) defende que as transações de direitos só são válidas “quando a própria lei autorizar e quanto àqueles previstos em norma de ordem privada a alteração só poderá ocorrer se não causar prejuízo ao trabalhador, salvo disposição legal” (CASSAR, 2016, p. 211), a aludida autora ainda complementa que:

Diferentes são aqueles direitos criados através do contrato de trabalho, regulamento interno de empresa, convenção ou acordo coletivo, isto é, de forma autônoma e privada, em que impera a vontade dos contratantes. Embora estes direitos privados sejam aqueles concedidos acima do patamar mínimo da lei, a CLT também impõe limites à sua alteração, quando isso representar em prejuízo ao empregado.

Portanto, quando o direito, objeto do ajuste, for privado, a transação será possível, desde que não cause prejuízo direto ou indireto ao trabalhador. O mesmo não se pode dizer quanto à renúncia, que será sempre nula, porque causará prejuízo ao empregado. (CASSAR, 2016, p. 206).

Por sua vez, Delgado (2014) explica que o Direito do Trabalho não impede a supressão de direitos em face do seu não exercício pelo credor trabalhista; desse modo, os institutos da prescrição e da decadência não afrontam o princípio da indisponibilidade.

Não obstante possua o caráter de direito indisponível, essa natureza não se estende, indefinidamente, no tempo, podendo os direitos, assim classificados, serem fulminados pela prescrição ou pela decadência.

Além disso, a despeito de haver grande consenso quanto à indisponibilidade de direitos do trabalhador, uma parcela da doutrina entende que esses direitos são indisponíveis apenas no decorrer da relação de trabalho que, após o seu término ou com a propositura de uma reclamação trabalhista, tais direitos tornam-se disponíveis.

Plá Rodrigues (2015) assevera que se admite a possibilidade de renúncia posterior à vigência do contrato de trabalho, por entender que os direitos transformaram-se em direitos de crédito, o que permite que o trabalhador disponha, livremente, deles mediante renúncias ou transações.

Nesse mesmo sentido, apregoam Cunha e Reis:

Vale lembrar, conquanto os direitos do trabalhador, no curso do contrato do trabalho possuam, em quase sua totalidade, natureza indisponível, não se pode dizer o mesmo quando estabelecido o litígio judicial, repousando a incerteza quanto às parcelas pleiteadas e no próprio desfecho do processo. (CUNHA; REIS, 2016, p. 227).

Corroborar o entendimento acima o esposado por Melo o qual aduz que “após o desfazimento do vínculo empregatício, os direitos decorrentes perdem a proteção da irrenunciabilidade (salvo aqueles de ordem pública) porque se transformam, em geral, em indenização [...]” (MELO, 1999, p. 132).

Além disso, valiosa a observação de Corrêa apud PLÁ RODRIGUES a qual aduz que:

Toda a justificação da indisponibilidade do direito parte de uma presunção legal no sentido de que, enquanto perdura a relação de emprego, pelo fato de se achar subordinado ao empregador e deste, na maioria dos casos, depender economicamente, o empregado se encontra sob coação. Já a situação do empregado que deixou o emprego, cujo contrato, por qualquer motivo, se extinguiu, deve ser considerada de maneira diversa. Pode-se mesmo afirmar que os possíveis créditos que tenha contra seu ex-empregador passaram a integrar seu patrimônio e, como tal, são por ele disponíveis. Rompido o laço que o unia ao patrão, já fora dos limites da autoridade de quem o dirigia e subordinava, não se pode tê-lo, ainda, como um eterno coagido. (CORRÊA apud PLÁ RODRIGUES, 2015, p. 183).

Portanto, para os doutrinadores acima citados, infere-se que os princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas são condicionados ao fato de o empregado estar ou não na relação empregatícia. Dessa forma, se vigente o contrato de trabalho, seus direitos são indisponíveis e irrenunciáveis, caso o contrato seja extinto, seus direitos transformam-se em créditos, possuindo apenas efeitos pecuniários, razão pela qual podem ser derogados, a exceção daqueles de ordem pública.

Por outro lado, há parte da doutrina que entende que o término da relação de emprego não retira dos direitos seu caráter de indisponibilidade, permanecendo, assim, impedidos de ser objeto de renúncia ou transação.

Nessa senda, trilha Barros (2014) que explica que mesmo após a ruptura do contrato o obreiro pode ter a sua manifestação de vontade corrompida por situações relevantes, como o fato de necessitar de recursos financeiros imediatamente. Caso esteja na condição de desemprego, ainda pelo medo de que o processo judicial demore para ser julgado, bem como pela possível necessidade de uma carta de referência do antigo empregador, a fim de facilitar seu retorno ao mercado de trabalho.

Ruprecht aponta que, mesmo após a rescisão contratual, os direitos indisponíveis mantêm essa mesma característica, porquanto “os direitos reconhecidos aos trabalhadores não têm apenas a vida do contrato, mas vão além dele. Aceitar a tese contrária implicaria que se podem renunciar às indenizações por dispensa sem justa causa, uma vez que o contrato não tem mais vigência” (RUPRECHT, 1995, p. 51).

Como visto, a doutrina não é unânime quanto à perda do caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas após a rescisão contratual, ambas as correntes possuem argumentos importantes. Todavia, a prática forense é no sentido de se admitir a transformação do caráter indisponível dos direitos depois da ruptura contratual, como será mais bem demonstrado na subseção 4.4.3.

Essa discussão será retomada no capítulo subsequente o qual tratará do uso da mediação para a solução de conflitos individuais do trabalho.

4.4 FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO NO BRASIL

Como é sabido, o objeto principal de estudo desta pesquisa centra-se no uso da mediação como forma de solução de conflitos individuais do trabalho. No entanto, antes de se fazer a referida análise, faz-se imperioso apresentar as atuais formas de solução desses conflitos no Brasil, acrescentando-se as recentíssimas inovações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017.

4.4.1 Conflitos Individuais do Trabalho

Os conflitos são fenômenos inerentes aos relacionamentos interpessoais, fruto das diferentes perspectivas que cada ser humano tem a respeito dos fatos e circunstâncias da vida.

Assim, sendo o conflito algo natural e corriqueiro das interações humanas, logicamente, que este também surge no ambiente de trabalho, “em decorrência do grande tempo de convivência diária, das diferenças de gerações, de histórias de vida, dentre outros fatores que diferenciam os seres humanos, constitui lugar onde inevitavelmente surgem conflitos” (CANÇADO; PAGANI, 2016, p. 145).

Dessa forma, é possível que haja controvérsias a respeito do modo de se realizar o trabalho, como se relacionar com os colegas, quanto ao respeito às normas da empresa e de hierarquia, como se portar no ambiente laboral, dentre outros. Beltran (1996) define como conflito individual do trabalho aquele que ocorre entre trabalhador e empresário, de caráter singular que tem como matéria ou objeto o reconhecimento de um direito subjetivo.

Além disso, interessante trazer à colação a definição apresentada por Carajescov a qual consigna que:

[...] no campo do direito do trabalho, é possível dizer que o conflito representa um impasse que surge na relação trabalhador *versus* entidade patronal, decorrente dos interesses divergentes de cada uma das partes. Isto porque o trabalhador, enquanto portador da força de trabalho, possui necessidades e interesses distintos daqueles detidos pela entidade patronal, possuidora do capital.

[...]

Equivale a dizer que o conflito individual é aquele que ocorre entre um ou vários trabalhadores e uma ou várias entidades patronais, mas que envolve apenas interesses próprios desses sujeitos, que sempre serão considerados individualmente. Assim, quando houver apenas um trabalhador e uma entidade patronal, o conflito será considerado singular. (CARAJELES COV, 2012, p. 28 e 30).

Outra definição abrangente, agora da lavra de Romita explicita que:

Entende-se por dissídios individuais do trabalho aqueles que estão em jogo interesses concretos de um trabalhador ou de uma pluralidade deles, considerados isoladamente (litisconsórcio), tratando-se sempre de pessoas determinadas. Pressupõem a aplicação da norma a uma controvérsia gerada pela ameaça ou lesão de direito do autor (ou autores). (ROMITA, 2009, p. 919).

A legislação nacional aduz ser o conflito individual do trabalho um sinônimo de dissídio individual do trabalho o qual seria aquele oriundo das relações entre empregados e empregadores, bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços, em atividades reguladas na legislação social, os quais serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, nos termos do art. 643 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943).

Contudo, entende-se que dissídio individual do trabalho diferencia-se de conflito individual do trabalho em um aspecto. Isso porque o conflito torna-se dissídio quando é levado à Justiça do Trabalho em busca de sua solução, do que se depreende que tal expressão também possa ser sinônima de reclamação trabalhista individual ou de ação trabalhista individual.

Nesse trabalho, os estudos irão se restringir à análise dos conflitos individuais do trabalho ocorridos entre empregado e empregador, relacionados ao cumprimento dos direitos trabalhistas e das cláusulas contratuais firmadas entre eles e/ou sindicatos representativos judicializados ou não. Excetuam os conflitos que possam ocorrer entre colegas de trabalho no ambiente laboral que não sejam objeto de responsabilização do empregador.

Ocorre que também existem os conflitos/dissídios coletivos do trabalho os quais podem ser entendidos como aqueles propostos por vários trabalhadores, representados ou não

por sindicatos, que busca dirimir a divergência entre questões laborais específicas entre trabalhadores e empregadores (CARAJELESCOV, 2012).

Ademais, Romita (2009) acrescenta que os conflitos coletivos do trabalho são aqueles que se propõem a buscar a aplicação ou a criação de normas destinadas a atender os interesses de uma categoria profissional, composta por um número indeterminado de pessoas.

No Brasil, a competência para julgar os conflitos individuais do trabalho restringe-se à Justiça do Trabalho, ramo especializado do Judiciário, composto por juízes aplicadores das disposições contidas na legislação material e processual inseridas na CLT e em leis esparsas, referentes a determinadas áreas de atuação profissional.

Os conflitos/dissídios coletivos do trabalho também são dirimidos no âmbito da Justiça do Trabalho, seguindo as prescrições contidas nos artigos 856 a 875 da CLT.

Veja-se que, *a priori*, a resolução de conflitos trabalhistas no Brasil restringia-se apenas aos órgãos estatais, Vasconcelos apresenta uma justificativa para tal fenômeno, conforme se depreende do trecho abaixo colacionado:

O sistema de resolução de conflitos trabalhista brasileiro nasceu de uma concepção negativa acerca do conflito social, visto como algo a ser extirpado da sociedade e da alçada das partes envolvidas, os quais foram institucionalmente absorvidos pelo Estado segundo um modelo monopolístico e autoritário. (VASCONCELOS, 2014, p. 206).

Apesar de a competência para o julgamento ser primazia da Justiça do Trabalho, conflitos individuais e coletivos podem receber tratamento e tentativas de solução consensuada com o auxílio de outras instituições, como se verá adiante.

4.4.2 – A Jurisdição Trabalhista no Brasil

Primeiramente, cumpre registrar que, antes da instalação da Justiça do Trabalho no Brasil, os conflitos trabalhistas eram dirimidos desde o ano de 1932, pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, as quais compunham o Ministério do Trabalho, órgão administrativo do governo federal.

Em 1941, mediante a publicação do Decreto-lei nº 1.237, a Justiça do Trabalho foi instalada no Brasil, no entanto, somente passou a compor o poder judiciário brasileiro no ano de 1946, com a expedição do Decreto-Lei 9.797 de 9 de setembro de 1946.

A Justiça do Trabalho atua na tutela e defesa dos direitos trabalhistas, ao processar e julgar os conflitos atinentes à relação do trabalho, em que se verificam a violação, o inadimplemento ou o adimplemento irregular dos direitos dos trabalhadores por parte dos empregadores.

Especificamente, a competência da Justiça do Trabalho encontra-se disposta no art. 114 da atual Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
II as ações que envolvam exercício do direito de greve;
III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.
§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.
§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (BRASIL, 1988).

Nessa toada, importante ressaltar que a proteção trabalhista da Justiça do Trabalho limita-se ao trabalho subordinado típico da relação de emprego e de outras exceções previstas na legislação, por exemplo, os trabalhadores domésticos, avulsos e rurícolas (OLIVEIRA, 2009).

Anualmente, são propostas milhares de reclamações trabalhistas decorrentes de conflitos individuais do trabalho em que os trabalhadores judicializam o conflito com o intuito de terem reconhecidos seus direitos e pretensões.

O processo trabalhista tem particularidades próprias, uma vez que pretende ser mais informal e simplificado, fato que o diferencia do processo civil. Contudo, o Código de Processo Civil - CPC é aplicado, supletivamente, ao processo do trabalho quando a CLT for omissa em determinado caso, desde que as prescrições dispostas no CPC, não sejam incompatíveis com as normas trabalhistas (art. 769 da CLT; BRASIL, 1943).

Elucidativamente, a fim de facilitar a compreensão, apresenta-se uma pequena síntese do processo trabalhista previsto na CLT: primeiro, o trabalhador, sozinho ou com o auxílio de um advogado ou do sindicato (art. 791) propõe uma reclamação trabalhista, informando os fatos, seus direitos e a causa de pedir. Essa ação será distribuída a uma Vara Trabalhista (art. 788), órgão de primeira instância, ocasião em que será designada uma audiência uma que também pode ser cindida em três momentos distintos, ou melhor, em três audiências, com exceção dos processos em procedimento sumaríssimo (art. 852-C).

Após a primeira tentativa conciliatória, se frustrada, o juiz encaminha o feito para a fase instrutória, a fim de se perscrutar a realidade das alegações trazidas pelas partes. Em seguida, intenta-se nova investida conciliatória, caso esta seja infrutífera, passa-se ao julgamento que se encerra com a emissão de uma sentença (art. 831).

Não satisfeitas com o teor do julgamento proferido pelo juiz de primeira instância, as partes podem recorrer ao respectivo Tribunal Regional do Trabalho, órgão colegiado, de segunda instância (art. 893).

Por último, se descontentes com a decisão proferida em segunda instância, as partes podem recorrer ao Tribunal Superior do Trabalho, desde que atendidos os requisitos previstos nos arts. 894 e 896. Depois de concluída a fase de conhecimento e decidido o mérito da reclamação trabalhista com o respectivo trânsito em julgado, esta retorna para sua Vara de origem para a fase de execução que objetiva a quitação das verbas deferidas judicialmente (art. 876).

Após seguir todo esse caminho, o processo trabalhista pode demorar anos para ter uma resposta definitiva, ou melhor, não mais passível de alteração e, depois disso, mais alguns anos para conseguir a total quitação dos créditos deferidos.

Segundo dados recentes colhidos pelo Tribunal Superior do Trabalho¹², em seu relatório anual “Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2016”, o tempo de solução dos

¹² Informação disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>> Acesso em 18 de setembro de 2017.

conflitos na fase de conhecimento alcança em média 6,5 meses na 1ª Instância e, em torno de 8 meses, na 2ª Instância; enquanto que, na fase de execução, o processo fica, aproximadamente, mais 2 anos e 8 meses para seu encerramento.

Caso a parte tenha recorrido ao TST, o tempo de tramitação nesta Corte atinge em média 1 ano e 6 meses, conforme dados do relatório em apreço, tempo que deve ser acrescido aos supramencionados, caso se queira ter uma noção do período total médio de tramitação que uma reclamação trabalhista possa atingir.

Ainda, segundo o aludido relatório, a Justiça do Trabalho recebeu, apenas no ano de 2016, um total de 3.700.642 de processos novos, sem contar com os processos referentes a anos anteriores que ainda se encontravam em tramitação.

A partir desses dados, é possível compreender algumas das causas para a demora na entrega jurisdicional. Como se pode observar há uma excessiva quantidade de processos/ano, considerando o reduzido número de magistrados do trabalho (3.361) e de servidores (43.210) que a Justiça do Trabalho dispõe para o atendimento da referida demanda, conforme números do aludido relatório.

Além disso, imperioso ressaltar que a quantidade de recursos disponíveis às partes para a impugnação das decisões judiciais também contribuem, sobremaneira, no elastecimento do prazo de tramitação dos processos. Nesse sentido, Robortella destaca que:

Nota-se também uma excessiva sofisticação do direito processual do trabalho, conduzindo a discussões de natureza adjetiva que impedem a apreciação do direito material reivindicado. A leitura dos despachos e acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho bem revela o fetichismo processual que se apossou dos graus superiores de jurisdição. (ROBORTELLA, 1997, p. 72).

Isso significa dizer que, em algumas ocasiões, o direito pleiteado pelo trabalhador sequer é apreciado, caso não preenchidos alguns requisitos processuais, os quais acabam por ser mais importantes que o próprio direito material postulado pela parte.

Todavia, no interior do processo trabalhista, há a possibilidade de as partes intentarem um acordo a partir do uso da técnica autocompositiva denominada conciliação, cujos aspectos serão mais bem explicitados na próxima subseção.

4.4.3 – Conciliação Judicial

A conciliação pode ser o resultado de vários métodos de resolução de conflito, assim como também designa um deles, que possui procedimento e características próprias.

