

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

ADRIANA SILVA MAILLART

NIVALDO DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Adriana Silva Maillart, Nivaldo Dos Santos
– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-131-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Solução de conflitos. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos defendidos de forma brilhante, após rigorosa e disputada seleção pelo sistema "duplo cego", no Grupo de Trabalho intitulado Formas Consensuais de Solução de Conflitos, durante o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 11 e 14 de novembro de 2015, em Belo Horizonte/MG, sobre o tema Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Referidos trabalhos, de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, encaminhados em uma perspectiva abrangente e contemporânea: a solução de conflitos por meio de formas judiciais e extrajudiciais.

De fato, a teoria e a aplicação dos métodos complementares de solução de conflitos, especialmente os que são orientados pela busca por soluções dialogadas e não impositivas, fortalecem o desenvolvimento da cultura voltada à paz social e do tratamento adequado dos conflitos, bem como da efetivação dos direitos fundamentais, em especial, o acesso à Justiça.

Entre os temas especificamente tratados nesta obra, merecem menção, as soluções consensuais e o acesso à Justiça; a visão da fraternidade e a solução de conflitos; a conciliação trabalhista: perspectivas e possibilidades; a mediação em suas mais diversas possibilidades e potencialidades, inclusive aquela alicerçada na ética da alteridade; a Justiça Restaurativa, no Poder Judiciário, como também na Escola; o Tribunal Multiportas e a Resolução 125 do CNJ, dentre outros.

A presente obra coletiva demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre as formas de solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, pelo que certamente será de excelente aceitação junto à comunidade acadêmica.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Congresso e desejamos que você leitor, como nós, tenha a

oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, animando-se a somar forças aos que empreendem grandes esforços para aprimorar as formas consensuais de solução de controvérsias no Brasil.

Boa leitura!

MEDIAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS JUSLABORAIS

MEDIATION IN LABOR RELATIONS: THE NEED FOR ADEQUACY IN THE LIGHT OF THE LABOR LAW PRINCIPLES

**Tatiana Bhering Serradas Bon De Sousa Roxo
Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi**

Resumo

O artigo aborda a adequação da mediação ao ramo trabalhista, a partir do estudo inicial das formas de solução de conflitos judicial e extrajudiciais, com ênfase na mediação, analisando esta forma de solução de maneira detida. Com o objetivo de entender a adequação e aplicação da mediação ao Direito do Trabalho, passa à análise dos princípios especiais desse ramo, com destaque ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e especial atenção à diferenciação entre direitos de indisponibilidade absoluta e relativa. Por fim, conclui-se pela adequação da mediação ao Direito Coletivo do Trabalho, que está limitado aos direitos de indisponibilidade relativa.

Palavras-chave: Mediação, Jurisdição, Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, Indisponibilidade absoluta, Indisponibilidade relativa, Direito coletivo do trabalho

Abstract/Resumen/Résumé

The paper discusses the suitability of judicial mediation for the solution of labor disputes. Judicial and extrajudicial conflict-solving methods are approached, with emphasis on mediation. Aiming at understanding both the adequacy and application of mediation in Labor Law, the paper examines special principles of this branch, in particular, the principle of unavailability of Labor rights, for which the case of absolute and relative rights are contrasted. Finally, it concludes for the application of mediation to the Collective Labour Law, which is limited to the rights of relative unavailability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Jurisdiction, Principle of unavailability of labor rights, Absolute unavailability, Relative unavailability, Collective labour law

INTRODUÇÃO

As interações sociais inevitavelmente geram diversos conflitos, que devem ser pacificados. Essa pacificação ocorre, principalmente, através da jurisdição prestada pelo Estado. De toda sorte, as formas de solução dos conflitos não se esgotam naquelas prestadas pelo Estado, ao revés, existem formas extrajudiciais de solução dos conflitos.

Pretende-se, então, analisar quais são as formas de solução de conflitos disponíveis na sociedade atualmente, com especial atenção à mediação, que é o cerne do presente estudo. Para tanto, far-se-á uma apresentação das formas judicial e extrajudiciais, para, posteriormente, analisar a mediação de maneira detida.

Feito isso, passa-se à análise da aplicabilidade e compatibilidade da mediação nas relações trabalhistas, em respeito aos princípios que regem esse ramo especial do Direito.

1. AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

As interações sociais geram diversos conflitos e, de forma a solucioná-los e manter a ordem, são propostas algumas formas para tais impasses. Pretendemos analisar as formas propostas pelo Estado a partir da doutrina que as divide em judiciais e extrajudiciais, concentrando o estudo na forma de pacificação chamada “mediação”.

Porém, antes de analisarmos as formas de solução de conflitos, é preciso entendermos o conceito e significado desta palavra, sem que haja qualquer distorção como vemos na linguagem leiga.

