

MEDIAÇÃO EM CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO: ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL

MEDIATION IN INDIVIDUAL LABOR LAW: ECONOMY AND CELERY PROCESS

Elaine Cler Alexandre dos Santos¹
Raíssa Varrasquim Pavon²
Dolores Ribeiro Coutinho³
Pedro Pereira Borges⁴

Recebido em: 29/05/2017

Aprovado em: 23/07/2017

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar o instituto da mediação e sua aplicação na seara do Direito Individual do Trabalho, com vistas à diminuição do

¹ Aluna do PPG Doutorado em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco; Mestre em Direito pela UNIMAR, área de concentração, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social; Especialista em Direito do Trabalho pelo INPG/UCDB. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista de TUPÁ/SP; Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco; professora titular da cadeira de Direito Processual Do Trabalho na Universidade Católica Dom Bosco, no curso de Pós Graduação; Mediadora judicial do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul - TJMS; Advogada. E-mail: elainecler@gmail.com

² Aluna do PPG Mestrado Acadêmico em Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico, da Universidade Católica Dom Bosco; Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus e em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito; Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Dom Bosco; mediadora extrajudicial; Advogada. E-mail: raissapavon@hotmail.com

³ Licenciada em Estudos Sociais pelas Faculdades São Marcos e em História pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso atual UCDB; Especialista em Arquivologia pela ECA/USP; Mestre em História e Doutora em Ciências Sociais - Sociologia pela Pontifícia Universidade Católica - PUC de São Paulo; Professora Titular da Universidade Católica Dom Bosco, tendo ministrado várias disciplinas na áreas de ciências humanas e sociais em diversos cursos de graduação e pós-graduação; Docente Permanente do Programa do PPGMD em Desenvolvimento Local da UCDB. E-mail: doloresribeiro@uol.com.br

⁴ Membro do Corpo Docente do PPGMD em Desenvolvimento Local Universidade Católica Dom Bosco. Mestre e Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Pedagogia pela Universidade Católica Dom Bosco. Graduado em Teologia pelo Instituto Santo Tomás de Aquino. Graduado em Filosofia pela Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. E-mail: pobjari@ucdb.br

uso da via judicial na resolução dos recorrentes conflitos entre empregadores e empregados, mediante a real pacificação das controvérsias oriundas das mais diversas relações de trabalho, dentre elas as relações de emprego, trabalho eventual e prestação de serviços. A realidade jus trabalhista mostra que esta justiça especializada, há algum tempo perdeu sua característica de celeridade, tendo em vista a grande quantidade de demandas propostas a cada dia que aguardam por julgamento. No entanto, as demandas apresentadas versam sobre verbas de caráter alimentar, ou seja, de extrema necessidade para a manutenção do trabalhador e sua família e a demora enfrentada reflete diretamente no desenvolvimento humano e social, vertentes do desenvolvimento local que merecem especial atenção por parte de todos os envolvidos em conflitos de natureza trabalhista. A utilização da mediação na pacificação de conflitos coletivos de trabalho poderá culminar no aperfeiçoamento da legislação existente, que, entre outros, não mitiga qualquer rancor remanescente do vínculo rescindido. Trata-se de pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa pela qual a mediação surge como alternativa de jurisdição reconhecida pela Constituição Federal de 1988 e instrumento legal capaz de dirimir os conflitos de interesse, quando frustrada eventual negociação entre partes litigantes mas ainda pouco utilizado, ou mesmo desconhecido pela maioria da população, fruto principalmente da falta de informação e de incentivo à utilização dos meios extrajudiciais de resolução de contendas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito individual do trabalho. Conflito. Mediação. Acesso à justiça. Desenvolvimento humano.

ABSTRACT

This article aims to present the Institute of Mediation and its application in the field of Individual Labor Law, with a view to reducing the use of the judicial system for the resolution of recurring conflicts between employers and employees through the real pacification of controversies from the most diverse relations, such as employment relationships, casual work and the provision of services. The labor justice reality shows that this specialized justice has for some time lost its characteristic of celerity, in view of the enormous amount of demands proposed each day that are awaiting trial. However, the demands

presented are food-related, that is, extreme need for the maintenance of the worker and his family and the delay faced directly reflects on human and social development, aspects of local development that deserve special attention from all involved in conflicts of a labor nature. The use of mediation in the pacification of collective labor conflicts may culminate in the improvement of existing legislation, which, among others, does not mitigate any remaining grudges from the rescinded relationship. It is a bibliographical research with a qualitative approach in which mediation emerges as an alternative jurisdiction recognized by the Federal Constitution of 1988, a legal instrument capable of resolving conflicts of interest once frustrated eventual negotiation between litigants but still little used, or even unknown to the majority of the population, mainly due to the lack of information and encouragement of the use of out-of-court settlement mechanisms.

KEYWORDS

Individual labor law. Conflict. Mediation. Access to justice. Human development.