A conciliação pode acontecer a partir de uma autocomposição bilateral das partes, a partir de concessões recíprocas, com natureza de transação (GARCIA, 2014), também pode ser intentada com o auxílio de um terceiro, de um juiz ou de um servidor especializado.

Para Souto Maior (2002), a conciliação é a solução para o conflito aceita pelas partes, diferente do julgamento, em que a solução é imposta pelo juiz ou árbitro. Sendo assim, a conciliação é a solução possível para um litígio em oposição ao julgamento.

Segundo Romita, a conciliação pode ser definida do seguinte modo:

[...] meio de harmonizar os interesses conflitantes das partes, mediante a ação de um terceiro, neutro, que as aproxima e as ajuda a celebrar um acordo. A atuação do conciliador varia segundo as circunstâncias, podendo consistir em apoio a uma ou outra proposta formulada por qualquer das partes, em sugestões, em conselhos que demonstrem a conveniência de compor o litígio, evitando a perpetuação da controvérsia e a necessidade de submetê-la a julgamento pelo juiz estatal. (ROMITA, 2009, p. 920).

Por sua vez, Schiavi complementa que:

A conciliação assemelha-se à transação, mas apresenta suas peculiaridades, pois a conciliação é obtida em juízo, com a presença do juiz ou do conciliador que participa ativamente das tratativas, inclusive fazendo propostas para a solução do conflito. (SCHIAVI, 2014, p.139).

Ainda, valiosa a lição de Delgado:

Conciliação, finalmente, é ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação, embora próxima às figuras anteriores, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de ela se realizar no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada. (DELGADO, 2014, p. 214)

Ao se valer dos conceitos supramencionados, infere-se que a conciliação é uma técnica de solução de conflito, com a presença de um terceiro imparcial, no caso, o

conciliador que ajudará as partes a chegarem a um acordo, apresentando-lhes propostas e sugestões para a solução do problema em litígio.

A CLT não apresenta uma definição a respeito do que se refere à conciliação, no entanto, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT – ao expedir sua Resolução nº 174/2016, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, trouxe, no seu inc. I do seu art. 1º, uma definição atual sobre o instituto em questão:

I – “Conciliação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio (BRASIL, 2016, CSJT).

Veja-se que o supramencionado normativo trouxe como novidade a possibilidade de servidores exercerem a função de conciliador, atividade que sempre ficou adstrita aos juízes trabalhistas.

A despeito disso, importante ressaltar que a tentativa conciliatória sempre foi um requisito peculiar das reclamações trabalhistas, conforme preceitua o art. 764 da CLT, *in verbis*:

Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos a apreciação da justiça do trabalho serão sempre sujeitos a conciliação.

§ 1º - 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.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório. (BRASIL, 1943).

Portanto, sempre coube ao juiz do trabalho envidar esforços em diversas fases processuais, na tentativa de incentivar a composição das partes. Nesse sentido, argumenta Schiavi que:

A Justiça do Trabalho prestigia a conciliação como forma primordial de solução do conflito trabalhista (art. 764 da CLT), a ponto de obrigar o juiz a propor a conciliação em diversos estágios do processo, quais sejam: quando

aberta a audiência, antes da apresentação da contestação (art. 846 da CLT) e após as razões finais das partes. (art. 850 da CLT) (SCHIAVI, 2014, p. 139).

No entanto, as ocasiões de realização de acordo não ficam restritas àquelas da fase de conhecimento, a conciliação pode acontecer em qualquer fase, inclusive se o processo já estiver em execução.

Ressalta-se que o juiz do trabalho sempre foi conciliador, sendo esta atividade típica de sua atuação, por conseguinte, Alckimin relata que:

[...] o juiz trabalhista é conciliador por excelência, desde sempre. Conciliador é aquele que atua ativamente na condução do possível acordo, que interfere, pondera, avalia sobre os princípios em jogo, a legislação aplicável, considera as condições dos litigantes, pesquisa sobre a possibilidade de fraude ou simulação, propõe e pode, até, rejeitar a homologação do pacto, caso prejudicial ao trabalhador ou ao erário, ou contra a lei. Este é, em regra, o juiz do trabalho [...]. (ALCKIMIN, 2016, p.251).

Desse modo, uma boa parte das reclamações trabalhistas é resolvida mediante acordo obtido a partir dessas tentativas de conciliação. Em consulta ao Relatório da Justiça em Números de 2016 (ano-base 2015)¹³, consta a informação de que 25,3% das sentenças foram decisões homologatórias de acordo.

O aludido relatório ainda especifica que os acordos foram mais comuns no 1º grau de jurisdição do que nas fases recursais, e informa que as iniciativas de composição entre as partes têm maior sucesso na fase de conhecimento, do que na fase de execução.

A realização de acordo traz uma série de efeitos benéficos às partes, inclusive no que condiz ao tempo de resolução do processo, uma vez que não se pode recorrer ao que foi estipulado no acordo. Assim, homologada a conciliação o processo é extinto com resolução de mérito e esta solução somente poderá ser atacada por ação rescisória.

Não obstante seja uma excelente técnica para a solução consensuada do conflito, o modo como é conduzida a maior parte das conciliações no âmbito da Justiça do Trabalho tem sido objeto de críticas por vários doutrinadores, os quais entendem que, na maioria das vezes, convencidos pelo magistrado e advogados de que a solução de sua reclamação trabalhista

¹³ Justiça em números. Relatório Analítico. Conselho Nacional da Justiça. Brasília, 2016. In: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2017.

pode demorar anos, os trabalhadores abrem mão de parte de seus créditos para poder receber algumas divisas o mais breve possível. Nesse diapasão, expõe Robortella:

[...] muitos acordos prejudicam os empregados, visto que motivados predominantemente pela expectativa de demora na decisão. Juízes e advogados não se pejam de exaltar as virtudes de acordos rápidos, logo no início da demanda, à custa de pesadas perdas para o empregado, a partir do argumento da excessiva demora na solução, os infinitos recursos, etc. (ROBORTELLA, 1997, p. 71).

No mesmo sentido, Romita defende que “a celebração de ‘acordo’ nos dissídios individuais faz-se, sempre, em detrimento da integral satisfação dos direitos do autor. O reclamante ‘faz acordo’ premido pela necessidade [...] e impelido pelo desejo de rápida solução da controvérsia” (ROMITA, 2009, p. 922).

Ademais, Farias destaca que “muitas empresas preferem arriscar-se a condenações na Justiça do Trabalho a pagar seus débitos trabalhistas na vigência do contrato de trabalho, pois sabem que na Justiça poderão até mesmo obter um vantajoso acordo com parcelamento e redução de encargos” (FARIAS, 2015, p. 119).

Do que fora acima exposto, depreende-se que, apesar de ser uma fase comum no processo trabalhista, a conciliação nem sempre reproduz um acordo justo em relação àquilo que foi pleiteado em juízo, pois acaba por se tornar um ato coercitivo, em que se vislumbra a pressão do magistrado para que não seja necessário proferir uma sentença¹⁴, a pressão do empregador que faz uma oferta singela e a pressão financeira, que faz o empregado abrir mão de parte do que entende ter direito, a fim de receber, imediatamente, um valor econômico, nesse caso alimentar, para não ter que aguardar a longa tramitação processual.

Não obstante isso, observa-se que a simples composição das partes, a partir da estipulação de um valor, para se por fim a um processo. Isso acontece, na maior parte das conciliações, o que demonstra, claramente, que estas não têm o condão de restabelecer a comunicação e o entendimento das partes, muito menos, se propõem a debater se os pleitos procedem e se apresentam outras formas de solução que não seja somente a prestação pecuniária. Por conta disso, Franco e Lima asseveram que na conciliação “não se busca a

¹⁴ Tal afirmação decorre do fato de o Conselho Nacional de Justiça estabelecer metas anuais de produtividade e de conciliação para os juízes, que premidos em cumprir os planos estratégicos da instituição, dão maior ênfase à realização de acordos, o que evitaria a necessidade de o caso ser apreciado detidamente para a prolação de uma sentença.

discussão do mérito, mas a solução do litígio, não do conflito em si” (FRANCO; LIMA, 2017, p. 123).

Na mesma toada, Warat critica o atual modelo de conciliação adotado, como se pode inferir do trecho abaixo:

O conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante ao outro, encerrando-o. Mas o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas. (WARAT, 2001, p. 80).

Isso tudo se atribui ao fato de não se utilizar técnicas adequadas para proceder aos acordos, sobremaneira quanto ao favorecimento do diálogo e da melhoria das relações trabalhistas (FRANCO; LIMA, 2017), porquanto o interesse primordial é se chegar a uma cifra capaz de por fim ao processo.

Esse é um dos motivos que justificam a adoção de uma técnica mais consentânea ao restabelecimento da comunicação entre as partes e a possibilidade de que o consenso encontrado por elas, seja resultado de seu livre e consciente arbítrio, conforme se observa com a o uso da mediação a qual será objeto de estudo no capítulo 5 desta pesquisa.

Todavia, não se descure que, a despeito de eventuais desajustes quanto à aplicação da conciliação na Justiça do Trabalho, o uso de tal instrumento de composição representa um grande passo na construção de uma sociedade que almeja a pacificação social.

4.4.4 Conciliação Extrajudicial

Atualmente, após a edição da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) expandiu-se a possibilidade de as partes tentarem uma conciliação fora do ambiente judicial.

Essa hipótese se restringia apenas à tentativa de conciliação nas Comissões de Conciliação Prévias, previstas no art. 625-A da CLT. Contudo, o legislador passou a permitir que as partes possam buscar a autocomposição por outros meios, ficando submetidas à homologação do acordo entabulado pelo juiz trabalhista.

Por conseguinte, passar-se-á à análise dos referidos institutos.

4.4.4.1 As Comissões de Conciliação Prévia

As Comissões de Conciliação Prévia – CCPs – representam um meio de solução extrajudicial de conflitos trabalhistas criadas para que empregados e empregadores possam dirimir suas avenças no âmbito da própria empresa, de várias empresas ou dos sindicatos.

As referidas comissões encontram-se previstas nos artigos 625-A a 625-H, incluídos na CLT pela Lei nº 9.958/2000. A composição da CCP é formada por representantes dos empregados e dos empregadores, com o objetivo de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho, bem como “propiciar maior celeridade à resolução da lide, sem a burocracia do Poder Judiciário Trabalhista” (SCHIAVI, 2014, p.141).

No entanto, alguns doutrinadores entendem que a natureza jurídica das CCPs é de mediação e não de conciliação, conforme asseveram Sapiência (2017) e Gunther (2016).

A despeito disso, compete aos membros da comissão envidar esforços para a conciliação das partes e, caso estas se componham, lavra-se um termo de conciliação o qual se torna um título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral, salvo quanto às parcelas nele, eventualmente, ressalvadas, conforme parágrafo único do art. 625-E da CLT.

De outro norte, caso infrutífera a conciliação, a CCP fornece uma declaração de tentativa conciliatória frustrada a qual deve ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

Cumprir registrar que à época da sua criação, o legislador intentava que toda demanda de natureza trabalhista fosse submetida, inicialmente, à CCP, quando esta tivesse sido instituída na empresa ou no sindicato da categoria. Todavia, o “STF considerou não obrigatório o rito de passagem por elas ou pelos Núcleos Intersindicais de Conciliação, por ofensa à regra e ao princípio da Constituição de amplo acesso ao Judiciário” (GUNTER, 2016, p. 44). Assim, em interpretação, conforme a Constituição, no julgamento da ADI 2139, o STF decidiu afastar a obrigatoriedade da fase de conciliação prévia que disciplina o art. 625 – D da CLT.

Isso decorreu do fato de que parte da doutrina e da jurisprudência entendia que a passagem pela CCP tratava-se de uma tentativa preliminar, um pressuposto processual ou uma condição da ação, fato que impedia o prosseguimento das ações (consequentemente, do acesso à justiça) caso o autor não tivesse se reportado à CCP, antes de ajuizar sua reclamação trabalhista.

Sendo assim, o STF solucionou a celeuma instalada e assentou o entendimento de que é facultativa a passagem pela CCP.

Gunter (2016) aduz que tal decisão inviabilizou a existência das Comissões de Conciliação Prévia, porque se tornou mera faculdade contida na lei, desinteressante do ponto de vista processual, pois redundaria em revisão da matéria solucionada nas CCPs no âmbito do judiciário trabalhista, em evidente retrabalho para as partes. Com efeito, a partir de então, houve grande redução do número de tentativas de solução extrajudicial dos litígios trabalhistas, assim como muitas CCPs foram desfeitas.

No entanto, não foi apenas isso que desestabilizou a procura pelas CCPs. À época em que eram tidas como fase obrigatória para o ajuizamento da ação trabalhista, observaram-se muitas fraudes no âmbito das CCPs, conforme explicita Toledo no trecho abaixo:

[...] verifica-se, em todo o território nacional, denúncias de irregularidades envolvendo as Comissões de Conciliação Prévia, entre as quais: cobrança de percentual sobre o valor dos acordos realizados; quitação geral dos créditos e não apenas dos valores específicos da conciliação; utilização de símbolos da República para dar efeito de órgão do Poder Judiciário; sonegação fiscal e previdenciária, coação de empregados para celebrar conciliação para percepção de verbas rescisórias; e transformando as Comissões em órgãos de homologação dos títulos rescisórios. (TOLEDO, 2006, p. 61).

Os aludidos fatos repercutem até os dias atuais e fazem com que os trabalhadores fiquem reticentes se a procura pela CCP vai trazer-lhe uma solução acertada e justa de seus dissídios, motivo que faz com que tenham medo e desconfiança nas soluções alternativas e não estatais, razão por que as CCPs “estão virando letra morta pelo desuso” (FARIAS, 2015, p. 107-110).

Por sua vez, Vasconcelos acredita que as denúncias apresentadas contra as CCPs foram, equivocadamente, mensuradas, pois não condiziam com a realidade da maioria das comissões existentes, nestes termos registra que:

[...] a reação conservadora (...) transformou em regra os desvirtuamentos, as distorções e os oportunismos que se ancoraram nas defecções da lei que introduziu a tentativa de conciliação prévia, sem qualquer levantamento ou estudo mais sério de dados ampliativos de ‘amostragem’ (de fraudes e desvios denunciados em algumas práticas). Operou por simples indução a generalização qualificativa do conjunto de todas as demais experiências em curso (...). (VASCONCELOS, 2014, p. 190).

No mesmo sentido, Brito assinala que os “problemas pontuais não tiram o mérito e o valor das Comissões de Conciliação Prévia, que, se constituídas seriamente, são um importante instrumento de pacificação de conflitos trabalhistas” (BRITO, 2010, p. 23).

Sendo assim, valioso ressaltar que o instituto em análise é uma ferramenta à disposição dos trabalhadores e empregadores para a solução autônoma de seus dissídios, que, apesar de ser vista com cautelas, se organizadas e estruturadas com pessoal qualificado e especializado na matéria, fundadas em princípios éticos, as Comissões de Conciliação Prévia podem se tornar um elemento de grande valia para a solução de conflitos individuais do trabalho.

4.4.4.2 – Procedimento de homologação de acordo extrajudicial

Ao ser inserida pela Lei da Reforma Trabalhista, a alínea “f”, do art. 652 e o art. 855-B, da CLT, houve uma inovação no sistema jurisdicional trabalhista, trazendo a possibilidade de as partes buscarem a autocomposição espontaneamente, sem se socorrer do órgão judiciário ou das CCPs, conforme se transcreve abaixo:

Art. 652. Compete às Varas do Trabalho:

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

‘Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.’

‘Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

‘Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

“Art. 876.

Parágrafo único. A Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar. (BRASIL, 2017).

Os aludidos artigos não indicam quais meios podem ser adotados pelas partes, razão pela qual se infere serem possíveis todos os meios permitidos em Direito. Nessa senda,

estariam incluídos os métodos alternativos de solução de conflitos, dentre os quais se insere a mediação, instituto que será estudado no quinto capítulo desta pesquisa.

Por conseguinte, entende-se valorosa a iniciativa do legislador ao permitir que o uso dos métodos consensuais se estendam aos conflitos individuais do trabalho, contudo se entende que deve haver certa cautela nessas homologações judiciais, a fim de verificar se não houve qualquer vício na manifestação de vontade do obreiro ou se este teve seus direitos prejudicados, nesse sentido Calmon explica ser necessário que:

[...] o papel do juiz ao homologar a autocomposição não pode ser meramente cartorário. O juiz é revestido de uma missão constitucional e dela não se afasta, mesmo quando a decisão do conflito não é fruto direto e exclusivo de sua atividade. O juiz deve examinar o acordo à luz das normas vigentes, especialmente daquelas cogentes, que, por sua natureza, não podem ser sacrificadas em prol do interesse privado, ainda que esse interesse seja aparentemente comum a todos os litigantes. Ao juiz cabe a decisão sobre homologar ou não o acordo, pôr fim ou não ao processo. Para tanto, se não deve aprofundar-se no exame da justiça da decisão que lhe é apresentada, ao menos verificará se a vontade das partes foi exercida com a liberdade necessária e se o teor da decisão não fere as normas cogentes. Deve observar, ainda, que em cognição sumária, se as partes se houveram com equidade, pois o evidente desequilíbrio demonstrado nos termos do acordo pode revelar algum vício de vontade, que pode ser constatado de forma direta ou indiretamente, ao se verificar a injustiça latente no pacto celebrado. (CALMON, 2015, p. 68).