Na nossa cultura, especificamente, o conflito é sempre visto como algo necessariamente negativo, uma relação de “problemas”, e que deve ser eliminado e extinto o mais rápido possível.

Essa forma de perceber e encarar o conflito acaba por impor um paradigma de que no conflito necessariamente teremos sempre um vencedor e um perdedor, não havendo uma visão de que os conflitos devem ser solucionados de forma cooperativa.

Um conflito só existe por sermos seres humanos únicos e com diferenças, principalmente comportamentais, e decorrente disso, em alguns momentos não ser possível a coexistência de interesses diferentes.

Neste sentido, “para nossos dicionários conflitos se traduzem como uma oposição de interesses, sentimentos e ideias, que gera luta, disputa e desentendimentos”. (SETTE, 2015, p. 2)

Se partirmos deste conceito engessado e negativo, os interlocutores do conflito sempre serão vistos e se verão como inimigos, em que cada um busca tão somente a proteção de seus interesses, sem qualquer ajuda mútua, sem uma visão de solidariedade e coletiva.

A verdade é que a existência de um conflito deve ser entendida e interpretada de forma diferente, deve ser entendida como uma ausência de comunicação e diálogo entre essas pessoas, a qual acaba por ceder espaço a discussões e até mesmo a violência.

Neste momento, com essas ações o que se pretende é, como acima descrito, acabar com o “problema”, muitas vezes sem medir consequências futuras, seja a pequeno, médio ou longo prazo.

Neste sentido é preciso entender que o conflito é um fato natural e tem-se duas alternativas de interpretá-lo: entendê-lo como uma briga, que poderá levar a um ato de perigo, violência, no qual os envolvidos pretendem ser o vencedor; ou entendê-lo como um fato natural que deve ser solucionado pelo diálogo, cooperação (e não persuasão), de forma a cada um entender o outro e a posição que ocupa neste conflito, a fim de que haja uma solução mútua e não uma decisão com vencedor e perdedor.

Neste contexto de interpretação do termo conflito é que iremos analisar, principalmente, a mediação.

1.1. JUDICIAL

A forma mais tradicional de heterocomposição, ou seja, composição em que o conflito é solucionado por um terceiro, neste caso o Estado, é a jurisdição. A jurisdição

é a função do Estado interpretar e efetivar, na prática, a vontade da lei diante de uma situação fática que tornou-se juridicamente controvertida.

A jurisdição deve ser provocada pelas partes, em respeito ao princípio da demanda ou da inércia da jurisdição, sendo que nenhum juiz prestará a tutela a não ser que a parte ou o interessado requeiram (GARCIA, 2015). Uma vez provocada a jurisdição, esta desenvolve-se por impulso oficial, conforme artigo 2º do Novo Código de Processo Civil.

Ademais, além de ser inerte no início do processo, a jurisdição é limitada aos pedidos impostos pelas partes e atua de forma condicionada ao ordenamento jurídico. Deve o juiz ser imparcial e não pode recusar o conflito, uma vez que a jurisdição é desinteressada e indeclinável.

A jurisdição é substitutiva, uma vez que o juiz estabelece a solução do conflito na sentença, substituindo uma solução ditada pelas próprias partes e definitiva, na medida em que possui a autoridade da coisa julgada.

No âmbito trabalhista individual, a jurisdição ocorre quando os conflitos que surgem nas relações individuais são levados à Justiça do Trabalho por meio do ajuizamento da Ação Trabalhista. No âmbito coletivo, os conflitos também podem ser levados à jurisdição através do Dissídio Coletivo, quando as partes não conseguem celebrar a negociação coletiva. Neste sentido,

Nas relações coletivas de trabalho, os conflitos decorrentes também podem ser objeto de solução jurisdicional, por meio do dissídio coletivo de trabalho, em que há incidência do poder normativo da Justiça do Trabalho para solucionar o conflito coletivo de natureza econômica, ao decidir a respeito de novas condições de trabalho. (GARCIA, 2015, p. 77 e p. 78)

A busca da solução do conflito através da jurisdição deve ser utilizada em último caso e de maneira responsável, quando as partes não conseguirem resolvê-lo de forma autônoma, evitando levar demandas que poderiam ser evitadas à apreciação do Poder

Judiciário. Passamos, então, à analisar as formas de solução de conflito extrajudiciais.

1.2. EXTRAJUDICIAIS

As resoluções alternativas de disputas (RAD) são assim denominadas por serem uma alternativa além dos tradicionais ou jurisdicionais instrumentos de solução de controvérsias em que, um terceiro, em nome do Estado profere uma decisão. Não devem ser compreendidas como uma forma substitutiva do Judiciário, pois não é esta a pretensão, e muitos menos devem ser encarados como política pública voltada a resolver o déficit e morosidade do judiciário. O objetivo é simplesmente conceder aos cidadãos alternativas de resolverem seus conflitos interpessoais.

