MAURÍCIO RODRIGO TAVARES LEVY

Mediação de Conflitos Trabalhistas e Promoção de Direitos Humanos

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
a obtenção do título de Mestre em direito
do trabalho.

Área de concentração: Direito do Trabalho
Orientador: Prof. Antônio Rodrigues de
Freitas Júnior

São Paulo

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Maurício Rodrigo Tavares Levy

Mediação de Conflitos Trabalhistas e Promoção de Direitos Humanos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de mestre em direito do trabalho.

Área de concentração: Direito do Trabalho

Aprovado em

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antônio Rodrigues de Freitas Júnior

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura

Prof. Dr. Ari Possidonio Beltran

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura

Profa. Dra. Rosane Mantilla de Souza

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Assinatura

Dedico este trabalho a Carminha, Deborah e Maria Fernanda:
mãe, esposa e filha: as mulheres da minha vida,
cronologicamente.

RESUMO

Levy, M.R.T. Mediação de Conflitos Trabalhistas e Promoção de Direitos Humanos. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009

O trabalho tem por objetivo mostrar como a adoção de uma política pública de mediação de conflitos trabalhistas é uma eficiente maneira de assegurar a implementação de direitos humanos. A relação de trabalho tem enorme potencial de geração de conflitos. Por outro lado, o valor social do trabalho é um dos fundamentos da nossa sociedade. Através da análise dos fundamentos teóricos da mediação, da legislação estrangeira a brasileira, bem como das experiências de outros países, demonstramos como a mediação pode ser implementada como uma forma de política pública, voltada à provisão de justiça e à construção de uma cultura de paz.

Palavras chaves. Mediação. Conflitos trabalhistas. Direitos humanos. Cultura da Paz

ABSTRACT

Levy, M. R.T., Mediation of Labor Conflicts and Promotion of Human Rights. Dissertation (Masters Degree). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009

This dissertation aims at analyzing how the adoption of a public policy of labor conflicts mediation is an efficient manner to secure the implementation of human rights. The employment relationship has enormous potential to generate conflicts. In the other hand, the social value of work is one of the grounds of our society. By the analysis of the fundamental theory of mediation, the Brazilian and foreign legislation, as well the experiences of other countries, we will demonstrate how mediation can be implemented as a form of public policy relating to justice provision and the construction of a peace culture.

Keywords. Mediation. Labor Conflicts. Human Rights. Peace Culture.

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 CONFLITOS.....	9
1. 1 CONCEITO	9
1.2 DIMENSÕES DO CONFLITO	14
CAPÍTULO 2 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	16
2.1 GESTÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS	17
2.2 FORMAS DE GESTÃO	21
2.2.1. Autotutela.....	21
2.2.2 Negociação	23
2.2.2.1 Negociação baseada em posições.....	25
2.2.2.2 Negociação baseada em princípios	26
2.2.3 Conciliação.....	26
2.2.4 Mediação	28
2.2.5 Arbitragem	30
2.2.6 Julgamento simulado	31
2.2.7 Jurisdição.....	33
2.3. ACESSO À JUSTIÇA.....	33
4.4 CONCILIAÇÃO: JUDICIÁRIA E NÃO JUDICIÁRIA	40
CAPÍTULO 3 – MEDIAÇÃO.....	44
3.1 CONCEITO DE MEDIAÇÃO	44
3.2 OBJETIVOS.....	45
3.2.1 Solução de conflitos	46
3.2.2 Prevenção de conflitos	46
3.2.3 Inclusão Social.....	46
3.2.4 Paz Social	46
3.3 MODELOS.....	48
3.4 . PRINCÍPIOS.....	49
3.5 ALCANCE E LIMITES	50
3.6 MEDIADOR – FUNÇÕES, PAPÉIS E CÓDIGO DE ÉTICA	51
3.7 PROCEDIMENTOS.....	59
CAPÍTULO 4 - MEDIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL	62
4.1 ARGENTINA	62
4.2 ESTADOS UNIDOS	65

4.3 ESPANHA	68
4.4 PORTUGAL	69
4.5 FRANÇA	70
CAPÍTULO 5 MEDIAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO	71
5.1 MEDIAÇÃO TRABALHISTA E DIREITOS INDISPONÍVEIS	72
5.2 MEDIAÇÃO TRABALHISTA DE CONFLITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.....	81
CAPÍTULO 6 MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	85
6.1.1 O PROJETO DE LEI DE MEDIAÇÃO.....	85
6.1.2 HISTÓRICO	85
6.2 CRÍTICAS E ENCÔMIOS.....	87
CAPÍTULO 7 MEDIAÇÃO E PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	91
CONCLUSÃO	97

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a mediação como uma forma eficiente de solucionar conflitos no ambiente de trabalho, propiciando ao mesmo tempo a promoção dos direitos humanos e a difusão da cultura da paz.

A mediação é uma negociação facilitada por um terceiro imparcial, sem interesses diretamente envolvidos na disputa. Mas o mediador atua não apenas como um simples facilitador da negociação: ele também procura intervir na relação intersubjetiva de base, para alterá-la e desta maneira promove a sua transformação, num processo de verdadeira construção comum de parâmetros de entendimento entre as partes.

Como forma de autocomposição, a mediação é mais eficiente que a jurisdição. A opção pelo caminho judicial retira da pessoa a possibilidade de participar do processo de resolução do seu problema e a resolução apresentada pelo terceiro será sempre menos adequada que a construída pelas partes.

Por outro lado, por meio da mediação é possível propiciar aos envolvidos a responsabilidade pela solução das controvérsias. Eles passam a ter a gerência do conflito e o poder de decisão. Trata-se de uma medida de inclusão social, pois os indivíduos tomam consciência de seus direitos e assumem a responsabilidade pela resolução das controvérsias. Trata-se de um processo que desenvolve nas pessoas a habilidade de lidar com problemas. Desta maneira, a adoção da mediação como política de resolução de controvérsias estará colaborando para a difusão da cultura da paz.

A Constituição Federal garante diversos direitos aos trabalhadores. Entretanto, tais direitos são, na prática, para uma pequena parte da população, o que promove a exclusão social.

Pouco adianta conferir direitos se não forem propiciados meios de efetivá-los.

A mediação é um processo criativo, que deve ser baseado em equidade, reflexividade e autonomia; é um processo que procura incentivar a capacidade de reflexão e senso crítico das pessoas, fortalecendo a sua capacidade de analisar situações e tomar decisões.

É um instrumento capaz de democratizar a Justiça e auxiliar o Poder Judiciário.

A mediação tem um espectro muito mais amplo que o alcançado pelo Poder Judiciário, servindo para harmonizar conflitos existentes na relação de emprego, que é uma

relação potencialmente geradora de conflitos.

Judiciário está mais aparelhado para oferecer soluções que resolvem disputas, mas não está apto a fornecer maneiras de administrar conflitos. A aplicação institucional da mediação serve para o Estado estimular a cultura da pacificação de conflitos, difundindo a cultura da paz.

No presente trabalho, será analisada a questão os obstáculos para a adoção da mediação na área trabalhista. Notadamente a questão da transação de direitos trabalhistas.

Também trataremos da questão da mediação envolvendo direitos ditos indisponíveis. Entendemos que é possível distinguir entre indisponibilidade de direito da composição consensual de uma pauta para seu exercício.

Também será analisada a questão da mediação de conflitos individuais e coletivos.

Será analisado o projeto de lei de mediação que está em trâmite.

Por fim, será analisada a questão da efetividade da mediação como mecanismo de implementação de direitos sociais.

Já terá sido demonstrado que o código binário do legal/ilegal não é adequado para solucionar muitas questões que modernamente têm surgido, pois as relações de trabalho tornaram-se muito mais complexas do que aquelas que existiam por ocasião da edição da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os direitos humanos, sobretudo os de segunda (igualdade – proteção contra práticas não discriminatórias) e de terceira (proteção do meio ambiente do trabalho) não encontram nos mecanismos legais tradicionais meios eficazes de defesa.

Daí a importância da mediação, por meio da qual é possível encontrar formas consensuais para a garantia desses direitos.

Capítulo 1 Conflitos

1. 1 Conceito

Antes de iniciar o estudo da mediação, é necessário analisar o fato que é seu pressuposto – o conflito. Sem um conflito, que é o foco do trabalho do mediador, não se pode cogitar da existência da mediação com uma forma de tratá-lo.

A precisa definição do conflito é essencial, não apenas para o objeto da pesquisa, mas também para diferenciá-lo de figuras afins, com as quais freqüentemente é confundido.

A existência de conflitos é coessencial às relações sociais. Os conflitos decorrem naturalmente em razão dos diferentes desejos, vontades de frustrações de cada pessoa.

Os conflitos ocorrem cotidianamente na vida das pessoas e originam-se da própria convivência do ser humano em sociedade: cada pessoa tem seus interesses, objetivos, formas de agir e pensar. E a interação entre as pessoas traz à tona essas diferenças.