INTRODUÇÃO

Conflitos de interesses são fenômenos naturais e inerentes ao convívio em sociedade, por tais motivos eles podem ser resolvidos pelas próprias partes em litígio, quer seja por meio de órgãos estatais investidos de jurisdição ou de forma amigável, quer seja pela utilização de soluções alternativas de jurisdição. No entanto, certo é que, nestes primeiros anos do século XXI o sistema jurisdicional estatal é o mais adotado pelos que pretendem solucionar tais conflitos, tendo o poder judiciário, dentre suas diversas competências, o ônus integral de pacificação social.

No que tange aos conflitos relacionados ao Direito do Trabalho, os classificados como conflitos individuais de trabalho, em síntese, surgem como aqueles que ocorrem entre um trabalhador ou diversos trabalhadores individualmente considerados e o empregador, em regra, com base no contrato individual de trabalho; e, conflitos coletivos de trabalho, que ocorrem com a resistência do empregador aos interesses gerais de um grupo de trabalhadores (NASCIMENTO, 2009), caracterizando-se pelos aspectos abstratos de determinadas categorias profissionais.

Em se tratando de Justiça do Trabalho, anualmente o número de processos nas varas trabalhistas aumenta, em muito, fruto, dentre outros motivos, da grave crise econômica que assolou o país nos últimos dois anos. Essa realidade exige do Estado, detentor do poder jurisdicional, elevados gastos e, da mesma forma, como tal exigência afeta as partes inseridas no conflito, atingindo, diretamente a economia nacional, já que empresários, ao invés de investirem os valores despendidos em reclamações trabalhistas diretamente na empresa ou no mercado, são obrigados a custear honorários de advogados para responderem, na justiça, a reclamações de ex-empregados, o mesmo acontecendo com o Estado, que custeia recursos humanos e materiais que poderiam ser alocados em outras áreas, a exemplo da educação e saúde.

É importante ressaltar que não raras são às vezes em que os empregados que batem às portas da justiça do trabalho, são plenamente cientes de que receberam a totalidade das verbas a que faziam jus quando da rescisão do contrato de emprego ou término da relação de trabalho, e mesmo assim intentam reclamações trabalhistas eivadas de má-fé, alterando a verdade dos fatos para alcançarem objetivos ilegais, tendo como único intuito a obtenção de vantagens sabidamente,

indevidas, apoiando-se no princípio da hipossuficiência do trabalhador tem-se como resultado um Direito do Trabalho protecionista em sua essência.

A ideia firmada de que em qualquer reclamação trabalhista proposta o empregado terá alguma vantagem pecuniária é fortalecida pelas barreiras do depósito recursal, requisito indispensável para que o Empregador possa ter acesso aos Tribunais Regionais do Trabalho e pleitear a revisão de sentença prolatada por juiz do trabalho, que eventualmente tenha lhe desfavorecido.

Como as pequenas e médias empresas não possuem estrutura financeira para custearem um processo trabalhista, acabam por preferir o pagamento de acordos, mesmo que injustos, a sofrerem condenação de valores astronômicos para seu orçamento, por não terem meios de recorrerem a segunda instância. Uma condenação injusta poderia culminar no término das atividades da empresa ou do empregador, quando pessoa física.

Acerca do tratado, fundamenta Cremonesi (2014, p. 122) que, “Incorre em litigância de má-fé por alteração da verdade dos fatos o empregado que postula horas extras e reflexos fazendo menção a uma jornada elasticada e sem ter recebido nada a esse título”. Não são poucos os casos em que funcionários postulam direitos inexistentes, com único intuito de prejudicarem o ex-patrão, por vingança ou sentimento de revolta pela perda do emprego.

Nesse contexto, a mediação de conflitos emerge como instrumento hábil, capaz de evitar, ou ao menos diminuir tais injustiças, proporcionando o diálogo entre empregado e empregador em benefício de ambos, posto que muitos desses conflitos judicializados originam-se em pequenas atitudes do empregador face ao empregado, gestos que o magoaram quando do término do vínculo entre ambos, ou até mesmo entre empregados, do que resultam as verbas trabalhistas propriamente ditas causa secundária nas demandas.

Consoante bem expõe Bastazine (2012, p.140):

[...] as relações de trabalho, antes de serem jurídicas, são relações humanas, em que as complexidades das personalidades dos envolvidos – meio cultural, educação e experiências pessoais – refletem no modo como eles interagem com o meio social do trabalho. As relações que ai se desenvolvem estão tingidas pelas cores de todo um conjunto de vivências, que norteará a relação interpessoal. É dentro desse contexto que a relação de trabalho nasce, se desenvolve e se extingue.

As relações individuais de trabalho são marcadas pela subjetividade da-

queles que as compõem, influenciados diretamente pelo meio em que o labor ocorre, questões demandam uma observação mais acurada quando da instauração de um conflito, a fim de que ocorra sua real resolução por meio do cumprimento de obrigações dela decorrentes, evitando-se, com isso, demandas que se perdurem por longos anos sem a esperada justiça, que acaba sendo maculada como injusta para muitos.

Em tal contexto, propõe-se que se leve em conta o ônus que processos judiciais acarretam ao Estado. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, em Mato Grosso do Sul (BRASIL, 2016, p. 70-71), as despesas com recursos humanos somam mais de R\$ 233 milhões de reais, sendo que desse total, 86,7% são de despesas com pessoal e encargos. São 995 funcionários no total, sendo 63 magistrados, 638 servidores e 234 auxiliares.