Existem quatro tipos mais comuns, quais sejam: arbitragem, conciliação, mediação e negociação. No Direito do Trabalho soma-se as Comissões de Conciliação Prévia.

A arbitragem é considerada um meio alternativo de solução de conflitos através da intervenção de um ou mais terceiros, os quais recebem poderes para decidir pelas partes, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

Ela se instala por força de um instrumento chamado “convenção arbitral” (previsto em contrato) ou pelo compromisso arbitral, ou seja, é facultativa.

Na arbitragem, as partes, em comum acordo e no pleno e livre exercício da vontade, escolhem uma ou mais pessoas, denominadas árbitros ou juízes arbitrais, estranhas à disputa, para resolverem a sua questão, comprometendo-se a se submeterem à decisão final proferida pelo árbitro ou árbitros.

A arbitragem é disciplinada pela Lei 9.307/96, a qual define seu caráter facultativo, limita seu alcance aos direitos patrimoniais disponíveis, confere ao árbitro a condição de juiz e determina que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Judiciário. A arbitragem possui algumas qualidades: a sua celeridade, informalidade e a livre escolha de quem decidirá o conflito e de quais serão os critérios utilizados (aplicação da lei ou solução por equidade).

A arbitragem, no âmbito trabalhista, está prevista no artigo 114, §§ 1º e 2º da CR/88, na lei 7.783/1989, artigo 3º, caput, que trata da greve, na Lei do Trabalho Portuário (Lei n. 8.630/93) e na Lei 10.101/2000, artigo 4º, inciso II, que dispõe sobre a participação nos lucros e resultados.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2013) destaca a aplicação da arbitragem aos trabalhadores portuários (Lei 12.185/2013) e aos conflitos decorrentes das relações de

trabalho, que não sejam relação de emprego, que com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, passaram a ser de competência da Justiça Trabalhista.

A aplicação da arbitragem ao Direito do Trabalho, no entanto, somente é possível no âmbito das relações coletivas e das relações de trabalho diferentes da relação de emprego, tendo em vista que a Lei 9.307/96 limita a arbitragem a direitos patrimoniais disponíveis.

Maurício Godinho Delgado (2015) destaca que a Lei n. 12.395, que modificou a Lei Pelé (n. 9.615/98) estipula que as partes poderão valer-se da arbitragem para solucionar conflitos, quando se tratar de direitos disponíveis, em consonância com a própria Lei de Arbitragem (n. 9.307/96), desde que essa possibilidade esteja prevista em norma coletiva.

Outra dificuldade encontrada na aplicação da arbitragem aos conflitos individuais trabalhistas é a regra inserta nos artigos 18 e 31 da Lei 9.307/96 que conferem à decisão arbitral a qualidade de coisa julgada material, excluindo a sua posterior apreciação no judiciário, o que pode acarretar a manutenção de violações a direitos trabalhistas que tenham sido objeto de tal decisão (DELGADO, 2015).

Ademais, as partes das relações individuais trabalhistas não estão em condições de igualdade para escolher o árbitro, por exemplo, daí a existência do princípio da proteção do trabalhador, que é o hipossuficiente em relação ao empregador. Além disso, a arbitragem exige alto investimento econômico com o pagamento dos honorários do árbitro, o que deixa clara, mais uma vez, a sua incompatibilidade com os conflitos individuais trabalhistas.

Conclui-se, assim, que a arbitragem é incompatível com a solução de conflitos de direitos individuais trabalhistas, e esse é o entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho.

Há, também, a conciliação, que no Direito do Trabalho, aparece de maneira obrigatória e facultativa na solução judicial dos conflitos trabalhistas em alguns momentos do processo (artigos 831, 846, 850 e 852-E da CLT) e no âmbito extrajudicial através das Comissões de Conciliação Prévia. As Comissões estão previstas expressamente em lei: artigos 625-A a 625-H da CLT, inseridos pela Lei 9.958/2000, em atendimento à Recomendação n. 92 de 1951 da OIT.

A CLT autoriza as empresas e os sindicatos a instituir Comissões de Conciliação Prévia, com representação dos empregados e empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho.

A decisão final cabe aos sujeitos, que são aconselhados e instigados à solução negociada pelos seus integrantes – que funcionam como mediadores. O termo de conciliação constitui título executivo extrajudicial e tem eficácia geral liberatória, exceto quanto às parcelas ressalvadas. Produz efeito de coisa julgada e não permite discussão na justiça, salvo na hipótese de vício de consentimento – art. 849, CC. A provocação da CCP suspende o prazo prescricional.