A despeito de a composição das partes acontecer fora dos auspícios do Judiciário, o legislador reservou-lhe um papel de fiscal do conteúdo dos acordos, bem como se houve real e livre manifestação da vontade das partes, a fim de verificar se os princípios que regem o Direito do Trabalho não foram aviltados.

Oportuno registrar que, atento à mudança legal, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT – realizou, em 25.10.2017, uma Audiência Pública para discutir a normatização do funcionamento da jurisdição voluntária trabalhista, por tratar-se de inovação na seara trabalhista nacional.

O intuito do referido Conselho é expedir uma Recomendação ou uma Resolução, instituindo parâmetros acerca da atuação dos advogados e dos magistrados e, possivelmente, a respeito dos direitos sobre os quais poderão versar tais acordos.

4.4.5 Arbitragem

Outra novidade advinda com a Reforma Trabalhista de 2017 é a possibilidade de empregados, com determinado patamar remuneratório, poderem solucionar seus conflitos individuais do trabalho por meio da arbitragem. Nesse sentido, dispõe o art. 507 - A, *in verbis*:

Art.507 – A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL, 2017)

O limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS – é definido, anualmente, com observância de determinado índice de reajuste de valores. No ano de 2017, esse limite máximo foi ajustado em R\$ 5.531,31, conforme definido na Portaria nº 8/2017 do Ministério da Fazenda.

Ao se considerar a inovação legislativa a respeito da utilização da arbitragem, tem-se que os empregados que percebam valor superior ao dobro do limite máximo estipulado pelo RGPS poderão assinar cláusula compromissória de arbitragem e ter seus dissídios trabalhistas solucionados em conformidade com as prescrições contidas na Lei nº 9.307/1996.

Denota-se que essa permissão legal deriva da compreensão de que altos empregados encontram-se em condições de menor vulnerabilidade frente ao empregador, com possibilidades de prescindir da jurisdição estatal.

4.4.6 Mediação Judicial

A mediação, técnica autocompositiva estudada no capítulo 2 desta pesquisa, há muito tempo vem sendo utilizada na solução de conflitos coletivos laborais, tanto no âmbito do Ministério do Trabalho, no Ministério Público do Trabalho como da Justiça do Trabalho.

No que diz respeito aos conflitos individuais do trabalho, a mediação foi admitida como meio para seu tratamento a partir da Resolução nº 174 de 05/10/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

O normativo em questão reconhece que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, para a solução e prevenção de litígios, capazes de reduzir a

excessiva judicialização dos conflitos de interesses, bem como a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Ocorre que a mediação somente foi permitida no âmbito judicial, ou seja, a resolução determina que as sessões de mediação devam acontecer na Justiça do Trabalho, conduzidas por servidores ativos ou por magistrados togados, bem como por magistrados e servidores inativos, desde que supervisionados por um magistrado trabalhista.

No entanto, o referido normativo apresenta algumas impropriedades, a exemplo, de ter tratado os institutos da conciliação e da mediação do mesmo modo, como se fossem idênticos e passíveis de serem aplicados, indistintamente, para todos os casos. Todavia, os referidos institutos possuem características distintas, conforme explicitado na seção 3.2 do capítulo 3 e mais bem tratado na subseção 5.2.3 do próximo capítulo.

Além disso, o normativo ficou em silêncio quanto ao tratamento dos casos que envolvam direitos indisponíveis e irrenunciáveis mediante o uso da técnica de mediação, fator que preocupa quem atua na área, pois daí surge o impasse se tal técnica é viável para todos os tipos de lides trabalhistas – conforme será discutido em na seção 5.2 do quinto capítulo desta pesquisa.

Assim, por mais nobre que seja a iniciativa do CSJT de regulamentar novas formas de solução de conflitos trabalhistas, há de se ter em mente que a mudança de entendimento quanto ao uso da mediação nas lides laborais, sem maiores aportes teóricos sobre sua viabilidade e eficácia prática, não prescindia de uma análise das normas do direito do trabalho em contraponto às características da mediação.

Por conseguinte, o uso da mediação, tanto na esfera extrajudicial como na judicial, será objeto de debate no próximo capítulo desta pesquisa.

5 O USO DA MEDIAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO

A mediação, por muito tempo, teve sua aplicação refutada para o tratamento de conflitos individuais do trabalho. Por conseguinte, este capítulo objetiva demonstrar que os argumentos contrários ao seu uso podem ser superados a partir de uma análise mais ampla e atual dos institutos do Direito do Trabalho.

Inicialmente, propõe-se uma discussão a respeito da necessidade de se inserir métodos consensuais para a solução dos conflitos individuais do trabalho a qual vem sendo a tônica das ações de muitos países e instituições, os quais vislumbram, na autocomposição, uma forma mais adequada para o tratamento de conflitos, sobremaneira dos conflitos laborais.

Em seguida, o capítulo apresenta um breve esboço histórico a respeito da institucionalização da mediação no Brasil, como meio de solução de conflitos individuais do trabalho, pela Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, fazendo-se um contraponto ao período em que perdurou o entendimento da sua inaplicabilidade para a solução dos conflitos em apreço.

Ainda, intenta-se realizar uma confrontação aos argumentos contrários à eventual impropriedade do uso da mediação para o tratamento dos referidos conflitos, a fim de apurar o seu real alcance e precisão.

Em remate, empreende-se especial atenção à verificação dos aportes que o instituto da mediação traz consigo, sobremaneira no que toca à concretização de Direitos Humanos e de direitos fundamentais e, igualmente, ao refinamento do senso de justiça e à pacificação social.

5.1 A NECESSÁRIA INCURSÃO DE MÉTODOS CONSENSUAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO

Como explicitado no último capítulo, antes da Reforma Trabalhista de 2017, a solução de conflitos individuais do trabalho no Brasil era de competência exclusiva da justiça trabalhista, com exceções quanto à realização de acordos pré-processuais por meio das Comissões de Conciliação Prévia.

Note-se que o Estado, praticamente, monopolizava essa função de gerir os conflitos laborais de cunho individual. Por conseguinte, Vasconcelos fez uma crítica ao modelo então vigente nos seguintes termos:

A cultura estatocêntrica firmou-se rigidamente também no campo da solução dos conflitos, especialmente no campo das relações de trabalho, no qual estes foram ideologicamente juridicizados para atender ao espírito corporativo com que se instalou a organização do trabalho. Esse estímulo à juridicização e à formalização do conflito trabalhista, individual e coletivo, desestimulou a cultura do diálogo e da autocomposição, tornando a Justiça o único espaço de confrontação de interesses entre as partes, numa perspectiva contenciosa. A participação das partes na composição do conflito em que elas próprias estão envolvidas foi sempre pouco valorizada. (VASCONCELOS, 2014, p. 187).

No entanto, essa velha fórmula de se buscar a solução dos problemas na Justiça há muito vem sendo repensada, porquanto o que se deseja é que a pacificação ocorra no interior dos relacionamentos das empresas e não apenas em fóruns judiciais.

Pastore comunga desse entendimento e assevera que o excesso de regulamentação e de processos modifica o comportamento das empresas e intimida a criação de vínculos formais de emprego, por isso sugere uma mudança no paradigma atual, mas, para que tal intento se concretize, o autor argumenta que:

Isto exige uma mudança de concepção na solução de conflitos trabalhistas. A base do direito do trabalho teria de se deslocar da lei para o contrato, dos tribunais para as mesas de negociação e dos julgamentos para os métodos voluntários de resolução de controvérsias [...]. (PASTORE, 2006, p. 196).

Nessa mesma trilha, importante trazer a conclusão de Vasconcelos, que ao realizar pesquisa no Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista de Patrocínio - MG constatou que:

[...] há um enorme contingente de pendências e conflitos de interesses entre trabalhadores e empresários situados numa zona intermediária, que representa o conjunto daquelas situações em que a espontaneidade das partes não é suficiente para o desencadeamento do entendimento conducente à sua solução. Contudo, tais situações, em regra, não exigem de modo algum a movimentação do aparato estatal com todo o seu rigor formal-burocrático. Basta a presença de um terceiro habilitado para o exercício desta função supletiva de auxiliar as partes na persecução de uma solução satisfatória, consensual e autônoma. (VASCONCELOS, 2014, p. 159).

Diante dos comentários acima, depreende-se ser urgente e necessária a incursão de meios consensuais para a solução dos conflitos, inclusive os trabalhistas, pois a interlocução

das partes proporciona um ambiente favorável para o exercício da autonomia e da cidadania dos envolvidos.

O legislador nacional, atento a tudo isso, percebeu que o uso de meios que possibilitem o consenso, buscando a superação do impasse pela via comunicativa, tem sido muito mais aconselhável e vantajoso (TARTUCE, 2016).

Dessa maneira, introduziu formas consensuais de solução de conflitos individuais do trabalho, com possibilidade de que empregados e empregadores possam solucionar eventuais conflitos, de modo preventivo; assim como, possam adotar o MASC que eles entenderem adequado para uma tentativa de autocomposição.

No que diz respeito à solução preventiva de conflitos, bem como à abertura do diálogo entre patrões e empregados, cumpre revelar que tal prática é fomentada há muito tempo pela Organização Internacional do Trabalho – OIT – quando editou sua Recomendação nº 130 no ano de 1967.

A aludida Recomendação prevê que seja possível ao trabalhador ou seu representante apresentar uma reclamação ou reivindicação no âmbito interno da empresa, sem que sofra alguma reprimenda por isso. Além disso, determina que a empresa deva programar uma política sólida de pessoal com o intuito de respeitar os direitos e interesses dos trabalhadores, cooperando com seus representantes.

Prima-se que a queixa seja resolvida, diretamente, entre o trabalhador e seu empregador imediato, porém a depender do tamanho da empresa e a forma como esta se encontra estruturada, sugere-se que a questão seja examinada em um ou mais níveis superiores da empresa.

Por fim, a Resolução em questão disciplina que a tentativa de solução voluntária dos conflitos trabalhistas, por meio de organismos criados no interior das empresas, não limita o direito de o trabalhador socorrer-se do judiciário trabalhista.

Depreende-se que o legislador brasileiro, ao editar a Lei da Reforma Trabalhista, observou a referida Recomendação ao inserir os arts. 510-A a 510-D na CLT, permitindo, assim, a instalação de uma comissão de representantes dos empregados com vistas a promover o entendimento direto com o empregador, como se verifica do teor do artigo 510 - B, *in verbis*:

Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

I - representar os empregados perante a administração da empresa;

II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

§ 1º As decisões da comissão de representantes dos empregados serão sempre colegiadas, observada a maioria simples.

§ 2º A comissão organizará sua atuação de forma independente. (BRASIL, 2017). (g.n.)

Note-se que a referida comissão tem por escopo a promoção do diálogo e do entendimento a fim de prevenir conflitos no ambiente de trabalho, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais.

Esse espaço, em que os empregados passam a ter voz ativa e a influenciar nas decisões da empresa, é essencial para o estabelecimento de uma convivência harmônica entre empregados e empregadores os quais abrirão caminho para o fortalecimento de uma relação cooperativa e de reconhecimento mútuo.

A possibilidade de acesso às instâncias deliberativas da empresa não permite apenas o cumprimento das normas legais, mas também a correta observância do próprio regulamento e cultura empresariais. Nesse sentido, Silva aduz que nem sempre o trabalhador quer reivindicar uma nova lei, em algumas ocasiões quer apenas ter uma situação pontual atendida, conforme abaixo explicitado:

Muitas vezes para o trabalhador é mais importante uma conquista localizada, como uma boa qualidade de comunicação com o empregador, uma boa distribuição dos serviços ou simplesmente um costume instituído pelo empregador, e não exatamente uma nova lei ou um novo decreto. Então, para que o princípio protetor possa assumir uma dimensão plena para sua realização no direito do trabalho, devemos entendê-lo não somente do ponto de vista da hierarquia dinâmica das leis postas, como também do ponto de vista da prioridade que uma situação vantajosa deve ter sobre uma situação desvantajosa. Daí a expressão conhecida por ‘condição mais benéfica’ a que o trabalhador acessou, por força das lutas sindicais, por força de seus méritos próprios ou por força de concessão espontânea do empregador para assegurar melhores condições de trabalho naquele contexto. (SILVA, 2015, p. 266).

Por conseguinte, revela-se, de extrema importância, a existência de um espaço em que os empregados possam levar suas reivindicações e percepções ao conhecimento da empresa, sem se preocupar com eventuais punições por isso, cancelando-se, assim, um ambiente democrático, porquanto dá voz ao trabalhador e permite sua participação ativa dentro da empresa.

No que tange à possibilidade de as partes buscarem a autocomposição extrajudicialmente, conforme previsão inserta na alínea “f” do art. 652 c/c o art. 855-B, depreende-se que o legislador permitiu o uso de meios alternativos de solução de conflitos para que empregados e empregadores resolvam suas pendências extrajudicialmente, socorrendo-se da Justiça do Trabalho à título de jurisdição voluntária para a homologação do acordo entabulado.

Além disso, permitiu o legislador que os empregados que percebem um patamar remuneratório diferenciado, possam ter seus conflitos solucionados por meio da arbitragem, como disciplinado no art. 507-A da CLT.

Esses fatos são recentes no Brasil, no entanto, cumpre noticiar que, em alguns países, os conflitos individuais do trabalho são solucionados somente pelas vias extrajudiciais, com o uso preponderante da mediação e da arbitragem, assim como há alguns países em que as técnicas judiciais e extrajudiciais coexistem (SOUTO MAIOR, 2002).

Souto Maior (2002) entende ser viável a utilização de MASCs na esfera extrajudicial, contudo sua adoção só é possível se presentes algumas condições fáticas, extraídas da realidade social, e o respeito a alguns princípios jurídicos como o contraditório, a paridade de armas, a ampla defesa e a busca por efetivação dos direitos sociais, para não servir como via de institucionalizar a renúncia de tais direitos.

Como apontado pelo autor supra, a maior preocupação reside na possibilidade que a incursão de meios extrajudiciais facilite a renúncia dos direitos trabalhistas, pois estes são, notadamente, protecionistas, compreendendo a ideia de que o trabalhador é sempre vulnerável e hipossuficiente.

De outro turno, Tupinambá (2013) assevera que apesar da boa intenção, o protecionismo reflete um conjunto de regras obsoletas, em que não se abre espaço para sopesar os valores ante um cenário, atualmente, plural; perdendo, assim, a oportunidade de se estabelecer a isonomia entre as partes no plano do processo do trabalho.

Parece estranho falar em busca por isonomia, entretanto, é importante frisar que o trabalhador contemporâneo, em sua maioria, não se apresenta do mesmo modo que aquele da época em que foi estabelecida a CLT em 1943, não se refere tão somente a empregados com pouco estudo, sem instrução, sem acesso à informação e à representação sindical.

Mesmo se assim não fosse, Vasconcelos elucida que a falta de isonomia das partes não é óbice para a adoção de meios extrajudiciais para a solução de conflitos individuais do trabalho, conforme se verifica no seu comentário abaixo:

A crescente disponibilização de meios não judiciais para a solução de conflitos em diversas áreas das relações sociais em que o direito tutela partes desiguais, como a das relações familiares e escolares, põe sob suspeita os argumentos de oposição à sua introdução no campo das relações do trabalho, com fundamento no princípio da proteção ao trabalhador. (VASCONCELOS, 2014, p. 190).

Assim, não se concebe mais um Direito do Trabalho, extremamente, atrelado à ideia de hipossuficiência do obreiro e que qualquer circunstância, que não legitimada ou fiscalizada pelo Estado, pode por em risco sua dignidade. Aliás, tal postura nem sempre é benéfica e, por isso, deve ser ponderada, uma vez que pode engessar a oportunidade de solucionar situações de modo isonômico.

Em última análise, a fim de coibir possíveis reprimendas e demissões, entende-se necessária a inserção em lei ou nos acordos e convenções coletivas de trabalho que, nos casos de propositura de uma reclamação trabalhista ou de abertura de um procedimento consensual de conflito, o trabalhador não possa ser demitido enquanto pendente a demanda, salvo por justa causa ou por motivo econômico ou financeiro, desde que, robustamente, comprovados.

5.1.1 Novos Atributos dos Trabalhadores Brasileiros

Atualmente¹⁵, há uma série de aspectos que indicam que boa parte dos trabalhadores atingiu novos atributos que os tornam aptos a pugnar por seus direitos frente seu empregador.

Não se nega que existe um grande número de trabalhadores, com pouca instrução e poucas condições de concorrer por melhores empregos, os quais ficam inibidos em lutar por

¹⁵ A palavra "atualmente" refere-se ao momento em que foi realizada esta pesquisa, a qual pode ser delimitada entre os anos de 2015/2017.

condições dignas e justas de trabalho com o receio de perderem seus empregos, no entanto, esse não representa mais o perfil da maioria dos trabalhadores brasileiros.