Diante da realidade posta, fica claro que, com a utilização de meios paraestatais de resolução de contendas, como a mediação em destaque, no intuito de proporcionar às partes em litígio soluções alternativas para resolver os conflitos de interesse, esses valores seriam menores, mas não só as despesas da máquina administrativa estão em foco, e sim, inclusive, os gastos que um processo trabalhista custa ao empresário e à máquina estatal, visto que esses valores deixam de ser aplicados, efetivamente, na economia e em outras áreas essenciais como saúde e educação.

Diante deste panorama, os meios alternativos de resolução de conflitos podem auxiliar o sistema estatal a melhorar a qualidade dos serviços prestados, uma vez que retiram do Estado o monopólio da jurisdição e contribuem, dessa forma, para a diminuição da carga processual do Judiciário. Neste ponto considera-se inobstante que frisar que a mediação reputa-se como uma forma alternativa para a resolução de controvérsias, de forma que não se deve falar em alternativa sem considerar o componente principal, qual seja, a via do Poder Judiciário, que não se pretende excluir.

Assim, a utilização de meios alternativos para resolver controvérsias é cada vez mais comum em países como o Brasil, onde o sistema estatal funciona de forma deficiente e não atende às necessidades do jurisdicionado. Contudo, a aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos tem ocorrido de forma lenta, como resultante, principalmente, da falta da divulgação.

Dentre os procedimentos alternativos, existe aquele em que as partes, em comum acordo, indicam uma terceira pessoa para resolver a lide, por meio

de regras procedimentais próprias, assegurando o devido processo legal e a observância dos preceitos legais. A mediação se destaca pela simplicidade, informalidade, celeridade, caráter sigiloso e principalmente pelo consenso das partes quanto à escolha do mediador e procedimento a serem seguidos, garantindo maior eficácia na prestação da tutela jurisdicional.

Nos países em desenvolvimento como o Brasil, onde meios alternativos de resolução de conflitos ainda são pouco conhecidos pela maioria da população, a mediação surge como alternativa para o problema da morosidade na tramitação de processos na esfera trabalhista. No entanto, a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a) conhecida como o “marco legal da mediação” que regulamenta a mediação de conflitos estabelece que a mediação nas relações de trabalho se regula por lei própria, até então inexistente, muito embora a nova legislação processual civil, norma de abrangência federal, determine que o Estado deverá promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

No interior desse novo contexto jurídico institucional é que o presente estudo objetivou analisar a possibilidade do uso do instituto da mediação na seara dos conflitos individuais do trabalho, como forma de eliminar a necessidade de uso da via judicial para resolução dos conflitos e contribuir para a efetiva aplicação desse procedimento em todo o Brasil.

A JUSTIÇA DO TRABALHO E A MEDIAÇÃO A JUSTIÇA DO TRABALHO EM NÚMEROS

No ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, total que representou crescimento de 4,7% e que em se considerando o quinquênio 2011-2015, comporta um crescimento médio da ordem de 3,8% ao ano⁵. Essa despesa equivale à 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, totalizando um custo pelo serviço de Justiça no montante de R\$ 387,56 por habitante, com tendência de crescimento (BRASIL, 2016).

O número de casos levados à justiça do trabalho aumenta a cada ano, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em 2015, houve crescimento de 5,8% em novos casos, que passaram de 46.004 para 55.104 no 1º

⁵ Todos os valores monetários de 2009 - 2014 foram deflacionados pelo IPCA/Dez 2015.

Grau. Nessa instância existiam 64.532 casos pendentes e na instância de 2º Grau 4.502 casos, o que totalizava 68.854 casos, representando um aumento de 13,6% (BRASIL, 2016, p. 72).

A produtividade na justiça do trabalho foi negativa em 2015, com índice de -8,07% e taxa de congestionamento de 59,8%. A conciliação na justiça do trabalho foi pouco exercida (30% dos casos). Cada magistrado recebeu aproximadamente 11% mais casos do que em 2015 e cada servidor cuidou de 10,2% a mais de casos nesse mesmo ano (BRASIL, 2016).

O tempo médio de execução judicial (1º Grau) é de três anos, um ano de processo de conhecimento e 04 meses no 2º Grau, sendo que depois de julgado a execução pode levar até mais de sete anos. O índice de produtividade da justiça do trabalho em Mato Grosso do Sul é de 70% (BRASIL, 2016).

De acordo com dados do Relatório Analítico da Justiça do Trabalho (BRASIL, 2015b), nas 3ª Instâncias, a Indústria e os Serviços Diversos lideraram o ranking de atividades econômicas com maiores quantitativos de Casos Novos. No TST, as atividades econômicas com maiores quantitativos de Casos Novos foram a Indústria com 23,7%, a Administração Pública com 14,1%, o Sistema Financeiro com 11,8% e os Serviços Diversos com 9,9%. Nos TRT, as atividades econômicas com maiores quantitativos de processos distribuídos foram a Indústria, com 19,8%, Serviços Diversos, com 11,0%, e o Comércio com 9,0%. A individualização por TRT demonstra que a Indústria possui mais ações nas 1ª, 3ª, 4ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 15ª, 17ª, 18ª, 19ª, 20ª, 21ª, 23ª e 24ª Regiões; os Serviços Diversos na 5ª Região e o Comércio na 2ª e 10ª Regiões.