Como aponta Petrônio Calmon:

O contrato social e mesmo a existência da norma jurídica não são suficientes para a *pacificação social*, porquanto nem sempre o seu cumprimento é espontaneamente verificado. Ao atribuir a si a titularidade de um direito, entendendo alguém estar agindo de acordo com a ordem jurídica e dispondo-se a agir (*pretensão*) segundo esse direito, duas situações distintas lhe podem suceder: o exercício desse direito sem que algo ou alguém o impeça (gerando a *satisfação*) ou o não-exercício deste direito por causa de obstáculos que são postos à pretensão (gerando a *insatisfação*). Os obstáculos postos à plena satisfação do direito podem advir da *resistência* de outrem ou da própria *regulação jurídica*, quando esta proíbe a sua satisfação voluntária.

Verificam-se, então, duas situações distintas ocorrentes nas relações sociais, uma *harmônica* e outra de *conflito*. A harmonia é a regra, pois a sociedade caminha naturalmente e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões, ou, como diria THOMAS HOBBS, dando cumprimento ao contrato social.

O conflito é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido. Pode perpetuar-se ou ser resolvido. Se resolvido, restabelece-se a harmonia.

O conflito resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos. O conflito que envolve empresas é, ainda, um fenômeno econômico, que gera consequências mais amplas. Quando se trata de

interesses que não podem ser individualizados (metaindividuais), a importância social do conflito é ainda maior. Os conflitos implicam lutas entre duas ou mais pessoas acerca de valores, posição ou recursos.¹

A crescente evolução em complexidade das relações humanas coloca em destaque os conflitos – eles mesmos, evidentemente, cada vez mais complexos.

De acordo com José Osmir Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior e Daniel Lopes de Moraes, os autores Folberg e Taylor distinguem estrutura de conflito, situação de conflito e conflito manifesto: a **estrutura de conflito** ocorre quando se fazem presentes interesses que têm a tendência a opor-se de maneira recíproca; **as situações de conflito** referem-se à condição em que esses interesses, aptidões e poderes encontram-se ativados (o conflito está em andamento) e o **conflito manifesto** é o conjunto de condutas específicas ou ações que indicam e compreendem o conflito - aquilo que dele se observa.²

E as relações de trabalho (nas quais pode ser identificada a estrutura de conflito mencionada por Folberg e Taylo) são um campo fértil para a proliferação de conflitos. De acordo com Ari Possidonio Beltran, citando Miguel Henaiz Marques:

Miguel Henaiz Marques diz ser idéia geral o fato de que em todas as atividades e relações humanas, em certas circunstâncias, surgem as pugnas e controvérsias.

As relações do trabalho não constituem exceção; ao contrário, tratando-se de trabalho, que é uma necessidade vital para aquele que o presta, os conflitos tomam uma candência e uma paixão mais exteriorizadas do que em controvérsias de outra ordem.

Segundo Henaiz, tal luta – que foi fomentada durante muitos anos, mantendo as posições das classes sociais como essenciais e funcionalmente contrapostas – tem encontrado uma plausível superação nas modernas tendências. É que, apesar das divergências entre trabalhador e empresário, a contraposição é contínua, havendo pontos convergentes, como o interesse da produção e o próprio interesse nacional.

Os conflitos não desapareceram, mas foram reduzidos e limitados a divergências econômicas ou jurídicas que podem ser legal e concretamente solucionadas, sendo abandonada a estéril companhia do componente político.³

Além disso, na relação de trabalho está muito evidente a situação de dependência dos empregados ao poder do empregador, o que também ensejam conflitos:

¹ CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. São Paulo, Forense, 2007, p. 21/22.

² FIORELLI, José Osmir; MALHADAS Júnior, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes. Psicologia na Mediação - Inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais, São Paulo, LTr, p. 17/18.

³ BELTRAN, Ari Possidonio. A autotutela nas relações do Trabalho, São Paulo, LTr, 1996, p.42.

Grandes diferenças de poder em uma relação tendem a provocar conflitos, ocasionados pela repressão do mais fraco pelo mais forte (Acland, *op. cit.*, p. 101), quando aquele tenta provocar modificações nessa relação.

A natureza, a extensão e a intensidade desse tipo de conflito são fortemente permeadas por condicionantes socioculturais e psicológicas.

Em um ambiente em que a autoridade se impõe naturalmente, sem espaço para discussão ou contestação, a percepção da diferença de poder talvez não seja evidente para o "oprimido" - efetivamente, ela pode simplesmente não existir e ser substituída por outros elementos, por exemplo, proteção.

Uma personalidade extremamente dependente pode encontrar na relação de poder, assim desequilibrada, uma oportunidade de ajustamento, sem que precise justificar-se perante a sociedade próxima.⁴

A partir da década de 1970, com a proliferação dos movimentos sociais e a crise do *welfare state*, os conflitos trabalhistas passaram a ser estudados com ênfase no seu aspecto transformador. A correta compreensão do conflito era necessária para que fosse possível dominá-lo, de maneira a não provocar a derrocada do sistema.

O aspecto transformador do conflito, com ênfase na sua capacidade de modificação, era visto como algo positivo.

Assim, os conflitos não são necessariamente ruins. Podem representar uma oportunidade para o desenvolvimento das relações entre as pessoas, na medida em que devem ser superados.

As palavras de Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa sintetizam a opinião dos estudiosos:

O conflito nem sempre é ruim. Ao contrário. Como tudo, neste mundo dialético, contém idênticas parcelas de bem e mal. É do conflito intrapessoal, aquele que o ser trava consigo próprio, que surge os conhecimentos interiores, necessários para a efetivação de crescimento, inclusive espirituais. É no conflito que o ser humano estabelece prioridades. Por exemplo, se o indivíduo vive uma situação de conflito entre a quantidade e a qualidade da alimentação que ingere e seu desconforto com o seu peso corporal, pode, em algum momento, em decorrência desse conflito, estabelecer por si próprio uma alimentação mais regular e balanceada, o que acarretará, naturalmente, decréscimo do peso corporal, e, conseqüentemente, melhora de suas condições de saúde (decrécimo dos níveis de colesterol e triglicérides, entre outras coisas). A mudança de hábitos alimentares, se não contasse com esse efetivo e sério conflito interior, não decorreria, meramente, da observância de conselhos médicos, por melhores e mais contundentes que fossem,

⁴ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS Júnior, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes. *Op. cit.* p. 33.

porque estes, por si só, não calariam no âmago do ser humano. Verifica-se a pertinência desse exemplo por meio de outro. Indivíduos que não têm qualquer conflito sério decorrente do tabagismo, cientes que esse hábito poderá lhes trazer a morte, dolorosa e breve, não dispensam o cigarro, ou muito dificilmente o fazem.

O conflito interpessoal, aquele surgido entre seres humanos, pode se mostrar benéfico para desenvolvimento de processos. Se dois indivíduos, dentro de uma empresa, estão incumbidos de um mesmo trabalho ou de trabalhos interdependentes e um não aprecia o modo como o outro o realiza, o conflito certamente está instalado. Pode decorrer daí uma terceira forma de desempenho, que junte o melhor da técnica de ambos e um plano de ação que colha tanto parcelas do método de trabalho de um como de outro, com benefícios para a realização da função e novos dimensionamentos antes não vislumbrados.⁵

Os mecanismos de superação dos conflitos devem ser aptos a promover a adequada administração do conflito. A manutenção do conflito sem qualquer forma de tratamento é que representa um risco para o prosseguimento das relações interpessoais.

Como aponta Patrícia Therezinha de Toledo não há unanimidade entre os juristas em torno de uma definição do que seja o conflito, sendo o termo utilizado ao lado de expressões como controvérsia, medida conflitiva e reclamação⁶.

Prossegue a referida autora:

“Manuel Alonso Olea e Maria Emilia Casas Baamonde afirmam que o conflito de trabalho é toda discussão ou controvérsia manifestada externamente entre empresários e trabalhadores quanto às condições de trabalho.

*Ojeda Avilés apresenta as diferenças entre conflitos, controvérsias e medidas conflitivas: a) no conflito é uma situação de discrepância entre partes de uma relação, cuja intensidade é variável e pode se mostrar latente ou se ter exteriorizado; b) a controvérsia é um conflito externamente manifestado; c) as medidas conflitivas são quaisquer recursos utilizados pelas partes que estão em litígio direto e incluem a promessa, ameaça, simulação, etc. A expressão *conflito* é a que melhor conceitua o fenômeno em estudo e foi adotada pelo legislador espanhol (art. 152 da Lei de Procedimento Laboral).*

Não se pode confundir a disputa (o lado aparente e estritamente comportamental do conflito) e o conflito propriamente dito.

Como apontam José Osmir Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior e Daniel Lopes de Moraes os elementos envolvidos no conflito podem ser 1) bens, compreendendo patrimônio, direitos, haveres pessoais, etc, 2) princípios, valores e crenças de qualquer

⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Mediação em Juízo, São Paulo, LTR, 2004, p. 28/29.