O art. 625-D determina que sendo a CCP criada, qualquer demanda deverá ser submetida a ela obrigatoriamente e o ajuizamento de ação sem passar pela CCP constituiria falta de condição da ação – ausência de interesse processual. O STF proferiu decisão em 13/05/2009 nas ADI 2139 MC/DF e ADI 2160 MC/DF afirmando que tal exigência constitui restrição ao direito de acesso à justiça, sendo o recurso à CCP facultativo e não obrigatório.

A conciliação é uma forma de resolução de conflitos administrada por um terceiro, denominado conciliador, que é investido de autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre o acordo entre as partes.

Aqui o objetivo do conciliador é buscar um acordo. Trabalha o problema apenas de forma superficial e não objetiva uma melhora na qualidade da relação das partes.

Essa alternativa é adequada aos casos em que as partes não se conheçam ou não tenham relações continuadas, ou, se as têm, se não há possibilidade de uma intervenção mais aprofundada.

A negociação é a forma conjunta de resolução dos problemas desenvolvido pelas próprias partes. Nesta alternativa, duas ou mais partes tentam concordar como cada uma deve proceder. Aqui não existe a figura do terceiro imparcial, é uma resolução de conflitos realizada diretamente entre as partes. Pode aparecer a figura de um terceiro, que atuará apenas como um facilitador (ex. corretor de imóvel em uma negociação de compra e venda de um apartamento).

Ela pode ocorrer de maneira isolada, anterior ou durante os demais meios de resolução pacífica de conflitos.

Por fim, a mediação é um “processo de natureza não adversarial, confidencial e voluntário, no qual um terceiro imparcial (mediador) facilita o diálogo e a negociação entre duas ou mais partes e as auxilia na identificação de interesses comuns, complementares e divergentes, com o objetivo de mantê-las autoras das soluções construídas baseadas no consenso, no atendimento de interesses e necessidades e na satisfação mútua. E é esta a forma de solução de conflitos que passamos a analisar neste trabalho.

2. ANÁLISE DA MEDIAÇÃO

Como destacado no item anterior, a mediação é um processo de solução de conflitos que pretende romper com o conceito “binário” deste termo (vencedor-perdedor), para propor um conceito ternário, em que é inserido um terceiro nesta relação binária, para intermediar sem opinar, sem qualquer parcialidade, com o propósito de buscar uma reaproximação das pessoas envolvidas no conflito. É, sem dúvidas, uma forma complementar de solução de conflitos, em que as pessoas envolvidas com a ajuda deste terceiro, por si mesmas, através de diálogos, compreensão mútua, encontram a solução para a questão, sem que haja insatisfação por qualquer deles (SILVA, 2010).

A mediação é um processo que acontece com a ajuda de um terceiro (mediador), que não se resume a único encontro (como se propõe a conciliação), e que exige necessariamente a participação de todos os envolvidos no conflito, mormente para que sejam protegidas e mantidas suas peculiaridades e características, mas ainda assim, as pessoas conviverem pacificamente.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a mediação:

[...] consiste na conduta pela qual determinado agente, considerado terceiro imparcial em face dos interesses contrapostos e das respectivas partes conflituosas, busca auxiliá-las e, até mesmo, instigá-las à composição, cujo teor será, porém, decidido pelas próprias partes. (2015, p. 1548).

Neste sentido, tem-se como princípio fundamental da mediação a autonomia da vontade, pois mantém as partes autoras das soluções construídas com base no consenso. Além do respeito à autonomia da vontade, deve-se sempre se ater à não competitividade

das partes, ao seus poderes de decisão, à participação imparcial do terceiro (mediador) e à informalidade e confidencialidade de todo o processo.

2.1. ESPÉCIES DE MEDIAÇÃO

Existem maneiras diferenciadas de resolver um conflito através da mediação. Portanto, fez-se necessária a existência das diversas formas de mediação, as quais serão abaixo brevemente citadas.

A mediação judicial é aquela realizada no Poder Judiciário, pelo Estado. Pode ser pré-processual (anteceder a existência efetiva da ação judicial) ou endoprocessual (ocorre após já ajuizada a demanda judicial, que é interrompida para que as partes tentem por si, com a ajuda do mediador, construir a solução de seu conflito). Em convênio com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Centro de Exercício Jurídico (CEJU) do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, em Belo Horizonte, realiza sessões de mediação judicial, sob orientação de mediadores com formação jurídica e psicológica.

A mediação cidadã a mediação realizada pela sociedade civil organizada, como em associações de bairro, igrejas, etc. O Estado não está presente neste tipo de mediação, sequer através do Poder Judiciário; os próprios envolvidos entendem por melhor eles construir ou encontrarem a solução definitiva para seu conflito. Este tipo de mediação também é realizado no CEJU, sendo forma solução de conflitos da comunidade local, àqueles que assim optarem por fazer.