Os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho são: Aviso Prévio, com 948.861 processos; Multa do Artigo nº 477 da CLT, com 787.326 processos; e, Multa do Artigo nº 467 da CLT, com 674.522 processos (BRASIL, CEP-TST, 2015). Na 24ª Região, o assunto mais recorrente versa sobre rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias (BRASIL, 2016).

No Tribunal Superior do Trabalho, os processos recebidos mais os pendentes, oriundos de anos anteriores, totalizaram 540.349 processos para solução. Nos TRTs, os processos recebidos mais os pendentes de anos anteriores totalizaram 1.065.954 aguardando solução. Nas Varas, as ações ajuizadas somadas aos pendentes de anos anteriores e aos Embargos de Declaração interpostos totalizaram 4.545.210 processos na Fase de Conhecimento para solução (BRASIL, 2015b).

No Tribunal da 24ª Região (MS) existia cerca de 70 mil casos pendentes em

2015, ainda para julgamento na 2ª Instância, um aumento de 13,6% em relação ao ano de 2014. O número de casos julgados foi de 9.202 para 11.967 do total a julgar, em torno de 77% de aproveitamento, ficando o estado em 6º lugar no ranking nacional. Na 1ª Instância (Fase conhecimento) a proporção era de 33.063 julgados para 61.691 por julgar. Do total de recursos julgados, em cerca de 70% dos julgados houve a reforma da decisão na 2ª Instância.

A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que consegue solucionar 25% de seus casos por meio de acordo, valor que aumenta para 40% quando considerada apenas na fase de conhecimento (primeiro grau). Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de apenas 16%, sendo 19,1% na Justiça Estadual e 5,6% na Justiça Federal. Na execução, os índices são ainda menores e alcançam 4,1%. No 2º grau, a conciliação é praticamente inexistente, e as sentenças homologatórias. Elas representam apenas 0,3% dos processos julgados. A tendência é um aumento desses percentuais, tendo em vista que, entrou em vigor em março de 2016, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), prevendo a realização de audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide e regra geral para todos os processos cíveis (BRASIL, 2016).

Todos esses dados são importantes para que se possa compreender a relevância da mediação na justiça do trabalho, pois se não houver necessidade de instauração de processo na justiça, conseqüentemente, haverá menores custos e maiores serão os investimentos na economia, pois as empresas poderão investir na produção, na melhoria dos processos produtivos, na aquisição de máquinas e equipamentos, bem como na capacitação e contratação de recursos humanos.

MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Mediação⁶ constitui forma dita alternativa e não adversarial para a solução dos conflitos (CARVALHAL et al, 2006, p. 75-76), uma vez que não está inserida no sistema tradicional de justiça, em que há a interferência do Estado. Por meio de demandas são oferecidas às partes soluções impositivas (sentenças), caso as mesmas não consigam chegar a uma definição através das conciliações (acor-

⁶ O verbo latino *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio, deu origem ao termo mediação.

dos), também institutos alternativos, mas previstos na legislação processual.

Souza (2004, p. 61) traz um conceito de mediação, que diz que a “mediação é um mecanismo para a solução de conflitos através da gestão do mesmo (sic) pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos”.

Buscando ainda conceituar a mediação, Eliana Riberti Nazareth (2009, p. 71) escreve que a mediação é

[...] um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo.

Já para Vasconcelos (2008, p. 36);

[...] mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

Salientam Sampaio e Braga Neto (2007, p. 9) que os métodos para solução dos conflitos de forma pacífica e sem a intervenção da justiça estatal nasceram numa “tendência liberal em todo o mundo” em que se tem a

[...] retirada cada vez maior do Estado dos assuntos de interesse dos particulares, situando-se no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos.

Calmon (2008, p. 120-121.) registra as orientações do Centro para Resolução de Disputas do Instituto de Administração Judicial dos Estados Unidos da América em seu livro Fundamentos da Mediação e da Conciliação:

[...] mediação é um termo utilizado para descrever um conjunto de práticas elaboradas para ajudar as partes na controvérsia, caracterizando-se pela participação de um terceiro imparcial que ajuda as partes a comunicar-se e a realizar escolhas voluntárias em um esforço para resolver o conflito.

Já Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 34.) escreveram que:

[...] a mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

A mediação, por ter como foco o conflito em si, tende a ter uma efetividade muito maior do que a conciliação na resolução do impasse, uma vez que esta última pretende, em muitos casos, alcançar somente o acordo sem resolver o problema.

Para melhor entendimento, a palavra mediação vem do latim, do verbo *mediare*, que quer dizer intervir ou se colocar no meio. Apresenta sua definição como sendo um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva entre as pessoas, que se encontram em momento de impasse, contribuindo para que celebrem um acordo, se esse for o caso (NAZARETH, 2009).