⁶ TOLEDO, Patrícia Therezinha de. Solução Extrajudicial dos Conflitos do Trabalho - Brasil, Espanha e Itália, São Paulo, LTr, p. 4.

natureza, inclusive políticas, religiosas, científicas, etc.; 3) poder, em suas diferentes acepções e 4) relacionamentos interpessoais. Mais de um desses elementos podem estar envolvidos no conflito.⁷

Concluem os autores mencionados que as situações de conflito são em geral complexas.

Como apontam Célia Zapparoli e Antônio Rodrigues de Freitas Júnior⁸ os conflitos se caracterizam por a) no plano objetivo: um problema alocativo incidente sobre bens escassos ou encargos tidos como necessários, sejam os bens e os encargos de natureza material ou imaterial (ou seja, bens ou encargos que não são tidos como suficientes para todos e que devem ser distribuídos); b) no plano comportamental: consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos (ou seja, condutas contrapostas e antagônicas) e; c) no plano anímico ou motivacional: sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de justiça (ou seja, os agentes têm cada qual sua opinião a respeito da justeza de sua reivindicação, pois do contrário tratar-se-ia de uma situação de descumprimento legal, simplesmente – é essa circunstância que torna necessária a co-construção de pautas justas para o enfrentamento do problema alocativo).

Ao colocar que no plano objetivo o conflito traz um problema alocativo incidente sobre bens escassos ou encargos tidos como necessários, Zapparoli e Freitas referem-se à impossibilidade de se atender simultaneamente às necessidades *percebidas* pelas partes em conflito. Ou seja, é necessário que ambas as partes desejem um certo bem (ou encargo) que, sob a ótica destas partes, não poderá ser atribuído simultaneamente a ambos. Para que surja o conflito, a escassez não precisa ser objetiva: deve ser assim compreendida pelas partes. Isto é, mesmo que não haja uma real escassez do bem que se disputa, objetivamente considerado, se as partes assim o entenderem poderá surgir o conflito.

Ao asseverar que no plano comportamental o conflito traz a vetores comportamentais diferentes, os autores entendem que as condutas das partes não podem ser as mesmas.

Os conflitos de que se cuida são os conflitos sociais, que produzem efeitos na relação intersubjetiva. Eles têm como elemento a contrariedade entre as posições (que são os objetivos explícitos que cada sujeito persegue em sua relação com os demais) de dois ou

⁷ FIORELLI, MALHADAS Júnior e MORAES, op. Cit. p. 16

⁸ ZAPAROLLI, Célia e FREITAS Júnior. Antônio Rodrigues de. Mediação de Conflitos e Promoção da Cultura da Paz, *gray version*, p. 44/45.

mais sujeitos.

Quanto ao plano motivacional, as partes têm, cada qual, sua percepção de justiça da reivindicação que fazem. Cada parte considera justo o vetor comportamental que adota.

A questão do conceito de justiça de cada uma das partes na condução de seu comportamento (ou seja, na orientação de seu vetor comportamental) também é essencial. As partes devem entender que a sua reivindicação (o seu vetor comportamental) é, por alguma razão, justo. Caso uma das partes envolvidas no conflito deliberadamente entenda que seu vetor comportamental não é justo, mas mesmo assim nele persista, caracterizaria-se uma situação de ilícito, a demandar as medidas judiciais apropriadas para a sua resolução.

Por outro lado, não obstante o caráter positivo dos conflitos, devem eles ser tratados, com a finalidade de pacificação social. E quanto melhor for a forma de tratamento do conflito mais duradoura e efetiva será a pacificação trazida.

O conflito tem como agente de agravamento o fato de tornar difícil ou mesmo impossível a comunicação. Com a dificuldade de comunicação, as partes entram em uma escalada de incompreensões. Portanto, pode-se dizer que os conflitos são processos co-construídos e nessa medida a intervenção mediadora deve se fazer presente.

1.2 Dimensões do conflito

Seguindo as lições de Mayer, Zaparolli e Freitas apontam que os conflitos se projetam nas dimensões cognitiva, emocional e comportamental. Todas essas dimensões devem ser abordadas no tratamento do conflito.

Como os conflitos apresentam dimensões cognitivas, emocionais e comportamentais é imprescindível um trabalho multidisciplinar, como apontam os autores:

Essa é a razão pela qual uma abordagem verdadeiramente transformadora da relação entre sujeitos, demovendo-os das respectivas posições em atmosferas de conflito, para que melhor possam identificar e hierarquizar os respectivos interesses, implica a utilização de categorias e técnicas provenientes de diferentes disciplinas do conhecimento.

E é também por esse motivo que falo aqui de mediação inter e multidisciplinar. Em outros termos, o que chamo aqui de mediação é necessariamente um processo multidisciplinar, na medida em que requer o envolvimento de profissionais e saberes de diferentes disciplinas do conhecimento social. Também por isso, o aprofundamento e a expansão do conhecimento sobre mediação tende a fazer com que se constitua, ela

própria, num saber interdisciplinar, para cujo estatuto epistemológico seja necessário formular categorias, princípios, métodos e procedimentos específicos, e distintos daqueles próprios a quaisquer disciplinas já existentes; naturalmente que por meio do concurso dessas.⁹

⁹ ZAPAROLLI, FREITAS Júnior. Op. Cit. p. 35/36.

Capítulo 2 Formas de Resolução de Conflitos

Como visto acima, os conflitos não são essencialmente prejudiciais, perniciosa é a ausência de seu tratamento.

Assim, são necessárias formas de administrar os conflitos, ou seja, maneira pelas quais os conflitos são tratados de modo a restituir a paz entre as partes.

Os mecanismos de gestão, cada um a seu modo, tornam possível conviver com os conflitos; cada um deles terá maneiras de aproveitar ou não o aspecto transformador dos conflitos.

E tanto melhor será aproveitado o aspecto transformador dos conflitos quanto mais puder a forma de gestão agir sobre a relação intersubjetiva sobre a qual ele se manifesta.

As formas de composição dos conflitos são didaticamente classificadas em autocomposição (que não envolvem terceiros) e heterocomposição (que demandam a participação de terceiros),

As formas autocompositivas são a conciliação, a negociação e a mediação. As formas heterocompositivas são a arbitragem e a jurisdição.

Deve-se destacar que parte da doutrina não insere a mediação como forma de autocomposição, colocando-a como meio heterocompositivo. Veja-se, neste sentido, a lição de Maurício Godinho Delgado:

Há autores que consideram a conciliação e a mediação meios autocompositivos, reservando à heterocomposição apenas a jurisdição e a arbitragem (Por exemplo, Lídia Miranda de Lima AMARAL, em seu 'Mediação e Arbitragem - uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil', São Paulo: LTr Edit., 1994, pp. 7, 15 e 16. Também Amauri Mascaro NASCIMENTO, 'Teoria Geral do Direito do Trabalho', São Paulo: LTr Edit., 1998, pp. 318-319.). Afinal, nas duas primeiras figuras não se entregaria ao terceiro o poder de *decidir* o litígio, ainda que sendo inegável sua participação na dinâmica compositiva.

Registre-se, ademais, nesse debate classificatório, a dubiedade inerente à própria *arbitragem* (principalmente a do tipo consensual): é que o árbitro, mesmo sendo terceiro, é escolhido pelas próprias partes (o que aproximaria o método da autocomposição).

Contudo, parece-nos válida, do ponto de vista científico, a tipologia proposta no presente estudo (isto é, *jurisdição*, *arbitragem*, *conciliação* e, também, de certo modo, a *mediação* como modalidades de heterocomposição).

É que a diferenciação essencial entre os métodos de solução de conflitos encontra-se, como visto, nos *sujeitos envolvidos* e na *sistemática*

operacional do processo utilizado. Na autocomposição, apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma *sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes*. Já na heterocomposição, ao contrário, dá-se a intervenção de um *agente exterior* aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo, como já exposto, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Isso significa que a sistemática de análise e solução da controvérsia deixa de ser exclusivamente gerida pelas partes, transferindo-se em alguma extensão para a entidade interveniente.

É evidente que o papel exercido por este agente exterior e a intensidade de sua intervenção são aspectos que variam significativamente em consonância com os tipos de mecanismos heterocompositivos. No *método jurisdicional* são muito grandes tanto o papel como a intensidade interventiva desse agente exterior; isto também se verifica, ainda que em menor medida, no *método arbitral*. Mesmo na *conciliação* (judicial ou extrajudicial) são significativos o potencial direcionador e de influência da entidade interveniente, que pode, sem dúvida, manter o controle de todo o processo conciliatório, ainda que a decisão final caiba às próprias partes.

Nesse contraponto de métodos heterocompositivos, a *mediação* surge, de fato, como aquele que confere menor relevância ao agente exterior, uma vez que este apenas aproxima e instiga as partes à pacificação. Por isso é que eventualmente se prefere classificar a mediação como simples *instrumento* a serviço de um método de solução de controvérsias (instrumento a serviço da transação bilateral ou da negociação coletiva, por exemplo) e não um método específico existente.¹⁰

Não obstante as judiciosas considerações do autor acima citado, a maior parte da doutrina adota a divisão entre formas autocompositivas (autotutela, mediação e conciliação) e heterocompositivas (arbitragem e jurisdição) aqui referida.