Por conseguinte, Vasconcelos defende a formação de um novo modelo de solução de conflitos laborais, objetivando que as instituições públicas e representações sindicais pautem suas ações com vistas à realidade, por isso afirma que:

A garantia da efetividade dos direitos sociais somente parece ser possível a partir do comprometimento das instituições do trabalho com novos paradigmas de ação capazes de promover a alteração dos respectivos códigos de conduta e o modo de operar, bem como a adequação da prática jurídica aos contextos de realidade concretamente considerados em sua singularidade e complexidade irrepetíveis. Pressupõe, assim, uma alteração no paradigma do direito e no seu modo de atuação, pelo compartilhamento de sua prática com os seus destinatários e pela sua estreita conexão com a realidade. (VASCONCELOS, 2014, p. 64).

Para delinear parte dessa realidade, trazem-se à colação alguns dados recentes da população brasileira que, conseqüentemente, implicam no perfil dos trabalhadores do país e demonstram sua evolução em relação aos trabalhadores da época em que foi redigida a CLT.

Em consulta a dados oficiais em relatórios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, o Brasil possuía, em 2015, 11% da sua população sem instrução ou com menos de um ano de estudo, por outro lado, 57,6% dos brasileiros possuíam mais de oito anos de estudo. Os números não são satisfatórios, todavia representam um grande avanço se comparados com os dados da década de 1930, em que 62% da população era analfabeta (INEST- IFF)¹⁶.

Atualmente, o Brasil possui 16.491 sindicatos, destes, 5.251 são de empregadores, enquanto 11.240 são de empregados (CAMPOS, 2016). O que, sem embargo, indica que há uma ampla representação sindical das categorias profissionais no país. Sem contar que, quando não se verifica a existência de sindicato próprio, a parte pode recorrer à respectiva federação ou confederação.

Vale rememorar que, desde a publicação da CLT até os dias atuais, houve um aumento das competências dos órgãos protetivos dos trabalhadores, quais sejam, o Ministério do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, assim como da própria Justiça do Trabalho.

¹⁶ Fonte: Instituto de Estudos Estratégicos. Disponível em: <http://www.inest.uff.br/index.php/opinioes/106-opinioao/economia/191-como-o-brasil-se-desenvolveu?showall=&start=1> Acesso em 15.08.2017.

Além disso, tem-se que o acesso à informação alcança a maioria da população a qual tem maior acesso aos meios de comunicação, bem como à legislação trabalhista que se encontra disponível para consulta na internet, em sites oficiais do Estado e/ou relacionados ao direito do trabalho, assim como o trabalhador pode ser orientado acerca de seus direitos em seus sindicatos e associações de classe e nas gerências do Ministério do Trabalho.

Nesse sentido, Pinto assevera que o trabalhador contemporâneo “tem fácil acesso às fontes de informação e é, seguramente, o mais qualificado árbitro das suas conveniências. Ninguém melhor do que ele zelará pelos seus interesses, sobretudo tratando-se de assunto relacionado ao emprego e ao trabalho” (PINTO, 2002, p. cf.).

Por conseguinte, Ruprecht afirma não ser mais possível entender o trabalhador como hipossuficiente ou servil, ou melhor, como “um ser imaturo, cheio de temor reverencial, incapaz, fácil de confundir, é relegá-lo a um plano muito inferior [...] como um débil mental” (RUPRECHT, 1995, p. 37).

Além disso, não se pode mais ter em mente o simples aforismo do embate entre o empregado pobre *versus* o empregador rico, pois não é apenas a condição financeira que importa, houve um incremento no número de variantes que tornou a fórmula do processo trabalhista obsoleta (TUPINAMBÁ, 2013). Por isso, não é razoável aplicar o princípio protetor de forma absoluta, “desconsiderando as circunstâncias concretas dos sujeitos que integram a relação jurídica objeto da análise” (MOLINA, 2013, p. 231).

Há muitas exceções, a exemplo, dos trabalhadores qualificados e especializados que por “sua condição personalíssima de habilitação profissional permite-lhes a negociação com o tomador dos serviços, num patamar mais confortável, com o efetivo exercício da liberdade de contratar” (OLIVEIRA, 2009, p. 65), tanto é assim que o legislador permitiu que estes empregados possam firmar cláusula de arbitragem.

Molina sintetiza, com clareza, essas circunstâncias que redundam em novas características dos trabalhadores atuais, que ante a modernidade já possuem, em sua maioria, capacidade de negociar suas condições de trabalho e de reivindicar seus direitos:

A figura do empregado também se transformou, com diversas espécies de altos empregados, executivos, atletas profissionais de alto nível, profissionais liberais, parassubordinados, trabalhadores técnicos, tecnológicos e, ainda em grande maioria, os braçais e os trabalhadores com pouca instrução formal. Alguns deles, ainda que em minoria, com condições de negociar suas próprias cláusulas contratuais.

O reflexo dessa complexidade da pós-modernidade são as diversas formas nas relações de trabalho, como o empregado na sede da empresa, o teletrabalho, o

trabalho em domicílio (home-office), o trabalho a tempo parcial, terceirização, trabalho temporário, representação comercial, entre tantas outras modalidades de prestação de serviços, subordinados ou não, que pela limitação legislativa de vários países, como o Brasil, devem ser recolhidas pelo mesmo modelo padrão de contrato de emprego. Em exemplificação metafórica, é como vestir a diversidade cultural e física das pessoas com a mesma roupa padrão, uniformizando-as, ao invés de confeccionar vestimentas adequadas a cada uma delas, explorando as potencialidades pessoais, em atividade de alta-costura, respeitando as suas características próprias e a sua dignidade humana, individualmente consideradas. O modelo estático do período de confirmação do Direito do Trabalho, grande indústria – empregado incapaz, relação subordinada típica, fotografado pela CLT e pela doutrina nacional clássica, não é mais satisfatório. Se o objetivo principal do Direito do Trabalho é equiparar juridicamente as desigualdades fáticas, é impositivo que, quanto mais faticamente as partes se igualem, como no caso dos altos empregados, atletas e intelectuais, menor deve ser a interveniência estatal, estimulando-se a liberdade e a negociação coletiva, atitudes vedadas pelo direito positivo nacional, em grande medida (artigos 444 e 468 da CLT), pois retratou a figura do empregado como aquele geneticamente incapaz de negociar. (MOLINA, 2013, p. 154-155).

Consequentemente, defende-se uma maior abertura do Direito do Trabalho, a fim de se adequar aos novos reclames da sociedade que requer relações mais equânimes quando possível, deixando o protecionismo apenas para quando as singularidades assim o exigiam.

Note-se que a despeito de a legislação trabalhista ter como princípio basilar a proteção do hipossuficiente (empregado), tal condição não pode ser restritiva a ponto de suprimir a autonomia da vontade entre as partes, princípio este tão importante quanto aquele, que a depender das circunstâncias pode corroborar com a emancipação do trabalhador.

Para evidenciar ainda mais essa situação, traz-se o comentário de Molina no mesmo sentido:

A solução *a priori* é prestigiar a liberdade quanto mais ela seja exercida em condições jurídicas e materiais de igualdade, de forma livre, espontânea e saudável. Nas situações concretas em que as partes não estão em condições de igualdade – e a igualdade vista dentro da relação jurídica em específico e não genericamente como se todo trabalhador não tivesse condições de externar a sua vontade em face do poder do empregador -, o princípio da irrenunciabilidade terá maior eficácia. (MOLINA, 2013, p. 228).

Desse modo, não se afasta a proteção ao trabalhador, apenas se entende que ela seja reforçada quando a situação concreta a exigir, ocasião em que deverão estar à disposição das partes ferramentas e garantias capazes de equilibrá-las no caso de algum impasse.

5.1.2 Mudança Cultural

A cultura brasileira encontra-se muito alicerçada na dependência da figura da autoridade e de hipervalorização da autoridade pública (ALKIMIM, 2016), o que dificulta a aceitação de suportes e comandos advindos de terceiros, sem poder decisório, fora do âmbito das instituições públicas.

Nessa mesma trilha, Robortella complementa que “há mesmo uma descrença em meios não-estatais. É necessário, por isso, trabalhar no plano educativo, para que mecanismos alternativos de composição de conflitos sejam aceitos pela sociedade” (ROBORTELLA, 1997, p. 72).

Dessa forma, os trabalhadores e empregadores não estariam afeitos aos métodos alternativos de solução de conflitos, pois se encontram acostumadas a solucionar suas controvérsias no judiciário, com a presença de uma autoridade estatal. Entretanto, o uso de MASCs vem ganhando espaço nas práticas jurídicas do país, após sua inserção na legislação nacional. Ainda, há de se destacar que as referidas metodologias tornaram-se mais acessíveis e encontram-se em plena expansão.

Acredita-se que, com a popularidade dos métodos, a propaganda acerca de seu acesso e resultados, bem como o incentivo por parte dos operadores do direito, em breve estarão inculcados na cultura da população como metodologias confiáveis e eficientes para a resolução de suas controvérsias.

Por isso, Vasconcelos (2014) afirma que se os procedimentos extrajudiciais primarem pela busca da boa-fé entre as partes e o respeito pelas normas legais, dificilmente, a manifestação de vontade será comprometida por algum vício de consentimento, logo eles passarão a ter legitimidade, espargindo, assim, maior segurança à sociedade.

A partir do momento em que as pessoas passam a ter confiança em determinado instituto e conhecem seus benefícios, esse se torna uma opção interessante para o tratamento de seus conflitos, capaz de, com o passar do tempo, reverter-se em sua primeira opção, visto que se transformou em algo aceito e integrante de uma nova cultura de diálogo para a solução de conflitos.

Uma vez que o objeto central deste estudo é a possibilidade do uso da mediação para o tratamento de conflitos individuais do trabalho, essa discussão se concentrará na análise deste instituto na próxima seção.

5.2 A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

As relações do trabalho não são instantâneas e impessoais, pelo contrário, são relações duradouras que exigem, salvo algumas exceções, a convivência diária com patrões e colegas de trabalho. Sendo assim, é propício que surjam conflitos entre as personagens desse ambiente laboral, conflitos estes que podem repercutir não apenas no relacionamento entre as partes, mas também na própria realização do trabalho.

Lima e Franco retratam que eventuais dificuldades da boa convivência, em um ambiente de trabalho, podem acarretar prejuízos aos negócios, pois “a sobreposição de poderes, a convivência diária e a remuneração pouco ou mal gerenciadas promovem indisposição e acúmulo de distúrbios emocionais, sendo capazes de comprometer a criatividade e a motivação” (LIMA; FRANCO, 2017, p. 127).

Nesse cenário, a mediação seria a ferramenta apropriada para atuar no tratamento e na solução desses impasses, uma vez que se refere a uma técnica consensual de resolução de conflitos indicada para o tratamento de controvérsias que surgem no interior dos relacionamentos interpessoais. Porquanto, propõe-se restabelecer a comunicação entre as partes e, conseqüentemente, sua convivência harmoniosa.

Dentre os benefícios advindos do uso da mediação, tem-se que, a partir dela, pode-se evitar a escalada do conflito e a quebra dos laços contratuais, fato que traz malefícios para ambas as partes (LIMA; FRANCO, 2017), principalmente, se esse laço contratual diz respeito a um contrato empregatício.

Calsing e Viveiros (2016) acrescentam ser de extrema importância o estímulo ao uso da mediação na esfera trabalhista, visto que o empregado busca a via judicial somente após o término da relação empregatícia. Com a disponibilidade da mediação, abre-se espaço para o diálogo entre empregado e empregador, a caminho de se tentar a manutenção do contrato de trabalho que é um dos princípios do Direito Trabalhista.

Em razão disso, entende-se que a mediação seja a técnica mais adequada a ser utilizada para a solução preventiva de conflitos individuais do trabalho, no interior das empresas ou em câmaras extrajudiciais, bem como para a solução de conflitos já instalados, ocasião em que as partes podem recorrer às esferas de mediação judicial ou extrajudicial.

Tanto é assim, que Souto Maior (2002), em pesquisa na legislação de vários países, constatou que a mediação é, amplamente, utilizada para a solução dos conflitos em análise, como acontece na Alemanha, Inglaterra, Argentina, Austrália, Bélgica, Espanha, Estados

Unidos, França, Polônia e Japão, em que a mediação é instituída por lei ou por instrumentos normativos.

Contudo, no Brasil, a mediação de conflitos individuais do trabalho foi objeto de crítica de parte da doutrina a qual defende que os direitos trabalhistas possuem caráter protetivo e, por isso, são indisponíveis, razão pela qual a mediação ofende a reserva quanto à eventual transação ou renúncia desses direitos, em decorrência do princípio protetivo que busca preservar o trabalhador de possíveis desvantagens e prejuízos em uma negociação entre as partes.

Para Alkimim (2016), a mediação nas lides trabalhistas resultaria na quitação plena dos contratos individuais, fazendo com que o princípio da proteção, a garantia de irrenunciabilidade e os direitos indisponíveis caíssem por terra. Calsing e Viveiros explicitam que:

[...] divergentes são os posicionamentos acerca da possibilidade de se transacionar direitos trabalhistas e, portanto, de se aplicar métodos autocompositivos para a solução dos conflitos. Isso porque existem princípios específicos que regem a relação empregado/empregador. Citem-se, como exemplos, os princípios da indisponibilidade dos direitos, na medida em que as normas trabalhistas são de ordem pública, e o da proteção do trabalhador, o qual é considerado hipossuficiente na relação empregatícia. (CALISING; VIVEIROS, 2016, p. 249).

Por conta disso, quando em trâmite o PL 7169/2014 que deu origem à Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), a Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA – sugeriu uma emenda aditiva ao projeto para que a mediação não fosse aplicada às lides trabalhistas (FINELLI, 2016). Por isso, dispôs o parágrafo único do art. 42 do diploma legal supramencionado que a mediação não seria aplicada no âmbito das relações de trabalho, uma vez que seria necessária a expedição de lei própria para disciplinar tais espécies de conflito.

Nessa toada, considerando a referida exceção, o CNJ alterou a sua Resolução nº 125/2010 em 08.03.2016, informando que editaria uma resolução específica acerca da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses da Justiça do Trabalho, conforme art. 18-B daquela Resolução¹⁷.

¹⁷ Art. 18-B. O CNJ editará resolução específica dispondo sobre a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses da Justiça do Trabalho. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

Desse modo, as disposições e avanços a respeito dos métodos consensuais disciplinados na Resolução CNJ nº 125/2010, no NCPC e na Lei de Mediação não seriam aplicáveis aos conflitos trabalhistas, porquanto esta matéria seria objeto de regulamentação própria. Carvalho justifica essa posição da seguinte forma:

A motivação do legislador para não incluir a mediação nas relações de trabalho, está centrada, talvez, na indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a dificuldade de inserir a figura do mediador dentro da estrutura da Justiça do Trabalho, pois o Juiz, em muitas ocasiões, já incorpora este papel, ou pelo menos, utiliza de suas práticas. (CARVALHO, 2016, p. 229).

Nesse contexto de dúvida e dissenso, o CNJ abriu uma consulta pública em maio de 2016, com o intuito de ouvir os operadores do direito quanto à regulamentação da Política Judiciária de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho. A audiência pública realizou-se no dia 26 de junho do mesmo ano, com a participação de juízes e procuradores do trabalho, bem como por associações representativas dos magistrados, procuradores e advogados da área trabalhista.

Entretanto, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT – adiantou-se ao CNJ e resolveu o impasse ao expedir a Resolução nº 174 de 05/10/2016, reconhecendo que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, para a solução e prevenção de litígios, capazes de reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, bem como a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

A Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT – foi publicada no dia 05 de outubro do mesmo ano, tal resolução tornou-se o primeiro referencial normativo que permite o uso da mediação em conflitos individuais do trabalho.

Não obstante a Resolução supramencionada permita apenas o uso da mediação no âmbito judicial, entende-se que a partir da inserção da alínea “F” ao art. 652 da CLT pela Reforma Trabalhista, seja possível a adoção da mediação extrajudicial para a solução de conflitos individuais do trabalho, desde que seus acordos sejam homologados na Justiça do Trabalho.

Assim, mesmo que o uso da mediação tenha recebido recente chancela legal no ordenamento jurídico, ainda se faz necessário realizar uma análise mais ampla sobre o tema a fim de verificar se existem eventuais impropriedade e limitações da mediação para o tratamento de todo e qualquer conflito individual do trabalho.

Sendo assim, passa-se à confrontação dos argumentos contrários à eventual impropriedade da mediação para o tratamento dos referidos conflitos.

5.2.1 Implicações do uso da mediação quanto ao princípio da proteção

Como é cediço, o Direito do Trabalho encontra-se alicerçado no princípio da proteção do trabalhador. Dessa forma, como harmonizar o uso da mediação em lides em que uma das partes é hipossuficiente, como no caso dos trabalhadores?

O assunto em voga já foi objeto de apreço na subseção 4.1.1, em que se observou que grande parte dos trabalhadores brasileiros dispõe, contemporaneamente, de novos atributos que os tornam capazes de entender e lutar por seus direitos.