Na concepção de Vezzulla, entende-se por mediação:

[...] a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor (VEZZULLA, 1998, p. 15-16).

A referida técnica constitui-se como uma forma, dita alternativa e não adversarial, para a solução dos conflitos, uma vez que não se insere no sistema tradicional de justiça, com interferência do Estado, encaminhadas por meio das demandas, cujas soluções impositivas (sentenças) são oferecidas às partes nas situações em que as mesmas não chegaram a conciliações (acordos) previstos na legislação processual (CARVALHAL, 2006).

O artigo 1º da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a) e seu parágrafo único destaca que:

Art. 1o - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da ad-

ministração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação 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.

A percepção de que a mediação é um instrumento informal, que atende a vontade das partes, tendo um terceiro, mediador, papel fundamental de auxiliar as partes conflitantes. Sua prática não é moderna, mas uma prática milenar, utilizada pela primeira vez na China, onde utilizar um tribunal para resolver problemas pessoais era contra a moral e os bons costumes, como enfatiza Nazareth (2009).

O Supremo Tribunal Justiça inseriu no projeto do novo Código de Processo Civil, CPC, em vários artigos de lei, a necessária aparência da Mediação, como a melhor ou senão única forma de se remediar o maior mal, ou seja, a morosidade dos processos, até então causada pela desatenção do Judiciário para com a sociedade.

À legislação específica soma-se o novo CPC, Lei nº 13.105/2015, que entrando em vigor antes mesmo dessa, ainda em janeiro de 2016, sendo apresentada como Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Toda legislação incorpora esta poderosa ferramenta de mobilização social, que é a mediação judicial e extrajudicial, dispendo “sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]” (BRASIL, 2015c). O método autocompositivo é assim chamado porque as partes é que decidem; é um método de resolução de conflitos em que as necessidades, os desejos das partes é que são levados em conta.

Nessa nova proposta desenvolvimentista, a pessoa humana protagonista, ou seja, o mediador é o responsável pela promoção das ações nos locais, a fim de colaborar efetivamente para que se,

[...] permita abrir nuevas líneas de acción, un Desarrollo a Escala Humana. Tal desarrollo se concentra y sustenta en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, en la generación de niveles crecientes de auto-dependencia y en la articulación orgánica de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología, de los procesos globales con los comportamientos locales, de lo personal con lo social, de la planificación con la autonomía y de la sociedad civil con el Estado (MAX-NEEF et al., 2006, p. 30).

De acordo com o teórico supra, o desenvolvimento humano, que está diretamente relacionado à ampliação das habilidades e potencialidades do ser humano, se torna fator importante para promover a melhoria da realidade individual e social, propiciando, assim, uma mudança substancial em seu comportamento coletivo.

A conciliação aproxima-se da mediação, com a diferença de que o conciliador não age de forma tão passiva ou neutra como os mediadores. O conciliador trabalha em especial nas proposições dos contendores e não em seus reais e efetivos interesses que, na maioria das vezes, se mostram ocultos (COSTA, 2002).

Na técnica da conciliação, as partes se reúnem por, no máximo dois dias, auxiliadas por uma terceira pessoa que, além de aproximar as partes, opina, sugere e aponta soluções possíveis para o conflito, sendo seu procedimento informal, estabelecendo ligação entre as partes e a pendência posta (COSTA, 2002; GARCEZ, 2009).

A diferença entre a mediação e a conciliação repousa no fato de o mediador não interfere nas negociações, servindo apenas de elo; na conciliação, o conciliador dá sugestões, opiniões e apresenta possíveis soluções para o conflito (INACOM, 2004; COSTA, 2002).

Sobre o método, Fisher et al. (2005) estabelece um percurso para a mediação composto de quatro passos,

- a) separar as pessoas dos problemas;

Qualquer método de negociação pode ser julgado imparcialmente por três critérios: deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes. (Um acordo sensato pode ser definido como aquele que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade). (FISHER et al., 2005, p. 22).

O importante não são as pessoas, mas os problemas que elas enfrentam. Dessa forma, a mediação pode e deve ajudar a conseguir para ambas as partes boas vantagens e soluções que as satisfaçam, de forma que nenhuma delas saia perdendo.

b) concentração total nos interesses das partes e não na posição que ocupam;

A forma mais comum de negociação, [...] depende de se assumir sucessivamente – e depois, abandonar – uma sequência de posições. Tomar posições [...], atende a alguns fins úteis numa negociação. Diz ao outro lado o que você quer; fornece um esteio nas situações incertas e pressionantes; e pode acabar por produzir os termos e um acordo aceitável. Entretanto, pode-se chegar a esses fins de outras maneiras. E a barganha posicional deixa de atender aos critérios básicos de produzir um acordo sensato, de modo eficiente e amistoso. [...] A barganha de posições cria estímulos que paralisam a resolução. Na barganha posicional, você procura aumentar a probabilidade de que qualquer acordo atingido lhe seja favorável, começando numa posição extremada, aferrando-se obstinadamente a ela, iludindo a outra parte quanto a suas verdadeiras opiniões e fazendo pequenas concessões, apenas na medida necessária, para manter a negociação em andamento. O mesmo se aplica ao outro lado. Cada um desses fatores tende a interferir na pronta obtenção de um acordo. Quanto mais extremadas as posições iniciais e menores as concessões, maiores serão o tempo e o esforço despendidos para descobrir se o acordo é ou não possível (FISHER et al., 2005, p. 24).