2.1 Gestão extrajudicial de conflitos

Por qual razão são estudadas as formas alternativas de resolução de conflitos? As formas “tradicionais” passaram a ser inadequadas? Qual a razão dessa inadequação? Por que há uma dicotomia entre as formas legais existentes e os contextos sociais onde elas devem ser aplicadas?

A resposta está na própria formação do arcabouço legal trabalhista no Brasil, que deve ser analisado tendo por base as os fundamentos sociais e econômicos que lhe deram

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, Mediação e Comissão de Conciliação Prévia no Direito do Trabalho Brasileiro, Revista LTr. São Paulo v. 66, n. 6. p. 664/665, jun. 2002

base.

A partir de sua origem na Era Vargas Justiça do Trabalho esteve marcada pelo seu caráter corporativista, que era essencial nas relações de trabalho. Como aponta José Augusto Rodrigues Pinto, essa feição era

[...] peça fundamental da integração Estado/empresa, envolvendo o trabalho, fator essencial ao desenvolvimento desta última. Por isso, o traço mais forte do nosso modelo legislativo saiu da *Carta del Lavoro* italiana, de 1927, que consolidou a autorização ao Judiciário para criar condições de trabalho, fundando-se no princípio da equidade que deveria presidir a solução dos conflitos de interesses entre as categorias profissionais e econômicas.¹¹

A nítida inspiração corporativista daquela Constituição era evidenciada pelo artigo 140:

Art. 140 - A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público.

Tal inspiração corporativa se justificava pela necessidade de controlar as tensões decorrentes das transformações pelas quais passava a sociedade (industrialização e urbanização). Mediante a cooptação do movimento sindical (através da unicidade sindical, do imposto sindical e da representação classista) o conflito entre capital e trabalho passava a ser desideologizado e os trabalhadores eram chamados a colaborar com o progresso do país. Sob esse aspecto, a própria existência de conflitos era mesmo negada (veja-se, por exemplo, que a greve era proibida).

Os sindicatos eram os representantes dos operários junto ao Estado e ao mesmo tempo os representantes do Estado junto ao operariado.

A CLT foi criada em uma época em que a industrialização do país era incipiente. A industrialização se deu em função de uma indústria voltada à produção de bens de consumo durável (com ênfase nos setores siderúrgico, metal-mecânico, mineração e petroquímico) e causou uma alteração na distribuição social do Brasil: a feição nitidamente agrícola foi substituída por uma feição urbana. A CLT foi idealizada para contemplar essa forma de industrialização, feita sob os sistemas “fordistas” e “taylorista”.

Assim, até os anos 70, a sociedade tinha por característica uma estrutura urbano-

¹¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 351.

industrial (baseada na indústria automotriz de acordo com os modelos “fordistas” e “tayloristas” de organização do trabalho.); em termos de política econômica adotavam-se medidas “keynesianas” e se buscava a estruturação dos direitos sociais.

Tratava-se do Estado Providência, de inspiração social-democrata: o Estado tinha por atribuição a direção, gestão e regulação da sociedade, o que fez pela “publicização do direito”, com a expansão do direito administrativo, tributário, trabalhista, previdenciário e econômico.

Nos anos 70 a crise do petróleo mudou todo o contexto social. A matriz energética que era abundante e barata passou a ter um custo considerável. A crise do petróleo provocou um fenômeno de estagflação, com a paralisia da produção industrial e a desorganização do mercado financeiro.

A resposta dos agentes econômicos foi o investimento em tecnologia, com o objetivo de reduzir a dependência indústria ao petróleo. Assim, a economia capitalista reorganizou-se em torno de fatores de produção privilegiados: ciência e tecnologia e microeletrônica. A princípio, essa tecnologia mostrou-se acertada, havendo uma retomada do crescimento e redução da dependência do petróleo.

Contudo, essa nova direção criou a necessidade de investimentos pesados em tecnologia. A tecnologia torna-se cada vez mais rapidamente obsoleta, exigindo novos investimentos, em um processo de “destruição criativa” como descrito por Schumpeter.

Isso gerou uma competitividade cada vez mais acirrada, que se expandiu para todo o planeta.

As unidades produtivas fragmentaram-se e espalharam-se pelos diversos países. As grandes fábricas de concepção “fordista” foram substituídas por outras, mais enxutas e flexíveis (e que poderiam ser transferidas facilmente) e mais especializadas.

A fragmentação das unidades produtivas trouxe o incremento do comércio intra-firmas, o que acarretou a ruptura da centralidade e exclusividade do direito positivo nacional, afetando a soberania das nações, exigindo a superação dos ordenamentos jurídicos nacionais. Da mesma forma, o crescimento do sistema financeiro internacional colocou em xeque a soberania monetária dos países.

A multiplicidade das fontes legais aproximou o sistema legal de um modelo de rede, não mais de pirâmide como no Estado liberal clássico.

O projeto industrial do Brasil foi surpreendido pela crise do petróleo da década de 1970.

As transformações trazidas pelo processo de reestruturação produtiva do capital têm conseqüências diretas no direito do trabalho. Suas formas de flexibilização e desregulamentação acarretam significativas mudanças no processo produtivo fabril. Mais uma vez, observa-se a inadequação do arcabouço legal trabalhista para a regulamentação das novas formas de trabalho (certo que a CLT foi feita tendo por objetivo regular um trabalho desenvolvido sob forma “fordista”).

Assim, verifica-se que economia e a sociedade passaram por uma profunda transformação, na qual o modelo atual, fundado no conhecimento e na informação, ocupou o lugar do modelo industrial, assentado no trabalho braçal. Nessa mudança paradigmas foram rompidos. O sistema jurídico-positivo, baseado em uma forma de produção “fordista” e “taylorista”, no modelo da grande fábrica, e na ocorrência de conflitos individuais, não conseguiu acompanhar a evolução social.¹²

São essas, em apertada síntese, as razões pelas quais os institutos jurídicos (idealizados em um momento que o Brasil ingressava em uma fase de industrialização, abraçando um capitalismo tardio) deixaram de servir para regular a complexidade das novas relações de trabalho.

O resultado é uma crise de legitimidade e de eficácia das formas tradicionais de resolução de controvérsias.

Daí decorre a procura e o estudo de novas fórmulas de resolução dos conflitos.

Os conflitos podem ser tratados de maneira judicial ou extrajudicial.

As formas extrajudiciais de gestão de conflitos são basicamente a autotutela, a negociação, a conciliação, a arbitragem e a julgamento simulado.

Tais formas são conhecidas como ADR's (alternative disputes resolutions), ou MASC's (meios alternativos de solução de controvérsias) ou ainda MESC's (meios extrajudiciais de solução de controvérsias).

As formulas extrajudiciais apresentam em geral, dois principais atrativos: a rapidez e a possibilidade de se atingir uma solução diferente daquelas previstas no repertório limitado de respostas que o judiciário está aparelhado a oferecer.

A esses dois atrativos deve-se acrescentar, no caso da mediação, a possibilidade de

¹² Sobre a crise de legitimidade, veja-se FARIA, José Eduardo. Os novos desafios da Justiça do Trabalho, São Paulo, LTr, 1995; O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. in: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria (org.), São Paulo: Malheiros, 2002.

tratamento do conflito subjacente, de maneira a manter o vínculo entre as partes.

2.2 Formas de gestão

É possível relacionar as formas de resolução de controvérsias em razão do grau de intensidade da participação de terceiros no processo. Também é possível classificar as formas de gestão sob o enfoque da força necessária para a imposição de decisão.

No primeiro nível (baixa necessidade de força para a imposição da decisão e baixa intensidade de participação de terceiros), as próprias partes resolvem o conflito, sem a participação de terceiros.

Nestes níveis, as partes ainda podem recorrer ao diálogo e podem ter o controle do processo de resolução do conflito.

As maneiras autocompositivas (negociação, mediação, conciliação) são ainda possíveis.

Entretanto, na medida em que as possibilidades de diálogo se restringem, as partes precisam cada vez mais recorrer a terceiros para a resolução da controvérsia.

No último nível (alta necessidade de força para a imposição da decisão e alto grau de participação de terceiros) as partes devem recorrer a terceiros para a resolução do conflito, sendo necessária, ainda força para a imposição da decisão. É o que ocorre na jurisdição.

Evidentemente, nos primeiros níveis a possibilidade de ganhos mútuos com a resolução do conflito (no sentido de atingirem as partes uma solução que traga benefícios para todos) é mais expressiva. Na medida em que se avança para uma forma de resolução do conflito por parte de terceiros com a decorrente necessidade de força para a imposição da decisão, a possibilidade de uma solução mutuamente vantajosa é reduzida.