A despeito disso, cumpre repisar que não existe uma isonomia perfeita em qualquer relação humana que se estabeleça, porquanto os seres humanos são únicos e irrepetíveis, e sua maneira de se relacionar pode dar ensejo a polaridades de todos os tipos. Atrelado a isso, tem-se uma série de fatores culturais, de gênero, financeiros, educacionais e sociais que implicam no desnivelamento da balança para uma das partes da relação.

No entanto, isso não impede que, em dadas circunstâncias e mediante o uso de técnicas adequadas, as partes se sobreponham a eventual posição e possam tratar de seus interesses com paridade.

Freitas Júnior assevera que “se relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportassem intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta” (FREITAS JÚNIOR, 2008, p. 28). Acrescenta o autor que, em casos assim, a intervenção do mediador é que vai proporcionar o equilíbrio das partes, a partir do empoderamento daquela que se encontra numa posição desfavorecida.

No mesmo sentido, Calsin e Viveiros asseveram que “o mediador que for atuar na seara trabalhista deverá ter um nível de sensibilidade apurado para guiar a sessão de maneira que ambas as partes se sintam o mais confortável possível, adotando técnicas que facilitem o pleno diálogo e afastando possíveis intimidações” (CALVIN; VIVEIROS, 2016, p. 251).

Diante dessas ponderações, é possível concluir que eventuais desigualdades das partes podem ser superadas no processo mediacional, pois este é composto de técnicas e ferramentas hábeis para despolarizar as relações e imprimir um viés horizontal ao diálogo entre os mediandos, a exemplo, das técnicas de despolarização das partes, de empoderamento e de inversão de papéis.

Nesse panorama, é que se vislumbram os efeitos concretos que as práticas mediacionais produzem, refletindo-se numa prática cidadã que permite o empoderamento das partes (mediandas) de modo que elas decidam com igualdade, protagonismo e autonomia os rumos da controvérsia em questão.

Contudo, mostra-se pertinente fazer um alerta, pois para que se atinjam as vantagens provindas da mediação, imperioso a disponibilidade de tempo e cuidado, porque as sessões de mediação precisam ter uma duração razoável para a oitiva das duas partes, com a possibilidade de serem marcadas quantas sessões sejam necessárias para o seu entendimento, por meio de um ambiente acolhedor e tranquilo, a fim de propiciar a conversa, a alteridade e a cooperação entre os mediandos.

No que diz respeito à segurança dos acordos firmados entre as partes, sobretudo no que se refere às garantias legais destinadas ao trabalhador, convém lembrar a necessidade de as partes estarem acompanhadas de seus advogados (SAPIÊNCIA, 2017).

A presença dos advogados na sessão de mediação não se restringe apenas à verificação da legalidade e da exequibilidade do acordo entabulado, mas também corrobora com a observância do princípio da decisão informada, fundamental nas sessões mediacionais as quais têm por objetivo que as partes estejam, plenamente, informadas quanto aos seus direitos e ao contexto fático em que estão inseridas, bem como compreendam, perfeitamente, as disposições do acordo, conforme dispõem o inc. II do art. 1º c/c, o inc. V do art. 2º do Anexo III da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, verifica-se que há meios de se resguardar o equilíbrio entre as partes nos processos mediacionais, sem incorrer no risco de que as decisões tomadas em sede de mediação sejam resultado de intimidações arbitrárias, pressões financeiras e temporais capazes de viciar o consentimento do trabalhador.

Contudo, essa preocupação encontra-se salvaguardada com o disposto na alínea “f” do art. 652 da CLT que permite que acordos extrajudiciais passem pelo crivo do juiz do trabalho, um resqúcio do princípio da proteção inserido na Lei da Reforma Trabalhista.

5.2.2 Implicações do uso da mediação quanto aos Princípios da Imperatividade das Normas Trabalhistas e da Indisponibilidade dos Direitos do Trabalho

O Direito do Trabalho apresenta como características sobressalentes a imperatividade de suas normas, bem como a indisponibilidade dos direitos por elas declarados. Contudo, não

são todas as suas normas imperativas e nem todos os direitos individuais do trabalho classificados como indisponíveis.

Por isso, a indisponibilidade foi objeto de estudo no capítulo precedente, em que se constatou que apesar de grande parte dos direitos trabalhistas ser albergada pelo caráter da indisponibilidade, percebeu-se que tal indisponibilidade nem sempre é absoluta, como também pode ser fulminada com a ruptura contratual, bem como pela prescrição ou pela decadência.

Além disso, vislumbrou-se que a indisponibilidade pode advir do caráter material da norma ou ter um caráter apenas formal, ou seja, ser eleita pelo legislador, dependendo do interesse público que se pretenda proteger, assim como se seu exercício possa refletir em outro direito de interesse público.

Contudo, Venturi (2017) argumenta não ser razoável o Estado restringir o pleno exercício dos direitos ditos indisponíveis ao se presumir que estaria tutelando seus titulares e a sociedade ante uma suposta incapacidade de manifestação da livre vontade do titular do direito. Por isso, conclui que o fato de um direito ser considerado indisponível não pode implicar em sua automática inegociabilidade.

Nessa mesma linha, Tartuce explicita que o “tema da indisponibilidade dos direitos já foi tratado como verdadeiro ‘tabu’ impeditivo da celebração de acordos – mas é preciso atentar para não resvalar em preconceitos, dogmas e opiniões sem embasamentos sólidos que limitem a dimensão de tal noção” (TARTUCE, 2016, p. 29).

A simples e irrefletida afirmação de que alguns direitos são indisponíveis pode criar barreiras para a utilização de formas adequadas de tratamento dos conflitos decorrentes do exercício desse direito.

Nesse sentido, SILVA (2004) aponta a possibilidade de se trilhar um caminho mais liberal a respeito da indisponibilidade de direitos, em que seria possível renunciá-los ou transacioná-los como afirmação do seu direito de liberdade, desde que observadas algumas ressalvas e limitações.

Aqui reside um ponto de interesse à presente pesquisa, porquanto o uso da mediação representa o exercício da liberdade expresso na autonomia da vontade das partes que a partir de um diálogo franco, chegam a um consenso a respeito da controvérsia que as desune, pautando-se por uma singular compreensão da justiça derivada da alteridade e reconhecimento de si mesmas e do outro. A partir dessa afirmação de vontades, é que tais

direitos podem tornar-se mais efetivos do que a necessidade de que sejam adjudicados ao Estado.

Nessa senda, Venturi (2017) afirma que o excesso de zelo por direitos indisponíveis e sua necessária adjudicação ao Estado podem frustrar sua proteção e concretização, por isso suscita que tais direitos devam ser reavaliados de acordo com o contexto histórico, espacial e social. Desse modo, a melhor forma de tutelá-los, adequadamente, seria analisar caso a caso, bem como verificar se a manifestação de vontade das partes é mais legítima e válida à solução do problema, mesmo que contraposta ao interesse público.

Por conseguinte, o aludido autor conclui que:

É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isso se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização. (VENTURI, 2017, p. 417-418).

Ademais, Martel (2010) consigna que há alguns casos de indisponibilidade que podem representar uma violação de direitos, ou seja, a restrição estatal pode redundar numa violação ao direito geral de liberdade.

Desse modo, faz-se premente verificar se alguns direitos, ditos indisponíveis, se transacionados alcançam maior efetividade e satisfação às partes do que a seu mero encaminhamento ao Estado, pois, em muitos casos, a negociação apresenta-se como meio mais adequado e de maior promoção do direito em apreço do que uma decisão adjudicada a um terceiro alheio aos fatos.

Nesse viés, andou bem o legislador da Reforma Trabalhista ao permitir a solução consensual de conflitos do trabalho, resguardando à atividade judicial apenas a necessidade de os acordos serem apreciados pelo juiz do trabalho, nos termos da alínea “f” do art. 652 da CLT.

Assim, caberá ao magistrado, nessa sua tarefa de homologação de acordo, atentar-se às diversas características do caso concreto e das partes e averiguar se eventual renúncia de tais direitos foi legítima e consciente, representando a real vontade de seu titular, bem como se essa manifestação volitiva sobrepõe-se, em efetividade, quanto à simples restrição legal.

Schimidt defende que as fronteiras dos litígios não são herméticas, pois alguns casos devem ser analisados concretamente, desse modo a autora pontua que a mediação pode ser recomendável para “casos em que há conflitos sobre matérias de discriminação, de justa

causa, de assédio moral, de indenização por danos morais” (SCHIMIDT, 2016, p. 5). Por outro lado, a referida autora também argumenta que tal instituto não seria aplicável aos “conflitos decorrentes de patologias, onde o recurso a um terapeuta seria aconselhável e onde a consciência (e conseqüente responsabilização) do sujeito não é hígida”.

De outro turno, Bastazine explicita que a mediação tem a possibilidade de administrar conflitos envolvendo “direitos de personalidade, questões como a agressão moral, assédio moral e sexual, questões de disputas de cargos e funções, bem como aquelas decorrentes da legitimidade de comando” (BASTAZINE, 2012, p. cf.). Contudo, o autor refuta seu uso para as questões decorrentes da rescisão do contrato de trabalho.

Por sua vez, adotando-se a teoria mais tradicional quanto à impossibilidade de transação dos direitos absolutamente indisponíveis, Calsing e Viveiros asseveram que é preferível que se adote a mediação para a solução dos referidos conflitos, desde que respeitados “os direitos mínimos garantidos por lei ao trabalhador e salvaguardados direitos que visem à proteção da segurança e da saúde do empregado” (CALISING; VIVEIROS, 2016, p. 250).

Note-se que há certo consenso quanto à impossibilidade do uso da mediação para a transação de direitos que digam respeito à saúde e à segurança do trabalhador, por mais que “as condições pessoais do empregado, tais como seu nível cultural, o grau de escolaridade, a atividade profissional exercida, a idade, a experiência no ramo etc” (MATTOS DE NETO, 2002, p. 229), sejam capazes de afastar possíveis intimidações e renúncias.

Com efeito, entende-se não ser possível negociar o uso de Equipamentos de Proteção e Individual ou Coletiva, assim como não se faz razoável ajustar o pagamento de danos materiais decorrentes de acidente ou doença do trabalho.

No que tange às verbas, puramente, rescisórias (saldo de salários, saldo de férias, 13º proporcional, FGTS, eventual aviso prévio indenizado e multa do FGTS), também há de se concordar que não há muito espaço para transacioná-las, devendo ser observados os percentuais e as bases de cálculo definidos em lei para a sua liquidação e pagamento.

Nesse mesmo sentido, deve ser o entendimento quanto aos direitos discriminados, no art. 611-B da CLT, que não podem ser revogados ou suprimidos, devendo o trabalhador recebê-los, ao menos, dentro dos limites mínimos estipulados em lei.

Por fim, independente da teoria adotada, se liberal ou tradicional, percebe-se que são poucas as ressalvas quanto ao uso da mediação, isso porque não se pode perder de vista que as partes devem estar assistidas por advogados e os acordos devem ser homologados

judicialmente, a fim de que o real consentimento das partes e o seu conteúdo sejam sopesados e valorados.

Portanto, concluí-se que não há como defender que a indisponibilidade de direitos trabalhistas seja um motivo que impeça de maneira absoluta o uso da mediação na esfera laboral, mormente, na solução de conflitos individuais do trabalho.

5.2.3 Comparativo entre a Conciliação e a Mediação nos Conflitos Individuais do Trabalho

Alguns doutrinadores dizem ser desnecessária a adoção da mediação para o tratamento de conflitos individuais trabalhistas, uma vez que a Justiça do Trabalho já se utiliza, faz muito tempo, da conciliação para a solução dos referidos conflitos (ALKIMIM, 2016).

A despeito de a conciliação e a mediação serem considerados como institutos sinônimos ou parecidos, isso não é verdade, pois, se analisadas sob a perspectiva legal esposada pelo NCPC e pela Lei de Mediação, denota-se que ambas apresentam diferenças importantes, sobretudo a respeito do alcance social, jurídico e psicológico de seus resultados.

Como dito alhures, a diferença entre a mediação e a conciliação evidencia-se no grau de intervenção do terceiro na solução da controvérsia o qual tem um espaço maior para apontar uma saída às partes; enquanto, na mediação, a participação desse terceiro é mais sutil. Além disso, na conciliação, o interesse principal repousa na solução do conflito apenas sob seu ângulo jurídico; enquanto, a mediação propõe-se a solucionar o conflito de modo abrangente, enfrentando, além da questão jurídica, a sua esfera sociológica (SOARES, 2017).

Aliás, em capítulo anterior, constatou-se que, não obstante os resultados benéficos alcançados pelo uso da conciliação, a exemplo, da celeridade na solução da lide; no pagamento quase que instantâneo dos créditos do obreiro; e, na redução das custas processuais; notou-se que a ausência de técnicas adequadas do referido instituto tornaram-no em um instrumento que nem sempre reproduz um acordo justo em relação àquilo que foi pleiteado em juízo, pois não se busca a discussão do mérito ou do conflito, mas apenas do litígio em si.

Ao se falar em ausência de técnicas adequadas, é importante trazer a lume que em muitas audiências de conciliação, os magistrados repetem a esmo a seguinte pergunta: “Há

possibilidade de acordo?” (ALKIMIM, 2016, p. 245). A depender da resposta das partes, a tentativa conciliatória é encerrada no mesmo instante, sem a utilização de instrumentos que as conduzam a um ajuste amigável.

Caso as partes consentam em iniciar as tratativas de acordo, é comum que este se restrinja à realização de transações quanto ao valor a ser pago ao reclamante, para que a reclamação trabalhista seja encerrada.

De outro turno, a mediação é um método de solução de conflitos vocacionado a restabelecer a comunicação e o entendimento das partes, assim, quando se chega a um acordo por meio do uso da mediação, é comum que haja a solução do conflito jurídico e do sociológico que, muitas vezes, é subjacente ao primeiro e que só vem à tona em um ambiente aberto para o diálogo.

A mediação traz, em si, uma oportunidade de interlocução entre empregado e empregador, a conversa entre as partes enriquece o conteúdo e o resultado da solução por elas alcançada.

Pode parecer utópico abrir espaço para empregados e empregadores dialogarem a respeito de seu relacionamento contratual sob os auspícios da justiça trabalhista, ou mesmo, extrajudicialmente, em um caso de mediação privada, mas isso representa apenas um fator cultural a ser vencido. Porquanto, a tendência é que as relações de trabalho se apoiem nessa interação dialética, como forma de colaboração e equilíbrio (ROBORTELLA, 1997), conforme já é possível observar em países que adotam esse instituto há mais tempo.

Tais intentos poderiam ser atingidos a partir da promoção dos métodos alternativos de solução, sobremaneira da mediação, como instrumento de mudança do espírito competitivo existente na sociedade brasileira com vistas a alternativas de pacificação social. Nesse viés, faz-se necessário incentivar trabalhadores, empregadores e advogados a priorizarem um acordo, pautado pelo diálogo e mútuo entendimento, ao invés de procurar a tutela jurisdicional (FRANCO; LIMA, 2017).

Outro diferencial plausível de análise diz respeito à confidencialidade das tratativas realizadas pelas partes no âmbito judicial.

As audiências de conciliação no processo do trabalho são públicas, o que significa dizer que qualquer interessado pode a elas assisti-las. No entanto, as técnicas da mediação exigem que as audiências sejam privadas, em decorrência do princípio da confidencialidade.

Desse modo, as sessões de mediação só podem ser acompanhadas pelo mediador, pelas partes e por seus advogados, a fim de que os fatos trazidos e narrados, na sessão,

permaneçam sob o sigilo necessário para que os mediandos possam expressar-se, tranquilamente, e trazer à tona informações e sentimentos relacionados ao conteúdo sociológico do conflito.

Na esteira desse raciocínio, depreende-se que a mediação refere-se a uma técnica mais favorável a um diálogo franco e produtivo entre as partes, porque preserva sua intimidade e privacidade.

Assim, aproveita-se o ensejo para colacionar outro exemplo prático apresentado por Freitas Júnior referente ao uso da mediação para tutelar a honra e a dignidade do trabalhador em um caso de assédio moral:

Numa hipotética ocorrência de assédio moral, praticado por um empregado contra outro empregado, na qual emerge a responsabilização da empresa, a possível judicialização da demanda tenderá a induzir a empresa à refutação judicial do Direito. Nesse caso, uma intervenção mediadora eficaz, entre vítima e agressor (esse último não necessariamente agindo por incitação nem com o endosso da alta direção da empresa), poderia, em tese, produzir uma reparação para a vítima pelo agressor que fosse considerada, por ela, de forma e medida satisfatórias. E assim, também, com a vantagem de contribuir para a (re)construção de uma atmosfera harmoniosa para a futura relação intersubjetiva entre ambos, com efeitos proveitosos para aqueles que pertencem ao mesmo ambiente de trabalho, possibilitando a preservação do emprego de ambos e a promoção de uma cultura institucional produtiva e motivadora. E o que é mais importante: sem que o trabalhador-vítima em nenhum momento venha a renunciar à tutela jurídica de sua honra e dignidade, nem tampouco se tenha sujeitado à exposição pública de sua história e de sua dor. (FREITAS JÚNIOR, 2008, p. 30-31).

Outro ponto a ser observado, nessa análise comparativa entre os institutos da conciliação e da mediação, diz respeito à possibilidade de usá-los durante a relação empregatícia ou após o seu término.