Não interessa qual a posição que as partes ocupam, mas sim, seus interesses. Não é o fato de uma das partes quer uma coisa e a outra querer o contrário; é o interesse de ambas que deve receber toda atenção, para que as duas partes saiam satisfeitas.

c) criação de opções de ganhos mútuos:

O mediador deve criar várias chances de ganhos para ambas as partes, com a solução encontrada, de forma a tornar mais atraente a solução do que o problema, fazendo com que ambas as partes entendam que saíram com vantagens. d) Perseverar em critérios objetivos: O mediador precisa ser prático, ter juízo crítico e buscar se preparar para mediar uma situação de conflito, estudando bem o problema e as possíveis soluções existentes. Não se deve ir despreparado para uma medição. A análise de cada caso concreto é de grande valia para encontrar soluções amigáveis para ambos os lados.

De acordo Ghisleni e Spengler (2011), o mediador trabalha para o processo e não para uma das partes nomeadamente, ou seja, um processo que tem por finalidade tão somente a satisfação pessoal de um em prejuízo ao outro, que

não terá sucesso, visto que a mediação tende à resolução do conflito de forma pacífica e levando a concluir que no processo em que há mediação não haverá ganhador/perdedor ou procedência/improcedência, mas sim, duas partes que entrarão em consenso e decidirão a lide conforme sua vontade.

Nesses termos, “a virtude do mediador é aquela do estar no meio, de compartilhar, e até mesmo do ‘sujar as mãos’” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 49). O mediador que se coloca como tal deixa de ser mediador e assume uma posição estranha, super partes, incapaz de assumir o litígio como o elemento comum das partes, que é também o meio simbólico a ser transformado e reutilizado, para reativar a capacidade comunicativa.

É imperativo que haja aceitação dos litigantes, de modo a permitir que outra pessoa entre na disputa para ajudar na chegada de uma definição. Todavia, isso não significa necessariamente que as partes “recebam muitíssimo bem o envolvimento do mediador e estejam dispostas a fazer exatamente o que ele diz”, mas sim, que “aprovam a presença do mediador e estão dispostas a ouvir e considerar seriamente suas sugestões” (MOORE, 1998, p.28).

Como a mediação é praticada em diversas situações (fóruns, conflitos, culturas), o tipo de relacionamento que o intermediário tem com as partes influencia o tipo de interferência que é utilizada para ajudá-las. Silva (2004) garante que o mediador inaugura um novo tipo de profissional, porquanto não é um advogado, nem psicólogo ou médico, além de dever ser imparcial e investigar “para conhecer os reais interesses” (p. 113). Além disso, só as próprias partes sabem o que é melhor para elas e, portanto, ele deve falar para que elas falem e se questionem (GHISLENI; SPENGLER, 2011).

Silva (2004), também sustém que a mediação é um procedimento rápido, no qual ocorre “a composição de interesses e não a definição de direitos” (p. 107), e é composto de oito estágios, quais sejam: iniciação (quando as partes optam pela mediação e escolhem o mediador), preparação (informação às partes sobre as características da disputa e resultados que almejam), introdução (esclarecimento do procedimento e aceitação das partes), declaração do problema (discussão aberta das controvérsias), esclarecimento do problema (especificação do problema pelo mediador), geração e avaliação de alternativa(s) (o mediador estimula as partes a se questionarem, conduzindo-as à produção de alternativas), seleção de alternativa(s) (o mediador aponta as soluções inviáveis e praticáveis) e acordo (esclarecimento dos termos do acordo e a confir-

mação da aceitação das partes). Pode haver a necessidade de retornar a alguma etapa anterior para maiores esclarecimentos, que deve ser percebida e efetivada pelo mediador.

A finalização do procedimento de mediação compreende a formalização do acordo. Esta fase necessita da concretização de duas etapas: a “implementação dos procedimentos de indução ao compromisso que vão melhorar a probabilidade de cumprimento”, bem como “alguma forma de atividade simbólica de encerramento do conflito” (MOORE, 1998, p.268).

Para Ghisleni e Spengler (2011) o acordo celebrado entre os litigantes deve ser o mais realista possível a fim de satisfazê-los ao máximo, prevenindo complicações futuras e possibilitando maior durabilidade. Os autores asseveram a importância da elaboração do acordo em uma linguagem fácil e compreensível, contendo todas as especificações decididas pelas partes. A mediação é um procedimento capaz de resolver problemas, porém é, também, potencialmente, uma oportunidade para estabelecer, definir, edificar ou terminar relacionamentos. Tanto os aspectos da mediação referentes à resolução de problemas quanto à definição de relacionamentos ocorrem no contexto da discussão de questões e interesses que podem ser de natureza essencial, processual ou psicológica.