2.2.1. Autotutela

Segundo Ari Possidonio Beltran, a autotutela pode ser assim conceituada:

Em sentido amplo, a autotutela, também conhecida por auto-defesa, pressupõe o exercício da própria defesa, sendo assim a mais primitiva

forma de solução de conflitos.

Implica no ato pelo qual alguém procura impor a outrem, via de regra pelo uso da força física, a solução da pendência. Não raro a coação psicológica e moral são meios utilizáveis em tal contexto.

Fenômeno que remonta à própria história da humanidade, a autotutela ou a defesa do direito exercida pelo próprio titular, apresenta-se sob diversas facetas, quer no plano individual, quer no plano coletivo [...] ¹³

Na autotutela, uma das partes adota os meios de defesa das suas pretensões de acordo unicamente com os seus interesses e da maneira que melhor lhe convém, podendo chegar ao uso de força física.

Até a monopolização do uso da força pelo Estado, era a autotutela o meio de resolução de controvérsias que se utilizava. A partir de então, somente em situações especiais passou a ser admitida.

Assim, em casos específicos a autotutela não é considerada uma atitude ilegal.

Em direito do trabalho vemos freqüentes hipóteses em que as partes recorrem a mecanismos de autotutela. O exemplo mais comum é a greve, mas há ainda outros, como piquetes, operações tartaruga, sanções disciplinares, etc.

Em direito civil, o art. 1.210, § 1º, do Código Civil estabelece que o possuidor turbado ou esbulhado poderá manter-se ou restituir-se na posse por sua própria força, contanto que o faça logo ¹⁴.

Além disso, o artigo 188 do referido código estabelece que não são considerados atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”, o que também indica uma forma de autotutela.

Ora, uma das funções do direito é garantir a previsibilidade. Na medida em que se admite a autotutela generalizadamente, essa função passa a ser esvaziada, pois se cada pessoa pudesse resolver seus problemas com o uso dos meios que lhe aprouvesse a previsibilidade jurídica seria impossível.

Portanto, a autotutela é uma forma de administração de conflitos que é admitida apenas em situações específicas, como aponta Maurício Godinho Delgado:

Contemporaneamente a cultura ocidental tem restringido, ao máximo, as formas de exercício da autotutela, *transferindo ao aparelho de Estado as*

¹³ BELTRAN, Ari Possidonio. Op. Cit., p. 25.

¹⁴ § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

diversas e principais modalidades de exercício de coerção. Conforme argutamente exposto pela doutrina,

"o extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela. A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular (*'exercício arbitrário das próprias razões'*, art. 345, CP), seja pelo próprio Estado (*'exercício arbitrário ou abuso de poder'*, art. 350)."

Esta significativa restrição à sistemática autotutelar de gerenciamento de conflitos tem isolado, com esporádicas exceções, no Direito contemporâneo, algumas poucas situações hipotéticas de exercício direto válido da coerção por particulares. No Direito Civil brasileiro é o que se passa, ilustrativamente, com a legítima defesa (art. 160, I, Código Civil), com o desforço imediato, no esbulho possessório (art. 502, Código Civil) e, por fim, com a apreensão pessoal do bem, no penhor legal (art. 779, Código Civil).¹⁵

Os meios de autotutela não representam a resolução do conflito, mas sim a sucumbência do mais fraco em face daquele que detém mais força.

Há controvérsia sobre a caracterização da autotutela como uma forma de autocomposição. Isso porque não há na autotutela uma composição, até porque ela é unilateral.

2.2.2 Negociação

A negociação é uma forma de resolução de conflitos que envolve lidar diretamente com a outra parte, sem a participação de terceiros.

Como aponta Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa

Negociação é a atividade não-adversarial de solução de conflitos, desenvolvida mediante um processo encetado pelas partes nela interessadas, sem o auxílio de terceiros, que dura um determinado período e se destina à construção de um acordo total, parcial ou temporário. Em linhas singelas e de fácil compreensão, a negociação é a atividade que as partes interessadas desenvolvem com o objetivo de construir um acordo.¹⁶

Petrônio Calmon, por sua vez, assim a define:

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit. p. 665

¹⁶ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Op. Cit. p. 113

Negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador. É uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão), é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se, então, o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se, então, de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade.¹⁷

Os fundamentos que devem ser adotados em um processo de negociação que se pretenda bem sucedida foram balizados pelo Projeto de Negociação da Universidade de Harvard.

Tais técnicas foram disseminadas por Roger Fisher e Willian Ury e sintetizadas em seu livro *“Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In”*. São as implementadas pelos seguidores da denominada escola de Harvard.

De acordo com a escola de Harvard, há diversas formas de negociação. As principais delas são as a negociação distributiva e a integrativa.

Na negociação distributiva, a parte busca unicamente alcançar os seus interesses, sem se importar com o resultado que advier da negociação para a outra parte. Trata-se de uma negociação na qual uma das partes ganha e outra perde. Não há interesse em preservar a relação entre elas.

De acordo com o modelo de Harvard, nesta forma de negociação a parte deverá 1) observar a primeira oferta feita; 2) abster-se de compartilhar informação relevante; 3) obter da outra parte a maior quantidade de informação possível e 4) refrear as demandas, para não causar o fim das tratativas.

Na negociação integrativa as partes colaboram para atingir benefícios mútuos.

Em um primeiro momento há a criação e valores e após a sua divisão.

Trata-se da negociação idealmente utilizada quando as partes terão uma relação continuada, pois em razão da continuação da relação, é necessário criar uma solução em que todas as partes ganhem. Isso é o contrário do que ocorre na negociação distributiva, na qual as partes não têm interesse em preservar uma relação de base, focando-se unicamente na maximização dos resultados daquela negociação isoladamente considerada.

¹⁷ CALMON, Petrônio. Op. Cit. p. 109.

A escola da Harvard indica para a negociação integrativa as seguintes estratégias: 1) compartilhar as informações relevantes com a outra parte; 2) explicar para a outra parte de que maneira o negócio lhe pode ser favorável; 3) revelar preferência sobre assuntos e opções; 4) levar em conta os recursos que podem auxiliar ou ser de interesse da outra parte e 5) utilizar as informações de maneira a atender os interesses de ambas as partes.

Um outro aspecto que diferencia a negociação distributiva da integrativa é que nesta há a necessidade das compartilhem as informações relevantes, de maneira a construir opções resoluções que signifiquem mútuo benefício. Na negociação distributiva não há a necessidade de compartilhar informação, pois não se busca a construção de uma solução duradoura.

Na negociação competitiva ou agressiva a parte procura a vitória sobre a outra. Da mesma maneira que na negociação distributiva, o que cada parte procura é obter o máximo para si mesmo, unicamente.

Na negociação conciliadora ou cooperativa as partes procuram com uma postura aberta, chegar a um resultado justo, por meio da cooperação.

Trata-se de uma forma de negociação que enfatiza a manutenção da relação.

Neste tipo de negociação a outra parte não é vista como parte oposta.

2.2.2.1 Negociação baseada em posições

Segundo Fisher e Ury, a negociação baseada em posições é a forma tradicional de negociação: cada parte procura a melhor solução para a sua posição, fazendo concessões unicamente em função desta posição. Neste tipo de negociação as partes tendem a entrincheirar-se em suas posições, defendendo-as intransigentemente, o que dificulta atingir-se um acordo mutuamente satisfatório.

É o “jogo de soma zero”, já que o valor despendido por uma parte equivale ao quanto será ganho pela outra. E evidentemente, trata-se de um jogo no qual a parte que tem mais poder será privilegiada.

2.2.2.2 Negociação baseada em princípios

Fischer e Ury apresentam como técnica de negociação a ser adotada para facilitar a obtenção de acordos mutuamente aceitáveis a negociação baseada em princípios.

Segundo os autores, quatro são os princípios fundamentais deste tipo de negociação:

- 1) Pessoas: Separar as pessoas da controvérsia.
- 2) Interesses: Centrar-se nos interesses e não para nas posições.
- 3) Opções: Criar uma variedade de possibilidades antes de decidir.
- 4) Critérios: Insistir que o resultado tenha por base algum padrão objetivo, que permita reconciliar os interesses opostos.

As partes devem ver além das posições que tomam, de maneira a aumentar as possibilidades de alcançar um acordo.

Através desta abordagem, as concessões e ofertas são direcionadas para a definição gradual de um acordo que atinja os interesses dos negociadores até que seus objetivos sejam alcançados.

As negociações baseadas nos interesses refletem as abordagens definidas nas negociações baseadas em princípios, onde existem oportunidades de criação de valor e ganhos mútuos, incorrendo em menores custos para as partes.

As partes, ao invés de atacar umas as outras, devem atacar o problema, conjuntamente.

2.2.3 Conciliação

A conciliação é um procedimento informal por meio do qual uma pessoa neutra intervém no conflito para auxiliar as partes a chegarem a um acordo.

A natureza na conciliação é contratual e pode ser convencional ou regulamentada.

A conciliação é prevista pela Recomendação nº 92, da OIT, como forma judicial e extrajudicial de resolução de controvérsias.