A mediação em sentido estrito é simplesmente a mediação realizada entre duas pessoas que são os interlocutores do conflito, com a ajuda de um mediador, para que compreendam melhor a situação, sabendo administrar e ao final solucionar o conflito.

A mediação realizada entre um conjunto de pessoas que passam pelo mesmo conflito (o que ocorre no caso do Direito do Trabalho Coletivo) é chamada de mediação coletiva. São diversos os assuntos a serem tratados neste tipo de conciliação, mas sempre devem abranger pelo menos um dos interlocutores uma coletividade de indivíduos.

Por fim, a mediação em rede é o tipo de mediação desenvolvida entre instituições públicas e privadas que possuam serviços afins, a qual pode solucionar conflitos, se acionadas de forma conjunta (por ambos interlocutores).

2.2. O MEDIADOR

Além das partes do conflito, no processo de mediação o mediador é peça essencial; é ele uma das figuras importantes para a condução do processo de mediação.

A ação do mediador tem em vista capacitar os disputantes a controlar seus futuros, ajudando-os a assumir responsabilidade de suas próprias ações e tomar decisões.

Por meio de uma série de procedimentos próprios, o mediador auxilia as partes a identificarem interesses comuns, complementares ou divergentes e a construírem em conjunto, alternativas de solução visando ao consenso e à satisfação mútua.

Mas quem será o mediador?

O mediador será uma pessoa escolhida pelas partes para atuar como terceiro imparcial na facilitação do diálogo entre elas; portanto, essa definição deixa clara a principal característica do mediador: a neutralidade.

Ele deve ser uma pessoa que tenha respeito pela comunidade e pelos interlocutores; que conheça bem essa comunidade/interlocutores do conflito; ser uma pessoa responsável e procurar formação permanente, estudando e pesquisando, sempre que necessário, a respeito de novas informações. Só assim poderá aperfeiçoar a sua prática.

A postura do mediador parte de princípios básicos para sua ação, dentre os quais destacamos: a sensibilidade (compreender sem parcialidade); ética e conhecimento dos Direitos Humanos (respeito à dignidade do outro, procurando sempre estar atento às violações de Direitos Humanos); conhecimento básico da legislação nacional (Constituição federal, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Código Civil (direito de família e o de vizinhança), Código do Consumidor, Estatuto do Idoso, CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), leis que possam auxiliar na solução do conflito); capacidade comunicativa (a comunicação é a base de uma boa mediação); capacidade

de escuta (escutar com atenção e respeito); capacidade de manter sigilo (o sigilo só deverá ser quebrado em casos de condutas criminosas como: homicídio, violência, abuso sexual, etc); criatividade (bom humor, comparações, histórias do cotidiano ajudam a “quebrar o gelo”); e, por fim, estilo cooperativo (busca da solução do conflito de forma amistosa).

É inevitável que o mediador desempenhe a função de líder entre as partes que participam da mediação, pois ele tem a função de facilitar o processo através do diálogo. Porém deve-se sempre lembrar que o mediador não é advogado, psicólogo, terapeuta, conselheiro, assistente social, psicanalista, etc; ele é o mediador do conflito.

O mediador, por fim, deve desenvolver habilidades diversas, mormente através do estudo de técnicas diferentes, que permitam que cumpra com seu papel essencial. Desta forma é essencial ter conhecimentos, ainda que mínimos, de conflito e gerenciamento de conflitos; relações interpessoais; processo comunicacional; técnicas de resolução pacífica de conflitos; metodologia do processo de mediação e legislação pertinente à mediação. Todo esse conhecimento é necessário a fim de que a solução encontrada seja definitiva e não tão somente momentânea, e posteriormente o mesmo conflito não ocorra, muitas vezes pela reincidência, de forma ainda mais drástica e violenta.

2.3. BREVE ANÁLISE DO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

A mediação foi regulamentada no dia 29 de junho de 2015, através da publicação da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Antes de adentrarmos ao processo em si de mediação, devemos nos ater aos interlocutores deste processo.

A mediação é adequada como solução de conflitos de origens as mais diversas possíveis. Entretanto, é basilar que não haja entre os interlocutores qualquer tipo de desequilíbrio, ou seja, não seja um deles considerado hipossuficiente perante o outro. Isto porque, a mediação deve ser realizada quando há de ambas as partes a possibilidade

de se expressarem como desejam, fazerem ouvir seus verdadeiros interesses, sem que esteja agindo de forma coagida ou reprimida.

O processo de mediação é elementar naqueles conflitos em que são permanentes, não deixarão de existir e, portanto, não comportariam uma solução definitiva como uma sentença judicial (ALVIM, 2008).