A legislação estabelece que cada tribunal do país poderá criar um cadastro próprio de conciliadores e mediadores, mas esses, se forem advogados, estarão impedidos de exercer sua função no tribunal em que mediarão. Ainda assim, as partes podem escolher um mediador que não necessariamente esteja cadastrado. Haverá o mediador ou conciliador voluntário, mas também haverá mediadores e conciliadores que receberão por seu trabalho, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Os mediadores e conciliadores deverão informar sua capacitação, de forma que se conheça sua especialidade, formação, experiência e eventuais impedimentos. Ainda, o conciliador deve confirmar ter realizado curso específico em entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (art. 167, §1º).

O novo CPC (Lei nº 13.105/2015) também abre a possibilidade para criação de cargo público de conciliador / mediador nos tribunais ou, ainda, permite que esses possam montar um quadro composto por mediadores / conciliadores independentes, que não sejam funcionários públicos, exigindo, contudo, que essas pessoas preencham o requisito da capacitação mínima.

A função de mediador e ou conciliador tanto pode ser remunerada como pode ser realizada como trabalho voluntário. Se remunerada, deverá obedecer tabela de pagamento de honorários instituída por cada Tribunal (art. 169, caput).

Conforme Bonatto (2016, p. s/p.)

O conciliador emprega técnica diversa, sua atuação é mais ativa, incisiva, podendo sugerir acordos, soluções aos conflitantes. A conciliação é indicada para partes que não tem relação jurídica prévia. Ex: direito do consumidor, acidente de trânsito, responsabilidade civil

Em seu art. 166 e §§, o novo CPC estabelece que a conciliação e a mediação serão informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Dessa forma, tornam-se sigilosas todas as conversações da mediação ou conciliação. Pode-se usar de técnicas de negociação, para facilitar e tornar o ambiente mais agradável. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais (BRASIL, 2015c).

O novo CPC estabelece que os Tribunais (TJ e TRF) deverão criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos, sendo os responsáveis pela respectiva organização a partir de diretrizes estabelecidas pelo CNJ na Resolução nº 125, tendo como função realizar todas as audiências de mediação e conciliação, que não serão realizadas pelo juiz e sim, pelos mediadores e conciliadores. Esses centros têm a função de desenvolver programas para disseminar conhecimento sobre conciliação e mediação e sua importância para solução de conflitos (BRASIL, 2015c).

Em relação à mediação na justiça do trabalho, de acordo com Sapiência (2016), desde o ano 2000, a Justiça do Trabalho busca meios extrajudiciais para composição, organizando Comissões de Conciliação Prévia com a finalidade de agenciar um acordo nos conflitos individuais do trabalho. A natureza jurídica das comissões é de mediação, porém, tal instituto não atingiu sua finalidade devido ao enraizamento da cultura da judicialização na mente dos brasileiros.

A utilização da mediação no âmbito do direito do trabalho pode contribuir, em muito, para a celeridade na solução de conflitos, desafogando os tribunais,

evitando gastos por parte dos empresários e da máquina estatal. Tais valores despendidos deixam de serem aplicados no mercado, no crescimento da empresa, na criação de novos empregos, para serem gastos com a justiça. É nesse sentido que a resolução nº 125 do CNJ estabelece a probabilidade de uso imediato, em todas as esferas da justiça, sem exceções para a justiça do trabalho.

De acordo com Borba (2002), o processo de mediação na justiça do trabalho possui vários estágios: o contrato, o desenvolvimento da questão, o estudo do conflito, desenvolvimento de opções e o acordo. Na fase contratual verifica-se a possibilidade de mediar e o estabelecimento de regras comportamentais e processuais. O mediador se preocupa com o desenvolvimento técnico, quando reúne informações, identifica áreas de acordo e organiza questões. Após isso, identifica o conflito, levanta pontos de vista diferentes e a propriedade das partes. A cada tipo de conflito cabe um tipo de mediador, a exemplo, o mediador pode ser um terapeuta, um advogado, um contador, um especialista em recursos humanos, entre outros. Durante a relação de emprego, a mediação pode auxiliar na insatisfação recíproca entre empregado e empregador, pela mudança na forma de administrar ou gerada por qualquer alteração no processo trabalhista da empresa e, inclusive, depois de rompida a relação de emprego, evitando gastos de tempo e recursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o Poder Judiciário tenha como principal objetivo a celeridade dos atos processuais, incentivada pela redução dos prazos, a simplificação dos procedimentos e a incessante busca pela conciliação entre as partes, o que se observa é que o número de demandas judiciais vem crescendo consideravelmente a cada ano, proporcionando o acúmulo do número de processos nas Varas e Juizados do país, com atraso nas pautas de audiência e a conseqüente insatisfação do jurisdicionado.

Resulta disso a prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade sofrível, uma vez que o principal objetivo do jurisdicionado, ao ingressar com uma demanda judicial, não está sendo alcançado, qual seja, a imediata resolução do conflito. Devido à enorme carga processual acumulada nos últimos anos, o judiciário não está sendo capaz de proporcionar às partes uma tutela jurisdicional de qualidade, célere e eficaz ao mesmo tempo.

A utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação, poderia auxiliar o judiciário a diminuir a carga processual, garantindo às partes celeridade na prestação jurisdicional, sigilo do procedimento, maior informalidade, baixo custo, além da possibilidade de escolher um julgador de sua confiança para intermediar o conflito.

Por se tratar de meio extrajudicial de resolução de conflitos, a mediação ainda encontra resistência por parte de alguns doutrinadores no que tange a sua efetiva aplicação no âmbito da Justiça Comum e Especializada. A incompatibilidade entre o objeto da mediação e a natureza de alguns direitos em litígio e a violação de princípios constitucionais como o da inafastabilidade do Poder Judiciário, do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, são alguns dos argumentos apresentados em desfavor da mediação.

Neste tocante, restaria impossibilitada a efetiva aplicação da mediação no âmbito extrajudicial para dirimir os conflitos de interesse. Entretanto, tal entendimento vem sendo mitigado aos poucos pela doutrina especializada e por decisões reiteradas dos Tribunais de todo o Brasil, que tem se posicionado a favor da utilização da mediação, reconhecendo o presente instituto como válido para resolver os conflitos de interesse em sociedade.

Ressalta-se que a mediação constitui uma opção das partes e, nesse sentido, tal escolha não deverá ser considerada como renúncia à jurisdição estatal. Pelo contrário, a existência de meios extrajudiciais de resolução de conflitos permite ao jurisdicionado optar pelo procedimento mais eficaz, seja ele público ou privado, sem, contudo, abdicar do sistema jurisdicional estatal para resolver os litígios decorrentes das relações sociais.

O jurisdicionado tem a faculdade de levar a demanda judicial à apreciação do órgão jurisdicional que melhor lhe aprouver, desde que o este órgão atenda aos fins sociais do processo, julgando a lide de acordo com os preceitos constitucionais e sempre respeitando o devido processo legal.

Assim, a mediação surge como uma alternativa de jurisdição, reconhecida pela Constituição Federal como instrumento legal capaz de dirimir os conflitos de interesse, uma vez frustrada eventual negociação entre partes litigantes. O instituto da mediação, entretanto, ainda é pouco utilizado, ou mesmo desconhecido, pela maioria da população, fruto principalmente da falta de informação e de incentivo na utilização de meios extrajudiciais de resolução de contendas.

A utilização de meios alternativos como a mediação serve para, se não resolver, pelo menos tentar minimizar o colapso da via jurisdicional de solução de conflitos agravado pelo aumento crescente do número de demandas nas diversas esferas do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BASTAZINE, C. A. **Mediação em relações individuais de trabalho**. 2012. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BONATTO, F. M. **Mediação e conciliação no novo CPC**. Santos Silvério Advogados on-line. Porto Alegre, mai. 2016. Sessão Publicações. Disponível: <http://ssa.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc/>. Acesso: mai. 2016.

BORBA, J. N. **Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática**, São Paulo: LTr, 2002.

BRASIL, 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jun. 2015a. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso: mai 2017.

BRASIL. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório geral da justiça do trabalho**: 2015. Brasília, DF, CESTP, 2015b. Disponível: www.tst.jus.br/estatistica. Acesso: dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015c. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: mai. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-a-coes/pj-justica-em-numeros> Acessado: mai. 2017

CALMON, P. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHAL, E. do.; ANDRÉ NETO, A.; ANDRADE, G. M. de; ARAÚJO, J. V. de. **Negociação e administração de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, N. C. A. da. **Poderes do árbitro**: de acordo com a Lei 9.307/1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CREMONESI, A. A litigância de má-fé no processo do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**. n.2, segundo semestre de 2014. Disponível: <http://www.usjt.br/revistadireito/>. Acesso: jan. 2017.

FISCHER, Roger. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro; Ana luiza Borges. 2. ed, revisada e ampliada, Rio de Janeiro: Imago Editora, 2005.

GARCEZ, J. M. R. **Contratos internacionais comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 2009.

GHISLENI, A. C.; SPENGLER, F. M. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. **Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Apostila II. Belo Horizonte: INACOM, 2004.

MOORE, C. W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 28. ed. São Paulo: Saraiva Ed., 2009.

NAZARETH, E. R. **Mediação: o conflito e a solução.** São Paulo: Arte Paubrasil, 2009.

MAX-NEEF, M. A.; ELIZALDE, A.; HOPENHAYN, M. **Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones.** Barcelona: Icaria, 2006.

SAMPAIO, L. R. C.; BRAGA NETO, A. **O que é mediação de conflitos.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

SAPIÊNCIA, V. A mediação na justiça do trabalho. **Folha de São Paulo, Tendências/Debates on-line.** São Paulo, Folha de São Paulo, jul. 2016. Disponível: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/07/1790754-a-mediacao-na-justica-do-trabalho.shtml>. Acesso: jan. 2017.

SILVA, J. R. da. **A mediação e o processo de mediação.** São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SOUZA, Z. A. de. **Arbitragem - Conciliação - Mediação nos Conflitos Trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2004.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, J. C. **Teoria e Prática da Mediação.** Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.