A Constituição Imperial brasileira já a mencionava, exigindo que fosse tentada antes do processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa.

Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa apresenta a seguinte evolução legislativa da conciliação:

Do descobrimento, até nossa emancipação política, vigoraram as Ordenações, que previam, como dever moral do Magistrado, no começo da demanda, que muito trabalhasse para trazer as partes à concórdia, estando nisso a honestidade e virtude dos Juízes de então. Consumada a emancipação política, a Constituição do Império do Brasil, de 25.3.1824, instituiu os Juízes de Paz, que foram investidos na função de solucionar lides que tivessem alçada de até 100\$000 (cem mil réis). Tal decisão era possível de apelação ao Juiz de Direito. Entretanto, a função precípua dos Juízes de Paz era a de chamar as partes à conciliação. Mas não era só. A Constituição do Império exigia, como condição da ação, em seu art. 161, que sem fazer constar que foi intentada a tentativa de reconciliação, não se poderia começar processo algum. A função de conciliadores, entretanto, aos poucos, foi perdendo importância (por não ser bem difundida e devidamente realizada), até que os Juízes de Paz passaram meramente a celebrar casamentos. *Roque Komatsu* assevera que a conciliação não deu certo porque intentada pelos Juízes de Paz e não pelos Juízes da Causa, sendo os primeiros homens de poucas letras, eleitos por partidos políticos e sem a necessária força moral para convencer as partes interessadas, sem autoridade moral suficiente para propor a conciliação dos conflitos.

[...]

Na atualidade, a conciliação é tratada em diversos textos legais brasileiros, aqui parcialmente citados apenas para demonstrar a importância que se tem procurado dar ao instituto em questão, a demonstrar sua revitalização, como anteriormente exposto:

1. o art. 114 da Constituição Federal impõe à Justiça do Trabalho a responsabilidade de conciliar conflitos individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores;
2. em decorrência das alterações que têm sido perpetradas a partir de 1994, em busca de celeridade, mas, principalmente, da efetividade do processo, foi inserido, no Código de Processo Civil, a obrigatoriedade do Juiz Cível realizar audiências preliminares, nas quais um dos objetivos é conciliar as partes, quando as questões discutidas nos autos versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 331 do CPC) e sobre questões de família. Tornou-se também de ver do Magistrado, insculpido no art. 125, IV, do CPC, tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes;
3. a Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, impõe, em seu art. 21, que, aberta a sessão, o Juiz Togado ou leigo esclarecerá às partes presentes sobre as vantagens da conciliação, tratando-se tal lei da grande revitalizadora do instituto da conciliação no Brasil;
4. em seu art. 60, a Lei n. 9.099/95 prevê que os Juizados Especiais criminais têm competência para conciliar infrações penais de menor potencial ofensivo, que são as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 1 ano, excetuados os casos de procedimentos especiais. O art. 72 prevê que ofensor e ofendido possam ser levados a uma composição para a reparação dos danos. O ofensor é também cientificado da possibilidade de efetivar composição com o próprio

Estado/Juiz, pela aceitação da aplicação de pena não privativa de sua liberdade;

5. a Lei dos Juizados Especiais Federais, n. 10.259/01, previu, em seu art. 3º, que compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças;

6. a Lei de Greve, n. 7.783/89, que só permite a cessação coletiva de trabalho após tentada a conciliação pela via da negociação entre as partes;

7. a Medida Provisória n. 1.982-76/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, em seu art. 4º, prevê a utilização da mediação para que as partes obtenham a conciliação necessária à fixação da participação nos lucros, quando houver impasse no valor e, finalmente,

8. a Medida Provisória n. 1.950-70/2000, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, prevê, em seu art. 11, que o ajuizamento de dissídios coletivos, perante a Justiça do Trabalho, só se fará após frustrada a tentativa de obtenção, pelas partes, de conciliação.

No âmbito do Processo Civil brasileiro, cumpre-nos verificar os dispositivos indicados nos itens 2 e 3 supracitados. É a eles que nos dedicaremos nas próximas linhas.¹⁸

A conciliação é amplamente utilizada pela Justiça Estadual para alcançar a rápida solução de conflitos, sendo obrigatória a audiência de tentativa de conciliação (artigo 331, do Código de Processo Civil).

2.2.4 Mediação

A mediação é um método alternativo de solução de controvérsias que se faz por meio da atuação de uma terceira pessoa imparcial, escolhida de comum acordo pelas partes, que conduzirá o diálogo para que as partes cheguem a um acordo.

O procedimento da mediação tem como características a ausência de formalidades, rapidez e sigilo.

O papel do mediador é restabelecer o diálogo entre as partes. Através de seu trabalho as partes identificarão quais são os seus reais interesses. A identificação dos reais interesses é essencial para evitar que as partes em negociação se fixem em posições.

¹⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Op. Cit. p 70/75

O mediador deve fazer as partes perceberem aspectos do conflito que não perceberiam se estivessem sozinhas, de maneira a aumentar as possibilidades de resolução. Com a sua atuação, o mediador permitirá que as partes alcancem um acordo mutuamente vantajoso.

Deve-se diferenciar mediação e conciliação. Na mediação o terceiro aproxima as partes e as auxilia na busca de soluções. O papel do mediador é abrir canais de comunicação. Pode-se ou não chegar a um acordo. Na conciliação, diferentemente, conciliador estimula o acordo. Na conciliação o terceiro interfere na composição amigável, o que não ocorre na mediação.

Os mediadores não têm poder para solucionar a questão e não podem propor soluções às partes. Na conciliação, por seu turno, o conciliador, propõe sugestões de solução ao conflito às partes.

Como indica Petrônio Calmon, a mediação e a conciliação diferem-se em razão da finalidade, dos métodos e dos vínculos:

Quanto à *finalidade*, observa-se que a mediação visa a resolver com abrangência o conflito entre os envolvidos, ou na linguagem de CARNELUTTI, visa a pôr fim à lide sociológica. Por seu turno, a conciliação possui escopo menos ambicioso, contentando-se em resolver o litígio conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos. Não que haja qualquer impedimento para que se chegue mais ao fundo ou que seja vedada maior abrangência ao acordo. O traço distintivo que ora se estabelece diz respeito apenas à finalidade.

Quanto ao *método*, em poucas palavras pode-se afirmar que o conciliador assume posição mais participativa, podendo chegar a apresentar uma fórmula de autocomposição, ou seja, pode sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente com elas a este respeito. Já o mediador jamais interfere nos termos do acordo, devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, procurando não se manifestar sobre as propostas apresentadas pelos envolvidos. O mediador apenas assiste as partes, facilitando sua comunicação, com o objetivo de favorecer a identificação de um acordo de recíproca satisfação.

Por último, o critério dos *vínculos*, em que se avalia a eventual ligação de determinado mecanismo com alguma estrutura preexistente. Por esse critério distinguem-se mediação e conciliação, porquanto esta é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada pelo próprio juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerce a função específica de conciliador. É uma atividade judicial ou parajudicial; processual ou paraprocessual. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos. A própria mediação paraprocessual, cuja proposta é divulgada e comentada neste trabalho, mantém a característica privada própria da mediação, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no

tribunal para o fim de ser indicado para mediar os conflitos levados à Justiça.¹⁹

A mediação, enquanto processo de resolução de conflitos não adversarial, apresenta os seguintes predicados: **celeridade** (as reuniões de mediação ocorrem de acordo com a disponibilidade das partes, de tal maneira que a rapidez do processo dependerá das partes); **efetividade dos resultados** (tendo em vista que os acordos são obtidos voluntariamente pelas partes, via de regra elas os cumprem sem ser necessária a utilização de meios impositivos); **preservação da autoria** (no sentido de oferecimento de alternativas no processo de mediação e no encontro da solução que melhor se ajustam às necessidades das partes); **redução do custo emocional** (já que na mediação estimula-se o diálogo, as partes tomam conhecimento da necessidade e sentimentos de cada um, o que colabora para o entendimento e a redução de mágoas); **redução do custo financeiro** (a mediação é um processo barato); **sigilo e privacidade** (na mediação o sigilo e a privacidade das partes são preservados); **igual oportunidade de participação** (as partes têm igual oportunidade de se manifestar); **transformação das relações** (a mediação permite que as partes adotem uma postura colaborativa); **aprendizagem** (através da mediação as partes aprendem técnicas que as ajudarão a lidar com problemas); **prevenção de conflitos** (as partes desenvolvem novas habilidades para lidar com conflitos, o que será útil em novas situações de conflitos); **prevenção de reincidência** (os conflitos são identificados na raiz); **responsabilidade nas decisões co-construídas** (o envolvimento das partes na construção das alternativas torna-as senhoras de sua pauta de justiça).

2.2.5 Arbitragem

A arbitragem é um método extrajudicial de solução de controvérsias, por meio do qual as partes escolhem, de comum acordo, os árbitros (que são terceiros imparciais), que darão uma solução definitiva ao conflito.

A decisão do árbitro é obrigatória e pode ser implementada coercitivamente.