É cediço que a maioria das reclamações trabalhistas é proposta após o término da relação empregatícia, por conta disso, criou-se a pecha de a Justiça do Trabalho ser a justiça dos desempregados de acordo com Melo (1999) Robortella (1997), tendo em vista o temor dos obreiros em perder seus empregos caso venham acionar, judicialmente, seus empregadores enquanto estiverem em vigor seus contratos de trabalho.

Ocorre que, ao se realizar os acordos na esfera judicial, há assente liberdade para a renúncia e transação de direitos trabalhistas. Nesse sentido, Melo explicita que:

[...] como é sabido e consabido, o que mais existe nessa justiça especializada é a transação, ou, na linguagem corrente, a realização de acordos que são homologados sem observância rigorosa dos princípios que regem a matéria,

em especial a irrenunciabilidade. De um lado, porque o trabalhador, premido pela necessidade, muitas vezes passando fome, e sabendo da demora sobre a decisão final, não tem outra solução senão aceitar o acordo, quase sempre irrisório. De outro, o juiz, reconhecendo essa cruel realidade, e diante da carga insuportável de trabalho que tem, não se anima a impor perante as partes o rigor da lei. (MELO,1999, p. 133).

Essa postura não deveria ser admitida na esfera da Justiça do Trabalho se houvesse a observância restrita dos postulados do Direito Trabalhista, contudo é franqueada com muito louvor, na prática forense e pela maior parte da doutrina, porquanto acelera a resolução do processo e aumenta o percentual de lides resolvidas, haja vista os direitos perderem seu caráter indisponível depois da ruptura contratual.

Desse modo, não se pode contrapor-se ao uso da mediação, no tratamento de conflitos individuais do trabalho, sob o argumento de que o trabalhador não pode renunciar aos seus direitos, se nos acordos realizados por intermédio da conciliação judicial, há evidente despojamento de direitos com o aval do magistrado do trabalho.

No entanto, não se quer justificar o uso da mediação com base em desacertos praticados nas conciliações trabalhistas, mas apenas elucidar que não se sustenta a pura e simples negação irrefletida do instituto, sem ter em mente a realidade prática dos Fóruns Trabalhistas.

Obviamente, que o que se propugna é que, em qualquer dos casos de acordo, realizados por meio de conciliação ou mediação, faz-se necessário analisar com percuciência o seu conteúdo, a fim de verificar se eles não se tratam de dissimulação de uma ou mais renúncias (PLÁ RODRIGUES, 2015).

Diferentemente, do que acontece com a conciliação que, normalmente, ocorre após o término do contrato de trabalho, a mediação se apresenta como uma alternativa a ser tentada no decorrer da relação contratual, a fim de que as partes possam conversar e solucionar juntas os problemas interacionais que, no dia a dia, surgiram e foram deixados de lado, mas que a partir de um conflito vêm à tona e clamam por solução, antes que o relacionamento tenha que ser rompido.

Nessa perspectiva, importante colacionar o exemplo prático trazido por Calsing e Viveiros, o qual elucidar, com clareza, os efeitos positivos que se atingem a partir de um encontro das partes:

[...] o pedido de indenização por danos morais, no qual, não raras vezes, o só ressarcimento pecuniário não é suficiente para amenizar o abalo sofrido em face de

um assédio moral ou de uma humilhação no ambiente do trabalho. Propiciar meios e métodos para o resgate dos laços rompidos é essencial para a reintrodução do empregado no mercado de trabalho, seja na mesma empresa, seja em estabelecimento distinto. Abre-se, ainda, a possibilidade de o empregador entender as falhas na execução do contrato de trabalho, permitindo-lhe rever a forma de lidar com problemas que se repetem constantemente no ambiente laboral (CALSING; VIVEIROS, 2016, p. 250).

Assim, a mediação pode funcionar como um instrumento educativo e preventivo, porque permite que as partes solucionem qualquer impasse e retomem seu relacionamento no curso do contrato, evitando dispensas e pedidos de demissão.

Nesse sentido, andou bem o NCPC ao permitir no inc. VII do seu art. 319, que a parte opte em sua petição inicial a respeito de qual tipo de audiência pretende passar, se de conciliação ou de mediação, mandamento este que poderia ser agregado ao processo do trabalho.

Diante disso, acredita-se que as partes e seus advogados poderão escolher qual o melhor procedimento a ser adotado em relação ao direito discutido e ao atual estado da relação empregatícia e de seus protagonistas.

Por fim, diante dos esclarecimentos acima, passar-se-á ao estudo das principais vantagens oferecidas pela mediação às partes e à sociedade.

5.3 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E DE REFINAMENTO DO SENSO DE JUSTIÇA

A mediação é uma técnica de tratamento e solução de conflitos de comprovada eficácia, conforme se pode verificar na sua ampla aplicação no direito comparado (ROBORTELLA, 1997). Dentre os benefícios advindos da prática da mediação, Simões e Lelis (2015) destacam suas vantagens quanto à celeridade, à voluntariedade, à efetividade, ao baixo custo e ao sigilo do método em questão.

No mesmo sentido, Sapiência (2017) indica serem a celeridade, a eficácia dos resultados, a redução dos desgastes emocionais das partes e a redução dos custos financeiros os maiores aportes desta técnica consensual.

Contudo, a mediação não representa mais um meio de solução de conflitos com o intuito de aliviar a sobrecarga da jurisdição estatal ou de apenas compor mais uma alternativa de opções às partes para o tratamento de seus impasses. Mais do que isso, a mediação traz

consigo aportes muito maiores e relevantes os quais ecoam na concretização do acervo de direitos das partes, sobremaneira naqueles direitos ditos humanos e fundamentais, tão caros para a pessoa e para a sociedade.

Ademais, também se verifica um contributo da mediação à dimensão social do desenvolvimento sustentável, dimensão esta que preza pela persecução do equilíbrio da sociedade e da humanização das relações, que levariam à inclusão social e ao respeito à dignidade humana dos seus agentes.

Nesse viés, traz-se na próxima seção uma breve apresentação dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, a fim de corroborar com um dos escopos da presente pesquisa no que pertine à demonstração de como a mediação se apresenta como instrumento de concretização dos direitos em apreço.

Em seguida, discorrer-se-á acerca da análise de como a mediação incide sobre a pacificação social, ressaltando o potencial desse procedimento, a fim de transformar e refinar o senso de justiça individual e socialmente.

5.3.1 Dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Os Direitos Humanos representam os ideais e pretensões para se alcançar a quimérica realização humana, em que todos os homens seriam livres, dignos e iguais entre si.

Esses ideais levaram muito tempo para serem amadurecidos e acalentados pela maioria dos povos e nações ao redor do mundo, mas se fizeram prementes depois das catástrofes acontecidas na 2ª Guerra Mundial, em que, por iniciativa da Organização das Nações Unidas – ONU – em 1948, alguns países editaram em conjunto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, carta que propugna pelo reconhecimento e proteção da dignidade de todos os homens e mulheres.

Apesar da pretensão de serem universais, os Direitos Humanos ainda são objeto de dissenso ao redor do mundo. Um dos primeiros entraves ao consenso esbarra-se na sua própria definição, haja vista tratar-se de uma expressão ampla e plurissignificativa. Contudo, a despeito das inúmeras tentativas de se condensar o conceito dos Direitos Humanos, adequada é a definição de Marconi Pequeno quando afirma que:

Direitos Humanos são aqueles princípios e valores que permitem a uma pessoa afirmar sua condição humana e participar plenamente da vida. Tais direitos fazem com que o indivíduo possa vivenciar plenamente sua

condição biológica, psicológica, econômica, social, cultural e política. Os Direitos Humanos se aplicam a todos os homens e servem para proteger a pessoa de tudo que possa negar sua condição humana. (MARCONI PEQUENO, 2008, p. 24).

Por sua vez, Mello (2001) identifica os Direitos Humanos “como aquelas reivindicações morais e políticas que, no senso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações de direito, não apenas por amor, graça ou caridade”.

Amartia Sen defende que “os Direitos Humanos são pretensões éticas constitutivamente associadas à importância da liberdade humana” (SEN, 2011, p. 401) os quais podem servir como motivação para muitas atividades e para a mobilização de pessoas e instituições contra a violação de direitos.

Vale ressaltar que o principal fundamento desse arcabouço de direitos é a dignidade humana, atributo, intimamente, associado à pessoa humana, porquanto se refere a uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2004, p. 61).

Immanuel Kant, pensador da era moderna, deixou um legado para a filosofia dos Direitos Humanos ao se reportar à impossibilidade de substituir um homem por outro, ao sobrelevar sua racionalidade em relação aos demais seres vivos, bem como ao vê-lo como ser detentor de autonomia e individualidade. Por conseguinte, apresentou um dos melhores conceitos a respeito do que vem a ser a dignidade humana, conforme se verifica abaixo:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou em confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade? (KANT, 2007).

Sendo assim, tem-se que a dignidade humana relaciona-se à importância da vida humana, considerando a irrepetibilidade dos indivíduos em decorrência da racionalidade e características que lhes são próprias, colocando a vida humana acima de qualquer preço ou negociação.

Tartuce assevera que a dignidade humana representa um princípio jurídico e um imperativo categórico da intangibilidade da vida humana, que suscita “o respeito à integridade física e psíquica do indivíduo, a consideração pelos pressupostos mínimos para o exercício da vida e o respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social” (TARTUCE, 2016A, p. 191).

Portanto, os Direitos Humanos encontram sua origem e fundamento no princípio da dignidade humana, estabelecendo diretrizes para que o ser humano possa dispor e usufruir de condições adequadas para sua existência individual ou em grupo. Nesse sentido, é que os Direitos Humanos dizem respeito a deveres impostos ao Estado, para que este não intervenha em determinadas áreas da vida dos indivíduos, assim como promova condições para o seu livre desenvolvimento.

Ademais, os Direitos Humanos não se restringem apenas a determinações aos Estados, também vinculam as demais instituições privadas e aos particulares, pois representam um parâmetro para as relações sociais, a fim de que o homem não se torne objeto de outro homem.

Por conseguinte, Calil explicita que os Direitos Humanos funcionam como escudo protetor em relação ao Estado, bem como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos” (CALIL, 2012, p. 37).

A partir de tais premissas, vale registrar que os Direitos Humanos são divididos, pela maioria da doutrina, em três gerações de direitos, quais sejam: direitos de primeira geração (direitos civis e políticos); direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) e; direitos de terceira geração (direitos de solidariedade ou fraternidade).

Para corroborar com tais concepções, Urquiza expõe que os Direitos Humanos podem ser assim classificados:

[...] os direitos civis e políticos, como sendo a primeira geração (direito à vida, liberdade, propriedade, segurança pública, entre outros); os direitos da segunda geração, os quais incluem a segurança social, o direito ao trabalho (segurança, salário desemprego, direito de formar sindicatos, etc), direito ao lazer, à proteção do Estado de Bem-Estar Social, educação pública de qualidade, entre outros; quanto aos da terceira geração são aqueles que dizem respeito a uma nova ordem institucional: o direito à paz, ao meio ambiente sadio, direito ao desenvolvimento, entre outros; ou seja, aqueles que se referem às gerações futuras, na tentativa de deixar um mundo e uma sociedade melhores, em vista de uma nova ordem econômica, política e jurídica internacional (URQUIZA, 2014, p. 19-20).

Calil informa que “a influência dos Direitos Humanos nas Constituições promoveu verdadeira revolução na forma de se perceber o Estado e o Direito Público” (CALIL, 2012, p. 32), tal movimento recebeu o nome de constitucionalismo, ocasião em que os Direitos Humanos passaram a ser incluídos nas Constituições de diversos Estados ao redor do mundo.

A partir da inserção de direitos consagrados como Direitos Humanos na principal carta política dos Estados, tais direitos recebem a denominação de direitos fundamentais, o que significa dizer que estes são os Direitos Humanos reconhecidos por cada nação em suas constituições.

Por conseguinte, Serau Júnior identifica-os como “aqueles que se vinculam intrinsecamente à dignidade humana e, ademais, possuem previsão normativa na Constituição de um país ou decorrem da adoção dos Tratados Internacionais” (SERAU JÚNIOR, 2014, p. 136).

No mesmo sentido, Sarlet explicita que, no Brasil, “todos os direitos, tenham eles sido expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da Constituição, ou em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais” (SARLET, 2009, p. 223).

Os direitos fundamentais devem ter prevalência no sistema jurídico do país em que se encontram positivados, tanto é assim que Romita assevera que eles “ocupam uma posição central dentro do ordenamento jurídico e vinculam diretamente, além do poder público, as entidades privadas. São o parâmetro dentro do qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico” (ROMITA, 2009, p. 212).

No Brasil, a Constituição Federal traz em seu bojo uma série de direitos fundamentais os quais devem ser observados por todos, entes públicos e privados, uma vez que a República Federativa do Brasil tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como parte de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos dos seus artigos 1º e 3º (BRASIL, 1988).

No entanto, dada a diversidade de fatores culturais, econômicos, estruturais e políticos, nem sempre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição são materializados no dia a dia das pessoas, havendo, dessa forma, inúmeros empecilhos para a sua concretização. Em que pese tal fato, também há uma diversidade de instrumentos capazes

de tornar os direitos fundamentais concretizáveis, entre os quais se destaca a mediação para a solução de conflitos intersubjetivos, como será exposto na próxima subseção.

5.3.2 A Concretização de Direitos Fundamentais

A partir da leitura dos principais direitos fundamentais contidos na Constituição Federal e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, depreende-se que o processo mediacional pode proporcionar às partes a oportunidade de efetivarem uma série desses direitos.

De início, é fundamental registrar que a fruição do direito à liberdade precede a todos os demais; visto que, ao adotar a mediação para a solução de seus impasses, as partes exercitam a autonomia da vontade e sua autodeterminação, princípios que são decorrência lógica do princípio da liberdade.

A autonomia da vontade ou autonomia privada diz respeito ao exercício livre da vontade do indivíduo o qual pode assumir obrigações e definir negócios jurídicos conforme queira (MORI, 2013). No entanto, tal preceito encontra limitações legais.

A autodeterminação caminha ao lado da autonomia da vontade e corresponde à possibilidade de o indivíduo escolher se pretende fazer ou deixar de fazer algo e como deseja fazê-lo. Na mediação, de acordo com o autor supracitado, esse princípio é concretizado quando as partes estabelecem um acordo de forma voluntária, sem coerções, bem como a decisão por elas tomada seja real e livre de vícios de consentimento (MORI, 2013).

Note-se, portanto, que o princípio da liberdade, direito fundamental de primeira geração, efetiva-se num processo mediacional ao permitir que as partes assumam a responsabilidade pessoal de seus destinos (TARTUCE, 2016).

Nesse panorama, denota-se que a existência do conflito não subtrai das partes seu poder de decisão, porque a mediação apresenta-se como meio de exercício da independência e da autonomia da vontade dos interessados, em que cada qual age de acordo com seu alvedrio, fator de grande relevância para o resultado da lide, porquanto a decisão que vier a ser tomada refletirá seus intentos particulares.

Além disso, sem pretender realizar um levantamento detalhado sobre cada um dos direitos fundamentais beneficiados com o uso da mediação, passa-se a retratar as principais vantagens que tal prática reproduz nos aludidos direitos. Para tanto, deve-se valer-se do que já fora exposto na seção 3.1 atinente ao conceito e modelos de mediação.

O instituto contribui para a materialização da liberdade de expressão, de manifestação e de reunião das partes, pois uma de suas características preponderantes é o fato de reunir os mediandos e estimular o diálogo entre eles, de modo que estes, conversando entre si, expressem seus interesses, seus sentimentos e, assim, encontrem uma solução conjunta para o desconforto que os desuniu.

Ao participar de sessões de mediação, as partes poderão conversar, abertamente, sem receio de terem suas falas expostas ou publicadas, porquanto é característica intrínseca do processo mediacional a confidencialidade dos fatos por elas narrados, aspecto que mantém incólume a vida particular e a intimidade dos mediandos, com proteção ao seu direito de privacidade.

Ainda, ao se associar à liberdade: de expressão, de manifestação e de reunião sobressai o direito à informação, isso porque os traços dialógicos, comunicacional e privado da mediação permitem que os mediandos, ao conversarem, tragam à tona informações subjacentes ao conflito, o que facilita a tomada de uma decisão esclarecida e consciente a respeito da real proporção do problema que enfrentam.

Ademais, destaca-se a contribuição do uso da mediação para a concretude do acesso à justiça, entendendo-se por justiça não apenas o acesso ao Judiciário (WATANABE, 2011), mas também a possibilidade de se alcançar os demais direitos a partir de instrumentos hábeis para a discussão de sua legitimidade, não se restringindo tão somente à necessidade de interposição de uma ação judicial. Nesse sentido, dispõem Cappelletti e Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos Direitos Humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

Sendo assim, ao se considerar a diversidade de direitos proclamados na Constituição, a justiça a qual se quer acessar é aquela que permite que todos consigam usufruir, plenamente, desses direitos e, no caso de surgirem óbices para tal, que haja meios de reivindicá-los e solucionar os eventuais conflitos advindos desse paradoxo.