Dessa forma, temos claro que a mediação não tem como principal objetivo eliminar totalmente os conflitos ou promover uma falsa solução destes. Como visto no conceito deste termo, o conflito não é um fato essencialmente negativo, mas é essencial a convivência humana, e não deve-se se livrar dele de qualquer maneira ou a qualquer custo. A melhor solução é ajudar seus interlocutores a percebê-lo, verificar seu lado positivo, a fim de reatar-se relações desfeitas ou mesmo criar novas relações interpessoais.

No processo de mediação existe o que é denominado de “variáveis da mediação”, as quais vão ser determinadas caso a caso, de acordo com o nível de desenvolvimento do conflito e a partir de qual momento iniciou-se a tentativa de solução daquele através deste processo. Quando o mediador passa a atuar em um conflito que já perdura por muito tempo, com certeza utilizará de técnicas e estratégias adequadas a tal momento, portanto, a complexidade e densidade do conflito são variáveis do processo de mediação. Além delas, temos a capacidade dos interlocutores do conflito em resolver seus problemas, até mesmo a pré disposição de resolvê-los (afinal de contas, como insistentemente destacado o mediador deve ser sempre imparcial).

O mais importante do processo de mediação é que seja estimulada a solução do conflito de maneira que sejam satisfeitas o maior número possível de necessidades de ambas as partes, bem como que seja uma solução madura e preferencialmente definitiva (com a finalidade de não haver retomadas e reincidência do mesmo conflito).

Ao final da mediação, pretende-se, obviamente, o acordo entre as partes. Mas todos os envolvidos neste processo devem ter claro para si que o acordo nem sempre é uma solução, mas uma mudança de comportamento perante uma situação, bem como, que tal mudança de comportamento pode ocorrer ainda que não ocorra o acordo entre as partes. Como o objetivo não é o acordo a qualquer custo, a mediação sem acordo ao final não deve ser entendida como fracassada, mas como uma tentativa de solução do

conflito que apesar de não ter prosperado como o esperado, com certeza trouxe aos litigantes a possibilidade de adotarem posturas diferenciadas as que tinham anteriormente à mediação caso venha a ser ajuizado um processo judicial.

3. A MEDIAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: UMA LEITURA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS JUSLABORAIS

O ramo trabalhista tem como objeto central a relação de emprego, da qual são atores as figuras do empregado e do empregador, sendo que o empregado encontra-se em situação de desigualdade econômico-financeira e, por isso, é considerado hipossuficiente. Ademais, os direitos dos trabalhadores são direitos sociais e estão previstos no artigo 7º, da CR/88 e na legislação esparsa.

Diante dessas características especiais, o Direito do Trabalho possui princípios específicos. O principal deles é o princípio da proteção do trabalhador, que pretende diminuir as desigualdades existentes entre os empregados e empregadores no plano fático, do ponto de vista jurídico, dispensando uma tutela especial à figura do trabalhador. O princípio da proteção é cardeal no ramo trabalhista, estruturando todas as regras, institutos e princípios deste ramo.

Segundo Américo Plá Rodriguez, citado por Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2015), o princípio da proteção possui subprincípios e um deles é o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, que tem por finalidade proteger os direitos e garantias alcançados pelo trabalhador, que poderia sofrer pressão para abrir mão dos direitos que lhe são garantidos.

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas determina que não pode o empregado dispor dos direitos que o ordenamento jurídico lhe assegura, através da manifestação de vontade. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas é projeção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas, que determina que as normas trabalhistas não podem ser afastadas pela vontade das partes, sendo, portanto, indisponíveis.

Maurício Godinho Delgado (2015) afirma que a doutrina, por vezes, chama a “indisponibilidade” de “irrenunciabilidade”, tendo as duas denominações o mesmo

conteúdo. De toda sorte, prefere a denominação “indisponibilidade”, que revela maior amplitude ao significado desse princípio, conforme a seguir:

[...] Contudo, a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe. Ora, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justabalhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente prejuízo ao trabalhador. (DELGADO, 2015, p. 205).

Neste sentido, importante destacar também o princípio da inalterabilidade contratual lesiva: o contrato só pode ser alterado por mútuo consentimento e desde que não resulte prejuízo para o empregado; o princípio da norma mais favorável: a regra que prevalece no contexto da relação de emprego é aquela mais favorável ao empregado; e o princípio da condição mais benéfica: as cláusulas contratuais mais favoráveis concedidas aos empregados são consideradas direito adquirido e não podem ser substituídas, a não ser que seja em benefício do empregado.

Percebe-se, através da análise acima, que existe um arcabouço de regras e princípios especiais do ramo trabalhista que protegem a figura do empregado que, como já explicado, é a parte hipossuficiente na relação de emprego.

De toda sorte, convém estudar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas atentamente, de forma a determinar quais são os limites da aplicação da mediação às relações trabalhistas, considerando que existem direitos de indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa.