¹⁹ CALMON, Petrônio. Op. Cit. p. 111/112

Trata-se de um método privado, convencional, de procedimento simplificado, sigiloso, rápido e informal. O árbitro tem poder inquisitório, podendo ouvir as partes e testemunhas. Trata-se da forma de resolução de controvérsias que mais se assemelha à jurisdição.

Na arbitragem o árbitro não se limita a aproximar as partes (como na mediação) ou oferecer soluções (como na conciliação): ele profere uma decisão que pode ser objeto de execução forçada.

A adoção da arbitragem deve ser precedida de um ajuste entre as partes por meio do qual se pactua que eventuais controvérsias será solucionadas por meio de arbitragem – a cláusula compromissória (“...a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” – art. 4º da Lei 9.307/96).

A opção pela arbitragem pode também ocorrer após a instalação da controvérsia. As partes adotarão nessa hipótese o compromisso arbitral, que é “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.” (art. 9º da Lei 9.307/96).

O compromisso arbitral deverá conter, obrigatoriamente 1) o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; 2) o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; 3) a matéria que será objeto da arbitragem; e 4) o lugar em que será proferida a sentença arbitral. (art. 10º da Lei 9.307/96) e poderá também conter 5) local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; 6) autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; 7) o prazo para apresentação da sentença arbitral; 8) a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; 9) a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e 10) a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros (art. 11 da Lei 9.307/96).

De acordo com a Lei nº 9.307/96, o prazo máximo da arbitragem é de seis meses.

2.2.6 Julgamento simulado

O julgamento simulado é uma forma heterocomposição, por meio do qual as partes podem antever, através de um julgamento realizado por um profissional do direito, quais são os pontos fortes e fracos de seus casos.

Por meio de uma decisão proferida por um profissional habilitado e habituado a decidir, as partes podem antever o que poderia ser a solução de um juiz se o caso fosse levado à justiça.

O procedimento é conduzido por uma pessoa neutra, com formação jurídica, escolhida pelas partes, que pode ser um juiz aposentado ou advogado.

Essa forma de solução da controvérsia não significa a efetiva resolução, mas fornece para as partes um vislumbre do que seria uma decisão, permitindo que elas escolham uma estratégia de composição ou de confronto.

O procedimento mantém a confidencialidade e é bastante rápido.

Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa assim o descreve:

O mini julgamento é um procedimento no qual os advogados das partes fazem a sustentação do caso - como se estivessem em um tribunal -, para um consultor ou mediador neutro e para seus constituintes, inclusive apresentando provas de suas alegações. O consultor neutro apresenta um parecer, calcado nas sustentações realizadas, sobre quem teria mais chances, em juízo, de ver sua pretensão acolhida. Com base em tal consultoria, as partes se reúnem e tentam uma conciliação, podendo ser utilizado, ou não, como mediador, o consultor contratado.

Nos países de *common law* a experiência está grandemente difundida. Nos Estados Unidos, a *American Arbitration Association (AAA)*, entidade privada, mas com diversos escritórios, indica às partes interessadas esses consultores. Como seu nome diz, tal associação também se dedica a outras formas de solução de conflitos, como arbitragem e mediação. O certo é que a associação dispõe de profissionais, como Juízes aposentados e advogados experientes, que, contratados, recebem petições escritas das partes, ouvem cada um de seus representantes legais por cerca de meia hora, realizam uma colheita sumária de provas (excepcionalmente pericial, se for o caso) fazendo uma verdadeira cognição acerca do caso posto à análise, como se de um Tribunal se tratasse, formulando finalmente sua decisão a respeito do caso, que servirá para as partes terem consciência de suas posições caso um verdadeiro processo seja apresentado. Mas tal decisão, se as partes estiverem de acordo com ela, pode se tornar uma sentença arbitral, que terá, nesse caso, inclusive força executiva perante os Tribunais Americanos, como ocorre em nosso País. Basta que as partes, ao recebê-la, entendendo ser ela pertinente, realizem o contrato de arbitragem. O sistema é vastamente utilizado e, no geral, apenas se destina a propiciar às partes um indicativo do julgamento a ser procedido por um tribunal formal, permitindo a elas que negociem amplamente suas posições.²⁰

²⁰ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Op. Cit. p. 116/117

2.2.7 Jurisdição

A jurisdição é um meio de hetercomposição dos conflitos por meio do qual a solução é imposta por um terceiro imparcial

A jurisdição assume dois aspectos: a certificação (por meio da qual se declara a existência ou a inexistência de uma relação jurídica ou ainda constitui uma relação jurídica) e a satisfação (por meio do qual é dado o comando para que se realize determinada obrigação).

Além disso, a jurisdição tem a função cautelar, por meio da qual garante a eficácia de suas decisões.

Trata-se de um meio completo de resolução de conflitos.

A jurisdição se dá por meio do processo, através do qual são atribuídas iguais garantias de defesa às partes.

2.3. Acesso à justiça

A questão do acesso à justiça foi profundamente analisada por Mauro Cappelletti.

Segundo referido autor, o direito a e justiça apresentam três dimensões no mundo contemporâneo: 1) uma dimensão constitucional, por meio da qual certos valores fundamentais passaram a figurar com força constitucional; 2) uma dimensão transnacional, por meio da qual se busca ultrapassar os critérios de soberania nacional, sendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados pela Assembléia Geral da ONU) e 3) uma dimensão social, externada pela fórmula de acesso ao direito e à Justiça.

Nas palavras de Cappelletti:

Uma análise dos principais acontecimentos e das grandes tendências evolutivas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos expôs à luz três movimentos fundamentais de ação e de pensamento. Pode-se, portanto, falar de três dimensões do direito e da Justiça no mundo contemporâneo. Trata-se, antes de tudo, da dimensão “constitucional”, que se percebe no reencontro com alguns valores fundamentais que muitos ordenamentos modernos afirmaram como normas com força de *lex superior*, que

vinculam também ao legislador (ordinário), muitas vezes, impondo-lhe o respeito mediante formas e mecanismos jurisdicionais especiais.

Uma segunda dimensão é a “transnacional”, quer dizer, a tentativa de superar os rígidos critérios da soberania nacional, com a criação de um primeiro núcleo de “governo universal” ou transnacional: o *world government* proposto por Arnold Toynbee. Esta tentativa se reflete, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – documento verdadeiramente político-filosófico, carentes de força jurídica – e nos pactos da mesma Declaração, que provocaram as primeiras atuações concretas, quer dizer, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados pela Assembléia Geral das Organizações Unidas em 1966.

As dimensões do Direito acima representam a resposta que a humanidade deu ou está tratando de dar aos mais graves “problemas da Justiça” que se foram apresentando na realidade social contemporânea. Tratam-se de problemas surgidos da relação entre o indivíduo e o Estado (dimensão constitucional) e entre os diversos Estados (dimensão transnacional), surgidos no nosso século que conduziram a crises de alcances sem precedentes, culminando em duas trágicas guerras mundiais e na opressão exercida em formas odiosas de tirania por homens, partidos e nações.

Uma terceira dimensão do Direito e da Justiça revela-se a “social”. Em sua manifestação mais avançada pode explicar-se na fórmula, empregada corretamente nestes últimos anos, do acesso ao direito e à Justiça. [...] Para compreender tal relação bastará considerar, por um lado, como um dos aspectos essenciais da dimensão social do Direito e da Justiça vem representado precisamente pelo nascimento dos “direitos sociais”, junto aos tradicionais direitos individuais de liberdade e ao seu fortalecimento (*infra*, itens 2 e 3), os quais estão dentro da mesma “dimensão constitucional” que veio assumir também uma dimensão social; por outro lado, aquela que chamamos de “dimensão transnacional”, consiste essencialmente no objetivo de afirmar ou proteger um *corpus* de direitos fundamentais, individuais e sociais, indo também mais além das fronteiras territoriais dos Estados nacionais e da própria lógica da soberania dos Estados.²¹

Sobre a dimensão social explicita o autor:

Se as dimensões constitucional e transnacional representam o propósito de dar uma resposta aos grandes problemas da liberdade do indivíduo frente ao Poder Público, bem como, aos limites e deveres do Estado em sua relação, seja com o indivíduo, seja com os outros Estados (no âmbito de uma muito mais vasta comunidade internacional), **a dimensão social representa, por sua vez, o propósito de responder a um problema e a uma crise de proporções não menos gigantescas. Trata-se do problema e da crise derivada das profundas transformações das sociedades industriais e pós-industriais modernas nas quais a demanda judicial vem a significar, sempre mais decisivamente, e para multidões sempre mais vastas, a exigência de “igualdade não tão formal, mas sim, real”,**

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. Revista Forense, volume 395, p. 211/212

efetiva igualdade de possibilidade de desenvolvimento da pessoa, igualdade na dignidade do homem.

[...]