Como consequência, surge a preocupação de que a reivindicação de direitos e a solução de conflitos sejam resolvidos em tempo hábil para que os intentos das partes sejam

alcançados satisfatoriamente. Em razão disso, é que se instituiu o direito à duração razoável do processo, uma vez que a morosidade da prestação jurisdicional implica inúmeros dissabores às partes e neste sentido assevera Theodoro Júnior que “justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 27).

Na contramão da morosidade judicial, o uso de meios alternativos de solução de conflitos, dentre eles a mediação, tem se mostrado mais hábil para a resolução tempestiva das disputas, porquanto se utilizam de metodologias que permitem a assunção ou o deslinde do problema em menor espaço de tempo, fator que contribui positivamente para a efetivação do princípio da duração razoável do processo.

No que diz respeito aos direitos do contraditório e da ampla defesa, importa consignar que estes são alcançados mediante a transparência, o diálogo e a participação imprimidas no procedimento mediacional. Nesse sentido, Calmon explicita que:

O contraditório visto por um ângulo mais amadurecido, não é somente um sistema formal de direitos e deveres, mas sim um sistema de transparência e diálogo, atributos muito mais presentes nos mecanismos para a obtenção da autocomposição do que no processo judicial. Ampla defesa nos mecanismos para a obtenção da autocomposição é participação, muito mais do que apresentação de provas, argumentos e recursos. (CALMON, 2015, p. 162).

Desse modo, denota-se que a mediação contribui para a efetivação da autonomia da vontade, da autodeterminação e dos direitos: de liberdade de expressão, de manifestação, de reunião, de informação, de privacidade, de acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e de duração razoável do processo, dentre outros aspectos que possam refletir de maneira indireta na vida das partes.

5.3.3 Da Pacificação Social

No Brasil, ainda persiste “uma enorme cultura de litigiosidade, pela qual ao primeiro incômodo muitos correm em direção ao Poder Judiciário” (DUARTE, 2016, p. 53), o que faz com que as pessoas deixem de tentar uma solução conjunta e busquem na “Justiça” a resposta que irá definir quem estava correto.

Ocorre que, no contexto de um processo judicial, em que o Estado assume o papel de julgador das lides a ele encaminhadas, as partes quando se manifestam em juízo o fazem a partir de argumentos categóricos, sem espaço para negociação ou assunção de culpas, apenas

discorrem sobre os pontos superficiais dos conflitos e, na ânsia de terem uma resposta positiva, deixam de ponderar os aspectos subjacentes da lide.

Em face disso, não há como o juiz, responsável por apreciar o litígio, decidir todas as nuances que impedem a solução consensual da causa, porquanto está distante dessas informações. Desse modo, adstrito ao que consta nos autos, o magistrado acaba por decidir apenas aquilo que lhe foi deduzido e o que interpretou dos fatos e provas postos no processo.

Nesse contexto, nem sempre o que o julgador absorveu ou interpretou dos autos condiz com a realidade que permeia as partes litigantes. Essa falta de encaixe entre o pretendido e o julgado pode agravar o embate e, até mesmo, criar novos conflitos entre as partes e/ou terceiros.

Por sua vez, na mediação o foco não é descobrir quem está certo ou errado, quem vencerá ou perderá a disputa, como num jogo de adversários, ao contrário, nessa técnica de composição só há ganhadores. Porquanto, a prioridade está em desarmar a contenda, restabelecer a comunicação e encontrar uma resposta consensuada para o litígio, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Ao se permitir que as partes exponham seus pontos de vista a respeito do problema que as permeia, a mediação abre espaço para a discussão de várias circunstâncias relacionadas aos seus interesses pessoais, informações e interesses estes que somente elas detêm. Essa abertura traz em si uma série de benefícios não apenas para a sua convivência, como também repercute socialmente.

Tanto é assim que a mediação surge “como via alternativa para dar voz às partes e estimular o diálogo entre os diversos atores sociais. É, assim, uma forma de escuta e pacificação social, lastreada no reconhecimento e no respeito às diferenças” (PEREIRA, 2016, p. 17); uma vez que, ao ouvir um ao outro, permitindo a alteridade entre as partes, elas passam a visualizar novas perspectivas para a solução de seu impasse.

Nesse sentido, Pereira expõe que “ao reconhecer sua própria narrativa, o envolvido se conecta com o que lhe é próprio e, dessa forma, as partes se inserem na história, tomando consciência de seus direitos e deveres, identificando e avaliando seus erros, acertos e novas possibilidades” (PEREIRA, 2016, p. 20), o que gera, muitas vezes, resultados mais amplos e satisfatórios.

Lopes assevera que a mediação admite “a dedução de mágoas, de dissensos, de incômodos, mal-estar recíproco, palavras ditas a esmo, porque tudo isso pode romper o ritmo do conflito e direcionar as partes para uma tessitura argumentativa mais conciliatória”

(LOPES, 2016, p. 98), fatores estes, dificilmente, tratados num processo heterocompositivo, em que um terceiro decide a lide.

Por conseguinte, Koury (2016) entende que o uso da mediação é superior à solução jurisdicional, pois representa um avanço civilizatório nas relações interpessoais e sociais, já que suas técnicas trazem em si um efeito pedagógico, a partir do qual as partes visualizam que podem resolver seus próprios problemas sem a intervenção de terceiros, de forma autocompositiva.

Dessa forma, é possível visualizar a vantagem de uma cultura de solução consensuada de conflitos em relação à atual cultura adversarial, fortemente, arraigada na sociedade, por isso Mendonça enfoca que:

A consciência sobre direitos e deveres e a construção de habilidades em comunicação traz em seu bojo um processo implícito de transformação social do grupo. Como consequência natural, o grupo tende a adotar um novo comportamento frente aos problemas comuns e aos conflitos interpessoais, e a transformação pode funcionar como facilitadora da adoção de uma nova abordagem para a solução de problemas e conflitos. (MENDONÇA, 2016, p. 33).

Ademais, a partir do momento em que as partes se comunicam eficientemente e conseguem compor seus interesses de forma pacífica, mais próximo se estará do alcance de coesão social, o que, evidentemente, redundará em pacificação social e harmonia entre as pessoas (TARTUCE, 2016A).

Ressalta-se, entretanto, que a mediação não é uma solução para todos os conflitos, pois existem casos em que “há obstrução total do diálogo, inflexibilidade, desgaste, intolerância ou radicalismo, tal via é inadequada, hipótese em que a ação judicial é imprescindível para ditar a razão” (PEREIRA; MÁXIMO, 2015, p. 238), razão pela qual se deve ponderar seu uso irrestrito.

Em que pese tal fato, evidencia-se que o uso da mediação é muito mais benéfico para o tratamento de uma série de conflitos, porquanto tal metodologia imprime maior autonomia às partes, a fim de que estas possam conversar abertamente, com o auxílio de um terceiro imparcial, que os conduzirá à superação de muitos empecilhos de caráter comunicacional e informacional, ampliando-se sobremaneira o leque de possibilidades de solução do problema ou, ao menos, contribuirá para o arrefecimento do desconforto que as desune.

O restabelecimento da comunicação entre as partes implica em algo muito maior, pois não conduz somente à restauração dos vínculos e dos relacionamentos, mas também

promove meios para a convivência harmônica entre as pessoas, fator que deságua na pacificação e na sustentabilidade social.

5.3.4 Do Refinamento do Senso de Justiça

Outro aporte importante da mediação diz respeito à possibilidade do refinamento do senso de justiça¹⁸ das partes e, conseqüentemente, de toda a sociedade. Assim, para melhor compreensão deste atributo, mostra-se pertinente fazer algumas ponderações do que vem a ser a justiça.

O conceito de justiça mais célebre é aquele disposto no Digesto (compilação de fragmentos de juriconsultos clássicos, proposto pelo Imperador Justiniano I, no século VI d.C.) e atribuído ao juriconsulto Ulpiano (150 – 223 d. C.) o qual consigna que justiça é “dar a cada um o que é seu”.

Não obstante tal conceito seja, largamente, adotado, cumpre salientar que a definição de justiça não é única ou constante, ou melhor, não é engessada, uma vez que varia de uma sociedade para outra, adapta-se às necessidades e culturas locais, assim como sofre transformações ao passo que se modificam as relações interpessoais (SILVA, 2005).

Se o conceito de justiça difere de uma sociedade para outra, no tempo e no espaço, pode-se concluir que tal noção também pode ser diferente de uma pessoa para outra, mesmo que vivam no mesmo grupo e na mesma época, ou tenham passado pela mesma experiência conflituosa. Tal fato conduz à ilação de que a noção ou a concretização da justiça não compreende somente o que é estabelecido pelo grupo, mas também pode ser entendida e delineada a cada indivíduo, dependendo de sua percepção particular.

Por conseguinte, Amartia Sen pontua que “os juízos sobre justiça precisam assumir a tarefa de acomodar vários tipos de razões e considerações avaliatórias” (SEN, 2011, p. 431). Ao se considerar tal característica, nota-se que, no processo mediacional, há o desapego aos taxativos comandos legais, pois não é a legalidade estrita que direciona os valores a serem perseguidos durante a mediação, mas sim a pauta valorativa e os critérios estabelecidos pelas partes (TARTUCE, 2016A).

Nessa perspectiva, Vasconcelos e Gomes defendem que:

¹⁸ A expressão “refinamento do senso de justiça” foi utilizada por Águida Arruda Barbosa (p. VIII) ao apresentar o livro de Fernanda Tartuce, *Mediação nos Conflitos Civis*, 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método; Rio de Janeiro: Forense: 2016.

[...] a mediação não se prende à apuração de direitos, nem à mentalidade jurídica, por isso a solução não obedece aos ditames da lei, mas ao que as partes considerarem por si mesmas coerente e adequado à sua situação específica gerando, portanto, a sua própria e inédita solução. Isso implica a necessidade de desvincular a solução do conflito do quadro de referência jurídico, entregando-a à livre construção das partes. (VASCONCELOS; GOMES, 2016, p. 71).

Do trecho supramencionado, depreende-se que as partes, ao se comporem, podem criar e estabelecer modos de solução dos problemas diferentes dos padrões, juridicamente aplicáveis, o que não importa dizer que são criadas soluções contra a lei, mas soluções que se encaixam ao contexto das partes, que condizem ao que sentem e atendem aos seus anseios particulares por justiça e superação.

Por conseguinte, deflui-se que a mediação contribui para o refinamento do senso de justiça das partes, indo além daquilo que está legislado, adentrando, assim, no interior e nas particularidades de cada um dos mediandos.

Nesse panorama é que se observa a transcendência do que vem a ser justiça, que passa a representar um interesse comum, resultado da alteridade, vislumbrado e desejado pelas partes. Sem a necessidade de ter um único sentido ou de se materializar mediante uma única resposta, a justiça passa a ser uma resposta multifacetada, construída e delineada, cooperativamente, em prol de um bem comum, permitindo que todos se saiam vencedores no final.

Como se pode observar, o uso da mediação para a solução de conflitos favorece as partes em múltiplos aspectos, tanto práticos como o de celeridade e redução de custos, assim como aspectos relacionados à efetividade da solução alcançada, dos resultados advindos dos seus procedimentos que contribuem para a concretização de Direitos Humanos e Fundamentais, atuando, assim, como instrumento de pacificação social e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como idealizado e propugnado na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito é um evento natural da convivência humana, de modo que o seu enfrentamento e possível superação não importam, necessariamente, num efeito negativo. Pelo contrário, a partir de técnicas mais adequadas de solução de conflitos, denota-se que decorrem efeitos positivos na tomada de medidas para a resolução dos litígios, contribuindo, enormemente, para as partes envolvidas e para a sociedade como um todo.

Os referidos efeitos podem ser vislumbrados, na maior parte das vezes, com a adoção da mediação como meio de tratamento de conflitos, porque se trata de uma metodologia que reúne as partes, as quais, intermediadas por um profissional designado mediador, possibilita o restabelecimento da comunicação entre os mediandos; permitindo, assim, que se abra espaço para um diálogo acerca do ponto controvertido que as separa.

No desdobramento das sessões de mediação, as partes passam a ter a possibilidade de exprimir tudo aquilo que envolve o problema em apreço, como suas causas (reais e aparentes), interesses e sentimentos. Tais aspectos permitem a elucidação da controvérsia, pois os mediandos conseguem ter acesso a todas as informações que alimentam a discórdia, bem como logram êxito em observar o papel de cada um na construção e no eventual deslinde do problema, fatos que levam as partes a pensar, cooperativamente, e que as incentiva a deixar posições egoísticas de lado, produzindo uma solução ímpar e consentânea aos seus interesses.

A simples mudança no modo de se tratar um conflito pode propiciar uma diversidade de benefícios a todos os envolvidos e ao seu entorno, isso porque ao se adotar, primordialmente, uma via de autocomposição, as partes demonstram seu interesse em valer-se de sua autonomia e protagonismo para a solução de seus impasses, passando a usufruir seus direitos fundamentais, trazendo-os para perto de si numa posição de reconhecimento daquilo que lhe é próprio.

Essa postura possui grande reflexo no seio da sociedade a qual, esta, passa a contar com a efetiva participação das pessoas que a compõem, porquanto formada por indivíduos conscientes de seus direitos os quais, aqueles, encontram nos mecanismos legais modos para desfrutá-los e reivindicá-los.

Evidencia-se, pois, que o uso da mediação reflete numa prática cidadã que permite o empoderamento das partes (mediandas), de modo que elas decidam com protagonismo e

autonomia os rumos de suas vidas. Isso contribui para o desenvolvimento de um panorama de liberdade, igualdade e solidariedade, uma vez que favorece a fruição dos direitos fundamentais e de tantos outros direitos e deveres que propiciam o fortalecimento de uma sociedade fundada numa cultura de paz e justiça que atua na promoção do bem de todos.

A partir de tal perspectiva, pretendeu-se verificar se a mediação, judicial e extrajudicial, poderia ser adotada para solucionar conflitos individuais do trabalho.

Não obstante as críticas de parte da doutrina que entende por sua inviabilidade, em razão da falta de isonomia entre empregados e empregadores, assim como por causa da imperatividade das normas trabalhistas e da indisponibilidade dos direitos do trabalho, no decorrer desta pesquisa, buscaram-se argumentos jurídicos e sociológicos capazes de elucidar essa questão.

Constatou-se que, de fato, o Direito do Trabalho apresenta uma série de princípios e garantias voltados à proteção do trabalhador, com o intuito de que este possa usufruir de seus direitos, bem como não se tornar vítima de fraudes ou ter seu consentimento viciado ante as pressões que cercam o mundo do trabalho.

Contudo, notou-se que tal sistema protetivo não se justifica para certa parcela de trabalhadores atualmente, porquanto houve grande transformação social e cultural da população trabalhadora.

Contemporaneamente, embora se verifiquem conflitos em que as partes não se encontrem em igualdade jurídica, financeira, intelectual ou outra que possa desequilibrar as forças, metodologias como a mediação trazem consigo instrumentos hábeis para o alcance da isonomia entre as partes no decorrer das tratativas.

Assim, verifica-se que há meios de se resguardar o equilíbrio entre as partes sem incorrer no risco de que as decisões tomadas, em sede de mediação, sejam resultado de intimidações arbitrárias, pressões financeiras e temporais capazes de viciar o consentimento do trabalhador.

A despeito das constatações supra, o uso da mediação não seria aconselhável nos casos em que haja total obstrução do diálogo entre as partes, em que ambas estejam intolerantes a eventual contato.

No que diz respeito à imperatividade das normas trabalhistas e à indisponibilidade dos direitos do trabalho, constatou-se que não são todas as normas imperativas e nem todos os direitos individuais do trabalho classificados como indisponíveis. Ainda, quanto àqueles que

mantêm as aludidas características, observou-se que elas não são absolutas, pois podem ser fulminadas com a ruptura contratual, bem como pela prescrição ou pela decadência.

Outra observação constatada, atinente a uma teoria mais liberal, diz respeito ao fato de que a circunstância de um direito ser considerado indisponível não implica em sua automática inegociabilidade, capaz de impedir a celebração de acordos a seu respeito e, portanto, criar barreiras para a utilização de formas adequadas de tratamento dos conflitos decorrentes do seu exercício.

Essa possibilidade de transacionar e negociar eventual direito indisponível, ao invés de adjudicar seu exercício ao Estado, representa maior avanço civilizatório quanto à emancipação das partes, uma vez que há a afirmação de suas vontades, fator que tornam os direitos mais concretizáveis e efetivos.

Assim, se adotado esse caráter mais liberal acerca dos direitos indisponíveis, caberá ao magistrado, na sua tarefa de homologação de acordo, atentar-se às diversas características do caso concreto e das partes e averiguar se eventual transação de tais direitos foi legítima e consciente, representando a real vontade de seu titular, bem como se essa manifestação volitiva sobrepõe-se em efetividade em relação à simples restrição legal.

De outro turno, aos adeptos da teoria clássica da indisponibilidade de direitos, há os que defendem a proibição do procedimento mediacional para o seu tratamento, nesse caso, devendo-se atentar para as proibições insertas no art. 611- B da CLT, que trata dos direitos que sequer podem ser objeto de convenção coletiva no que tange à sua redução ou supressão.