Os direitos de indisponibilidade absoluta são aqueles de interesse público, como as normas de saúde e segurança do trabalho, além dos direitos previstos em normas coletivas, no contexto da relação de emprego, ou seja, não pode o empregador retirar dos empregados um direito previsto na norma coletiva. Neste sentido:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível e interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura da 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. Este último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e,

portanto, de modificação real. Noutras palavras: a área de indisponibilidade absoluta, no Direito Individual, é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo. (DELGADO, 2015, p. 219 e p. 220).

A indisponibilidade será relativa, segundo Maurício Godinho Delgado,

[...] 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, lícitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador. As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado. (art. 468, CLT). (DELGADO, 2015, p. 220).

Destaca-se que o ato que consistir no despojamento de direitos indisponíveis, seja através de renúncia (ato unilateral) ou transação (ato bilateral), será considerado nulo (artigos 9º, 444 e 468 da CLT). Deve-se analisar se a indisponibilidade é absoluta ou relativa, sendo absoluta, a nulidade será decretada automaticamente; sendo relativa, a parte deverá provar que houve prejuízo, para que a nulidade seja decretada.

Conclui-se, então, que somente os direitos de indisponibilidade relativa poderiam ser objeto da forma de solução de conflitos em análise “mediação”. Portanto, a mediação na área trabalhista aparece principalmente no Direito Coletivo do Trabalho, justamente em decorrência da sua compatibilidade e adequação às normas e princípios especiais estudados.

No Direito Coletivo do Trabalho, as partes (sindicatos e empresas) possuem autonomia para realizar a autocomposição e solucionar o conflito de forma autônoma, sem a intervenção de um terceiro. Essa forma de solução de conflitos é chamada de negociação coletiva e tem como resultado as convenções coletivas de trabalho, celebradas entre os sindicatos e aplicáveis a toda a categoria, e os acordos coletivos do trabalho, celebrados entre os sindicatos dos empregados e as empresas e aplicáveis somente aos empregados da categoria daquela determinada empresa.

No entanto, caso as tentativas de negociação coletiva sejam frustradas, as partes poderão optar pela mediação, escolhendo um mediador que irá auxiliá-las a alcançar a solução.

Atualmente a mediação no direito coletivo é facultativa, mas como destaca Carlos Henrique Bezerra Leite, já foi requisito para o ajuizamento do dissídio coletivo, conforme a seguir:

No que diz respeito à mediação, cumpre lembrar que, após sucessivas Medidas Provisórias (MP 1.053/95 e seguintes) foi editada a Lei n. 10192/2001, cujo art. 11 contém regras sobre a mediação trabalhista, declarando que a negociação coletiva, promovida diretamente pelas partes ou por mediação, é um pré-requisito para a instauração do dissídio coletivo. A SDC/TST editou a OJ n. 24, que, embora cancelada em 2004, deixou claro que a exigência de mesa-redonda, ou seja, de mediação na Superintendência Regional do Trabalho, viola o art. 114, §2º, da CF. Vale dizer, a mediação é sempre facultativa e não uma condição para o exercício da ação de dissídio coletivo. (2013, p. 118)

Sobre a mediação no âmbito coletivo trabalhista, Gustavo Filipe Barbosa Garcia se manifesta no seguinte sentido:

A mediação pode ocorrer no âmbito dos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, com destaque para as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego, podendo-se defender a possibilidade de ser realizada também pelo Ministério Público do Trabalho, principalmente em casos que envolvem interesses coletivos, ou seja, de todo um grupo de trabalhadores. (2015, p. 68).

Neste sentido, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §2º, determina que o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Prevê, ainda, a participação do Estado no artigo 165, que determina que os tribunais devem criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, e no artigo 174, que prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem criar câmaras de mediação e conciliação relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

A mediação também aparece na Lei n. 10.101/2000 como forma de fixar a participação nos lucros e resultados. Segundo a lei, a parcela deve ser acordada entre as partes, através de comissão paritária por elas escolhida e integrada por um representante do sindicato da categoria ou através da celebração de convenção ou acordo coletivo do trabalho (art. 2º). Caso surja um impasse e as partes não consigam regulamentar a parcela das formas propostas, poderão optar pela mediação ou pela arbitragem (art. 4º).

A Lei 10.192/2001, em seu artigo 11, §1º, prevê que o mediador deve ser designado de comum acordo pelas partes ou, a pedido destas, pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Sobre o processo de mediação proposto pela lei:

A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho e do Emprego a designação de mediador, que convocará a outra parte (art. 11, §2º). O mediador designado tem prazo de até trinta dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresso com as partes interessadas (art. 11, §3º, da Lei 10.192/2001).