Além disso, verificou-se que há certo consenso quanto à impossibilidade do uso da mediação para a transação de direitos concernentes à saúde, à segurança do trabalhador e quanto às verbas, puramente, rescisórias (saldo de salários, saldo de férias, 13º proporcional, FGTS, eventual aviso prévio indenizado e multa do FGTS), devendo ser observados os percentuais e as bases de cálculo definidos em lei para a sua liquidação e pagamento.

Assentadas tais premissas, não há como defender que a indisponibilidade de direitos trabalhistas seja um motivo que impeça de maneira absoluta o uso da mediação na esfera laboral, mormente, na solução de conflitos individuais do trabalho, pois são poucas as ressalvas quanto à aplicação do instituto.

Assim, a partir da pesquisa ora desenvolvida, depreende-se que a mediação pode se tornar um meio hábil para o tratamento de controvérsias individuais do trabalho.

No que concerne às vantagens e benefícios que o uso da mediação possa trazer aos empregados e empregadores que vierem a adotá-la como meio de solução de seus conflitos

individuais do trabalho, constatou-se que a mediação: é uma técnica que pode ser utilizada no decorrer do contrato de trabalho e primar pela manutenção do vínculo de emprego; permite o tratamento das questões sociológicas que compõem o conflito; confere um caráter transformativo ao conflito e às partes, capaz de modificar, positivamente, as relações, com o reconhecimento da alteridade e da necessidade de cooperação; conduz à mudança da cultura adversarial para uma cultura de solução pacífica de conflitos; dentre muitas outras.

Ademais, tem-se que o restabelecimento da comunicação entre as partes implica em algo muito maior, pois não conduz somente à restauração e manutenção dos vínculos e dos relacionamentos, mas também promove meios para a convivência harmônica entre as pessoas, fator que deságua na pacificação e na sustentabilidade social, atuando na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como idealizado e propugnado na Constituição Federal.

Como se pode observar, o uso da mediação para a solução de conflitos individuais do trabalho favorece as partes em múltiplos aspectos, tanto práticos como o de celeridade e redução de custos, assim como aspectos relacionados à efetividade da solução alcançada, porquanto os resultados advindos dos seus procedimentos contribuem para a concretização de direitos humanos e fundamentais, a exemplo, dos direitos de: autonomia da vontade e autodeterminação; de acesso à justiça; de liberdade de expressão; de manifestação; de reunião; de informação; de privacidade; do contraditório; da ampla defesa; de duração razoável do processo; dentre outros que estes possam refletir de maneira indireta na vida das partes.

Por fim, não se descarta do fato que a presente questão possa ser objeto de maiores estudos, não apenas teóricos, mas práticos, para que o uso da mediação possa ocorrer de forma adequada e amadurecida. Dentro dessa perspectiva, faz-se imperiosa a troca de informações com áreas de estudo em técnicas de gerenciamento de processo, a fim de se priorizar por práticas viáveis e com resultados efetivos.

Além disso, nada impede que seja realizado um amplo estudo no Direito Comparado, a fim de se verificar a legislação dos países que se utilizam do instituto em análise, a fim de se vislumbrar práticas que possam ser replicadas à nossa cultura local.

Em suma, com o uso e as técnicas da ferramenta supramencionada, acrescidas de estudos em direito comparado, em gerenciamento de processos e com o auxílio de dados atinentes à realidade nacional, acredita-se que seja possível desenvolver modelos de mediação com bons resultados e maior aceitação dos operadores do direito e das partes interessadas.

Portanto, esta pesquisa não encerra sua temática em si, deixando sua contribuição à sociedade, bem como para pesquisas posteriores.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALKIMIM, Gustavo Tadeu. A mediação na justiça do trabalho e o novo código de processo civil: uma impossibilidade. **Revista TST**. Brasília. Vol. 82, nº 3, p. 245-257.jul/set. 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no novo Código de Processo Civil. *In: A mediação no novo Código de Processo Civil*. Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo (Coord.) 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139-156.

ALMEIDA, Renato Rua de. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho – Direitos Fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. LIRA, Fernanda Barreto. D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. A história da formação operária e do sindicalismo brasileiros: da experiência anarquista ao sindicalismo pós-constituente; dos novos movimentos sociais às teorias dos movimentos sociais. *In: Revista de Direito do Trabalho – RDT*. Ano 41, vol. 163, maio-jun de 2015, p. 73-104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO. André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, 10 ed. atual. São Paulo: LTr, 2016.

BASTAZINE, Cleber Alves. **Mediação em relações individuais do trabalho**. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo; 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-13122012-155547/pt-br.php>> Acesso em 20.08.2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 20.08.2017.

BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em 20.08.2017.

BRASIL. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm> Acesso em 20.08.2017.

BRASIL. **Lei 10.259 de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em 20.08.2017.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei 13.129 de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em 20.08.2017.

BRASIL. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015** - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#art44> Acesso em 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei 13.467 de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm> Acesso em 01.10.2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria nº 8 de 13 de janeiro de 2017. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=79662>> Acesso em 01.11.2017.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A autotutela nas relações do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1996.

BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. **Mediação e Arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá**. São Paulo: LTr, 2010.

BRUNIERE, Ariana Regina Storer; PEREIRA, Daniele Prates. A cidadania como fulcro da judicialização da mediação pelo novo CPC (Lei 13.105/2015). **Revista de Processo**. Vol. 267. Ano 42. P. 487-507. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais. prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios.** Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2012.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CALSING, Maria de Assis. VIVEIROS, Carolina C. Salomão Leal de. Mediação e Conciliação: o novo CPC e os conflitos trabalhistas. In: **Revista do TST**, Brasília, vol. 82, nº 2, abr/jun 2016, p. 236 – 258.

CAMPOS, André Gambier. Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo? In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29187&Itemid=406. Acesso em 20.08.2017.

CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. PAGANI, Marcella. O gestor mediador. In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CANEPA, Paula. **Cidades Sustentáveis: o município como lócus da sustentabilidade.** São Paulo: Editora RCS, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPIOTTO, Gabriele Mutti. SAWADA, Taisa Cavalcante. Jurisdição Trabalhista no Direito Comparado. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; Guelfi, Talita. (Org.). **Da forma à função: redescobrir o direito do trabalho por uma perspectiva mais humana.** São Paulo: LTR, 2015, v. , p. 28-44.

CARAJELES COV, Paula Corina Santone. **Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho.** Editora Juruá: Curitiba, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de. Métodos Adequados de Resolução de Conflitos na Justiça do Trabalho. In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho,** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

CAVALCANTI, Fabio Robalinho. **Arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora FGV-Rio, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 2. ed. vol. II. São Paulo: Editora Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Prefácio do prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal. São Paulo, Malheiros, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números. Relatório Analítico e Caderno Infográfico 2016 (ano-base: 2015)**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 20.08.2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em 20.08.2017.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Resolução nº 174 de 05 de outubro de 2016**. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95527>> Acesso em 20.08.2017.

COSTA, Nilton César Antunes da. COSTA, Wilsiene Ramos Gomes da. Questões Mediáveis. **Revista Justiça do Direito**. v. 29, n. 3, p. 188-199, set./dez. 2015

CUNHA, Júlia Gabriela. REIS, Roberta Cerqueira. Repensando o papel da mediação no estado democrático de direito. *In*: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DEMARCH, Juliana. **Mediação: Proposta de implementação no Processo Civil Brasileiro**. 2007. Tese de doutorado para a Faculdade de Direito da USP São Paulo. Disponível em <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/.../MEDIACAO_VERSAO_COMPLETA.pdf> Acesso em 01.10.2017.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo. LTr, 2015.

DUARTE, Bento Herculano. Conflitos de interesse e vantagens da mediação. *In*: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FARIAS, James Magno Araújo. Jurisdição e mediação: a atuação da justiça do trabalho para garantir a proteção dos direitos laborais e a possibilidade de mediação trabalhista no Brasil. **Revista TST**. Brasília, vol. 81, nº 1, p. 107 – 120, jan/mar 2015

FINELLI, Lília Carvalho. Mediação Judicial Trabalhista – Histórico legislativo da exclusão da aplicabilidade da Lei nº 13.140/2015 aos conflitos de trabalho. *In*: SCHIMIDT, Martha

Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FRANCO, Ângela Barbosa. LIMA, Anna Paula Monnerat Carvalho. A eficiência dos métodos de auto e heterocomposição na resolução de dissídios trabalhistas: A importância da mediação no atual cenário jurídico brasileiro. *In: Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 177, ano 43, p. 115-136. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

FREITAS JÚNIOR. Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e relações de trabalho: limites e perspectivas para emprego da mediação. **Revista do Advogado**. Maio 2008, p. 21-34.

_____. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. **Revista do Advogado** - mediação e conciliação, ano XXXIV, N. 123, agosto de 2014, p. 11-18

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Novo Código de processo civil: conciliação e mediação no processo do trabalho. **Revista Síntese – Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, n. 305, p. 20 – 27. Nov. 2014.

GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da Proteção no século XXI**. São Paulo: LTr, 2009.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A aplicabilidade do instituto da mediação aos conflitos trabalhistas. *In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KOURY, Luiz Ronan Neves. Mediação e conciliação no novo Código de Processo Civil – Seus desdobramentos no Direito Processual do Trabalho. *In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOPES, Mônica Sette. Mediação Extrajudicial: o conflito pelo direito e pelo avesso. *In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MACIAS-CHAPULA. Cesar A. **O papel da informetria e da cienciometria e sua perspectiva nacional e internacional** - Trabalho apresentado no Seminário sobre Avaliação da Produção Científica, realizado em São Paulo pelo Projeto SciELO, de 4 a 6 de março de 1998. Traduzido e publicado na Ciência da Informação.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida**. 2010. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação da UERJ. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/5/download/> Acesso em 25.10.2017.

MATTOS DE NETO, Antônio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. **Revista de Processo** – São Paulo, v. 27, n. 106 abr./jun. 2002.

MELO, Raimundo Simão de. A Arbitragem como mais uma alternativa à solução dos conflitos trabalhistas. **Revista Trabalho & Doutrina**. n. 19, p. 129/130. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Élio Braz. Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: modelos de mediação e conciliação. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (Coord.). **Mediação e Direitos Humanos – Temas Atuais e Controvertidos**. São Paulo: LTr, 2014.

MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, v. 7, n. 2, jul/dez 2009. Disponível em: www.santacruz.br/v4/download/revista-academica/13/cap5.pdf. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. **Mediação Comunitária. Uma Ferramenta de Acesso à Justiça?** Rio de Janeiro, 2016 – Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2124/CPDOC2006AngelaHaraBuonomo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, acesso em 22 de abril de 2017.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. BORGES, Leonardo Dias Borges. Juízo arbitral nos dissídios do trabalho – individuais e coletivos, **Revista LTr** n. 61, 1997.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas - A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho**. Atlas. São Paulo – 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

MORAES. Paulo Valério Dal Pai. Noções preliminares. In: **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. Conselho Nacional do Ministério Público, 2ª edição. Brasília: CNMP, 2015.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição!** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MORAES FILHO. Evaristo de. **A natureza jurídica do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, 1954.

MORI, Amaury Haruo. Princípios Gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. In: GUNTHER, Luiz Eduardo. PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (coord.). **Conciliação um caminho para a paz social**. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. DIAS, Ronaldo Mayrink de Castro Garcia. A mediação como instrumento de efetividade e modernização dos meios de solução de conflitos.

In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. História do Direito do Trabalho no Brasil. In: **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho – Homenagem a Armando Casimiro Costa**. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irany. SILVA FILHO, Ives Gandra Martins da (Organizadores). 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011.p. 67 – 149.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

NETTO, Fernando gama de Miranda. SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no NCPC. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109 -119.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re) Pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. LTr: São Paulo, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Página eletrônica oficial da OIT no Brasil, disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>> Acesso em 15.08.2017.

PASSOS, Edésio. **As críticas sobre as comissões de conciliação prévia**. Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/5348-as-criticas-sobre-as-comissoes-de-conciliacao-previa>>. Acesso em: 05.08.2017.

PASTORE, José. **As Mudanças no Mundo do Trabalho - Leituras de Sociologia do Trabalho**. [S1] LTR, 2006

PEQUENO. Marconi. O fundamento dos Direitos Humanos *in* **Direitos Humanos: capacitação de educadores** / Maria de Nazaré Tavares Zenaide, *et al.* – João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2008.

PEREIRA, Rita Andréia Guimarães de Carvalho. Mediação: O eco do vivido e o prelúdio do vir a ser. O papel do instituto em relação aos chamados métodos de resolução de conflitos. In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PEREIRA, Daniella Velloso; MÁXIMO, Maria Flávia Cardoso. Mediação, advocacia e o novo código de processo civil. In: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PINTO, Almir Pazzianoto. As comissões de conciliação: as empresas, os empregados e a justiça saem ganhando. **Gazeta Mercantil**. São Paulo, 11.07.2002. Seção Opinião. P. A3.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2015.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A mediação nos conflitos coletivos e os termos de ajuste de conduta. *In*: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

RAMOS, Eliara Marinho Pontes. DIAS, Ellen Navega. TREVISAN, Maria Cristina Paciléo. VIANNA, Maria Elena Rise de Camargo. WOLFF, Mathias Mendes. **Mediação in company – Trabalho com equipes nas empresas**. São Paulo: Dash Editora, 2016.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Mediação e Arbitragem. Solução Extrajudicial dos conflitos do trabalho. **T&D**. nº 14. Setembro 1997. P. 69 – 80.

ROCHA, Terezinha Lima de Oliveira; ANDRADE, Cleide Rocha de. Mediação de conflitos no campo judicial e interdisciplinaridade: “O mundo não é perfeito”. *In*: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ROMITA, Arion Sayão. Meios Alternativos de resolução de dissídios individuais do trabalho. **Revista LTr**. Vol. 73, nº 8, agosto de 2009, p. 919 – 927.

RUPRECHT, Alfredo. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SAPIÊNCIA, Vanessa Maria. A lei da mediação e sua aplicabilidade na justiça do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Vol 173. Ano 43. P. 165-178. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIAVI, Mauro. **Princípios do Processo do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014.

SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Mediação Judicial Trabalhista e promoção de direitos fundamentais. *In*: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SEN, Amartia. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. A barganha do intangível – Ensaio sobre a incidência de limitações típicas de direitos fundamentais nos processos de mediação de conflitos. *In*: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (Coord.). **Mediação e Direitos Humanos – Temas Atuais e Controvertidos**. São Paulo: LTr, 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIMÕES, Isa. LELIS, Rita. Mediação de conflitos e relações de trabalho. *In*: **Revista do Ministério do Trabalho na Bahia**. nº 5. 2015, p. 113 – 123.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. São Paulo: Manole, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23 ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. Vol. 1 – Parte geral. 3ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo, Malheiros, 2014

SOARES, Marcos José Porto. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. **Revista de Processo**. Vol. 264. Ano 42. p. 523-543. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Os modos extrajudiciais de solução de conflitos individuais do trabalho. **Revista LTr**, vol. 66, nº 6, junho de 2002. P. 671 - 688.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TAKAHASHI, Bruno. O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo; 2015. Disponível em: <www.teses.usp/teses/.../2/.../Dissertacao_Bruno_Takahashi_Versao_Corrigida.pdf> Acesso em: 01.10.2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

_____. **Mediação nos conflitos civis**. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, jul. 2016ª

_____. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. Vol. 258. Ano 41. P. 495-516. São Paulo: Ed. RT, ago. 2016B

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Ano VI, n. 36, jul./ago. 2005.

TOLEDO Patrícia Therezinha de. **Solução Extrajudicial dos Conflitos do Trabalho. – Brasil, Espanha e Itália**. São Paulo: LTr, 2005

TUPINAMBÁ, Carolina. **As garantias do processo do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2014.

URQUIZA, Antonio Hilário Aguilera. Direitos Humanos e Cidadania – A educação em Direitos Humanos e a diversidade. In: URQUIZA, Antonio Hilário Aguilera (Org.). **Formação de Educadores em Direitos Humanos**. Campo Grande: Editora UFMS, 2014.

VANTI, A. P. Da bibliometria à webometria: uma exploração conceitual dos mecanismos utilizados para medir o registro da informação e a difusão do conhecimento. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 31, n. 2, p. 152-162, maio/ago. 2002.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **O Sistema Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista: do fato social ao instituto jurídico : uma transição neoparadigmática do modelo de organização do trabalho e da administração da justiça**. São Paulo: LTr, 2014.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. GOMES, Marcella Furtado de Magalhães. Mediação Judicial Trabalhista. *In*: SCHIMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (coord.). **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Justiça Multiportas – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca - O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. *In*: **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional/** Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANGRANDO, Carlos. **Princípios jurídicos do direito do trabalho: individual, coletivo e processual**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2013.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. KRAHENBUHL, Mônica Coelho. **Negociação, Mediação, Conciliação, Facilitação Assistida, Prevenção, Gestão de Crises nos Sistemas e suas Técnicas**. São Paulo: LTr, 2012.