Se não for alcançado o entendimento entre as partes, ou se qualquer delas recusar a mediação, deve-se lavrar ata contendo as causas motivadoras do conflito e as reivindicações de natureza econômica. Esse documento, por seu turno, deve instruir a representação para o ajuizamento do dissídio coletivo (art. 11, §4º, da Lei 10.192/2001). (GARCIA, 2015, p. 69).

Dessa forma, caso seja frustrada a tentativa de mediação, as partes podem acionar a jurisdição, através do ajuizamento do dissídio coletivo.

Percebe-se, dessa forma, que a parcela de participação nos lucros e resultados pode ser objeto de negociação e, portanto, mediação, considerando que se trata de direito relativamente disponível, conforme inciso XI do artigo 7º da CR/88. De toda sorte, conforme analisado, uma vez instituída a PLR através de norma coletiva, não pode o empregado abrir mão desse direito no contexto da relação de emprego, situação em que essa parcela será tida como absolutamente indisponível.

Discutindo a aplicação da arbitragem no Direito Individual do Trabalho, Maurício Godinho Delgado adota posicionamento que pode ser estendido à mediação, ora em comento, conforme a seguir:

As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob pena de a mesma ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário relembrar a absoluta prevalência que a Constituição confere à pessoa humana, à sua dignidade no plano social, em que se insere o trabalho, e a absoluta preponderância deste no quadro de valores, princípios e regras imantados pela mesma Constituição. (2015, p. 1545)

A mediação é uma forma de solução de conflitos que deve ser incentivada, na medida em que analisa o conflito de maneira profunda e faz com que as próprias partes cheguem à solução, o que, na maioria das vezes, faz com que o conflito seja de fato solucionado, evitando a sua repetição no futuro.

Ademais, a busca por formas alternativas de solução de conflitos está em consonância com a dignidade da pessoa humana, na medida em que muitas vezes o Poder Judiciário não exerce a jurisdição de maneira satisfatória, principalmente diante do aumento no volume de processos a cada ano e na conseqüente demora em solucioná-los.

No entanto, a aplicação da mediação ao Direito do Trabalho deve ser feita com fundamento nos princípios trabalhistas, sob pena de descaracterizar o ramo e violar as suas normas, desvirtuando o próprio procedimento da mediação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, na sociedade hodierna, diante dos mais diversos conflitos, os sujeitos neles envolvidos possuem formas diferenciadas de solucioná-los, seja judicialmente ou extrajudicialmente. Dentre estas últimas destacamos a mediação, mormente quanto a sua possibilidade de aplicação no direito do trabalho coletivo.

A mediação, em suma, como demonstrado, nada mais é que a construção da solução que põe fim ao litígio, construída de forma madura por ambas as partes, com o auxílio de terceiros, que são os mediadores (figura essencial em todo o processo mediador).

Partindo de uma análise principiológica da aplicação da mediação no Direito do Trabalho, destacou-se, dentre os princípios próprios do ramo, o Princípio da Proteção, o qual contém o Princípio da Irrenunciabilidade e da Indisponibilidade de Direitos trabalhistas, essenciais ao ramo visto que qualquer negociação ou ato unilateral que cause prejuízo ao trabalhador não terá validade. Além destes, destacou-se os seguintes: Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva e Princípio da Norma mais favorável, visto que essenciais para a interpretação das normas trabalhistas, bem como, para verificar a viabilidade da mediação neste ramo.

Dessa forma, restou demonstrado que a mediação, como forma eficaz de solução de conflitos, é mais adequada ao Direito Coletivo do Trabalho, visto que neste os sujeitos envolvidos no conflito (sindicatos e empregadores) possuem liberalidade para realizar a autocomposição e solucionar o conflito de forma autônoma; já é próprio do ramo inclusive a existência de fontes formais autônomas. Ademais, ficou claro, com a indicação de legislações especiais, bem como aplicação subsidiária do NCPC, que a mediação, ainda que facultativa, por vezes possui inclusive previsão legal expressa, para solução de conflitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Arruda. **Anotações sobre as perplexidades e os caminho do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material**. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al (Org). *Processo Civil – Novas Tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte, del Rey, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

_____. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

_____. **Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110101.htm

_____. **Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm

_____. **Lei nº 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

_____. **Lei nº 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm

_____. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm.

_____. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 14ª ed. São Paulo: LTR, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GLIGLIO, Wagner D., CORREA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. ver., ampl., atual. E adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007, 640.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 40ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

SENA, Adriana Silva Goulart de. **Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça**. Revista RDT – Revista de Direito Trabalhista, ano 13, n. 09, setembro/ 2007, p. 10 a 19.

SILVA, Nathane Fernandes da. **Resolução Não-Adversarial de Conflitos: a Mediação como Instrumento Pedagógico para a Promoção de uma Cultura da Paz**. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias (ORG). *Mediação Cidadania e Emancipação Social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010.