O problema do “acesso” se apresenta, portanto, em dois aspectos principais: de um *lado*, como “efetividade” dos direitos sociais, que não devem ficar ao nível das declarações meramente teóricas, mas sim, devem, efetivamente, atuar sobre a situação econômico-social dos indivíduos, pelo que requerem um grande aparato governamental de atuação; por outro, também como busca de formas e de métodos, muitas vezes novos e alternativos àqueles tradicionais, para a “racionalização” e “controle” de tal aparato, bem como, para a proteção contra os abusos que ele mesmo pode acarretar direta ou indiretamente.

O movimento para o “acesso à Justiça” é também um aspecto central do moderno Estado Social ou *Welfare State*. Adverte-se que não se trata de um movimento limitado à Justiça em seu significado judicial; abarca, ao contrário, áreas muito mais vastas, como o acesso à educação, ao trabalho, ao descanso, à saúde etc. Reconheceu-se, por outro lado, que o aspecto judicial se encontra entre aqueles que mais clara e vivamente atraíram a atenção dos estudiosos e dos reformadores em um número crescente de países. Juízes e tribunais resultaram elementos fundamentais do Estado Social, pelo que se falou de um “gigantismo jurisdicional”, que se fez acompanhar de um gigantismo dos braços “políticos”, Legislativo e Executivo. [...] ²²

Cappelletti e Bryan Garth, em seu livro “Acesso à Justiça” apontam as três ondas do movimento de acesso à justiça.

A primeira onda diz respeito à ampliação de possibilidade de acesso ao judiciário. Assim, conferiu-se aos necessitados a assistência judiciária. O acesso seria garantido por meio da remoção das barreiras econômicas. A Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV), mostra essa preocupação.

Portanto, no primeiro momento o acesso das pessoas à justiça seria garantido por meio de recursos que afastassem os obstáculos econômicos (seja por meio de isenção de custas processuais, seja por meio do oferecimento por parte do Estado de assistência judiciária àqueles que não o pudessem pagar).

A segunda onda diz respeito ao desenvolvimento de medidas jurídicas tendentes a proteger os interesses difusos (proteção ambiental, do consumidor, etc.).

A terceira onda está focalizada no acesso à justiça, que inclui a atuação judicial e extrajudicial.

²² CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit. p. 212

Nas duas primeiras ondas o objetivo é encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados²³. Na terceira o objetivo é o “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²⁴.

O foco da terceira onda é a adoção de técnicas alternativas de resolução de controvérsias, aumentando o leque de opções de maneira a tornar a justiça mais acessível e adequada à situação fática que se apresenta.

São procedimentos voltados para o que Cappelletti chama de “justiça co-existencial”

É aqui onde se manifesta a terceira e mais recente – porém também mais complexa e, talvez, potencialmente, mais grandiosa – “onda” do movimento mundial por um direito e uma Justiça mais acessíveis. Tal onda de reformas, que se encontra ainda em uma fase inicial e experimental e que somente como resultado de uma análise superficial pode aparecer em contraste com as outras duas, se traduz em múltiplas tentativas de acordo, na perseguição de fins distintos, porém, relacionados entre eles de várias formas e maneiras. Entre esses ressaltam-se: *a)* os fins que estabelecem procedimentos mais acessíveis quanto a sua simplicidade e racionalização, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsia; *b)* o fim de promover e fazer acessível um tipo de Justiça que, em outra parte, definimos como “co-existencial”, quer dizer: baseada na conciliação e mediação, e sobre critérios de equidade social distributiva, uma vez que se revela importante “cuidar” das situações complexas e duradouras decorrentes da correlação entre indivíduos e grupos, em lugar de apenas “definir” simplesmente (*trancher*) uma posição determinada, com rígidos critérios jurídicos, ao estilo “com razão”/“sem razão”, essencialmente voltados ao passado; *c)* o fim de submeter a atividade pública a formas, muitas vezes novas e de qualquer modo mais alargadas e acessíveis, de controle; e, em geral, de criar formas de Justiça mais acessíveis enquanto mais descentralizadas e “participativas”, com a presença, em particular, dos membros desses mesmos grupos sociais e comunidades que estão diretamente envolvidos na situação ou controvérsia.

Por outro lado, Cappelletti aponta que o movimento de acesso à Justiça tende a uma visão mais fiel da complexa sociedade humana. Ele propõe o que chama de concepção tridimensional:

O movimento de acesso à Justiça, como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realística do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana. A componente normativa do direito não é negada, mas encarada como *um* elemento, e com grande frequência não o principal, do direito.

²³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988, p. 67.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 67/68

O elemento primário é o *povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos*. Ademais, nessa visão realística, adquirem relevo as instituições e processos. O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção "contextual" do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção *tridimensional*: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a *resposta ou solução jurídica*, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os *resultados*, ou o *impacto*, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social. O papel da ciência jurídica aliás, o papel dos operadores do direito em geral, torna-se assim mais complexo, porém igualmente muito mais fascinante e realístico. Para exemplificar, ele não se cinge a descrever as normas, formas e procedimentos aplicáveis aos atos de instauração de um processo judicial ou de interposição de um recurso; deve também levar em consideração os *custos* a suportar, o *tempo* necessário, as *dificuldades* (inclusive as psicológicas) a superar, os *benefícios* a obter etc.²⁵

Os procedimentos de justiça co-existencial estão inseridos na terceira onda do movimento de acesso à justiça.

E dentro da visão tridimensional, os procedimentos de justiça co-existencial melhor se adaptam a certas situações em que as pessoas estão inseridas em "instituições totais":

Primeiro, há situações em que a justiça *conciliatória* (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de "segunda classe", são melhores, *até qualitativamente*, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou - conforme se lhe poderia chamar - a "justiça reparadora" tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela; isso, além do fato de que tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso, e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes.

[...]

Outros campos em que a justiça conciliatória tem potencial para constituir uma escolha "melhor" abrangem: conflitos de vizinhança, e mais genericamente conflitos entre pessoas que vivem naquilo a que os sociólogos chamam "instituições totais", isto é, em instituições como escolas, escritórios, hospitais, bairros urbanos, aldeias, onde as pessoas são forçadas a viver em contato diário com vizinhos, colegas etc., entre os quais pode haver queixas de muitas espécies. Aí, é por demais difícil a *avoidance*, ou seja, a fuga da instituição, porque implicaria mudança de

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit. p 121/122.

trabalho, de escola, de residência. Uma solução contenciosa de conflitos dentro de tais instituições poderia conduzir à respectiva exacerbação, ao passo que uma solução conciliatória ou coexistencial seria vantajosa para todos. Isso pode explicar a preferência tradicional por soluções conciliatórias em sociedades primitivas, onde a *avoidance* poderia significar a perda daquele tipo de família, tribo, solidariedade local que, nessas sociedades, é freqüentemente condição *sine qua non* de sobrevivência. Quanto às sociedades modernas, isso pode explicar a tendência a instituir toda sorte de *ombudspersons* em universidades, fábricas, hospitais, até prisões, bem como *neighbourhood justice centers* em bairros urbanos e em áreas rurais.²⁶

E no esteio da terceira onda é que surgem as nos EUA as “ADR’s” (*alternative dispute resolution*), por meio das quais se busca uma fórmula alternativa de resolução de controvérsias.

O desenvolvimento e a difusão de meios alternativos de tratamento de conflitos são recomendações das Nações Unidas (Resolução nº 26 de 28 de julho de 1999).

Tais meios alternativos de resolução de controvérsias, entretanto, não podem ser vistos como uma alternativa que se coloque no lugar do Poder Judiciário.

O Estado é essencial como balizador do comportamento social em cenários de conflitos. Ele está presente em todas as sociedades como uma entidade à qual se reconhece a poder de estabelecer os limites do comportamento humano. As iniciativas de pacificação de conflitos não podem perder de vista esse papel do Estado.

Com a vedação da autotutela, o Estado chamou para si a obrigação de tutelar as situações de conflito.

Assim, é necessário ao Estado servir-se de um arcabouço legal adequado para a resolução das situações de conflito, da maneira a garantir o direito de defesa das partes envolvidas.

Como aponta Cândido Rangel Dinamarco em sua obra “A Instrumentalidade do Processo”, o exercício da jurisdição envolve três aspectos, os sociais, os o político, os sociais e o Jurídico.

De duas maneiras as finalidades sociais da jurisdição se mostram. A primeira delas é a pacificação com justiça, isto é, a jurisdição deixa de existir no plano abstrato quando é aplicada e resolve uma controvérsia de maneira a trazer paz social. Além disso, outro

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista Forense, volume 326, p 126.

aspecto social da jurisdição é a conscientização dos cidadãos sobre seus direitos e obrigações.

Por finalidade política, entende-se que a jurisdição tem por objetivo demonstrar aos indivíduos o poder soberano do Estado.

Para Dinamarco:

São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições.²⁷

Finalmente, a dimensão jurídica da jurisdição significa a determinação do direito a ser observado dando-lhe a respectiva efetividade, inclusive com meios de coerção, se necessários.

Portanto, a jurisdição estatal não pode ser deixada de lado, sendo insubstituível por quaisquer métodos alternativos de resolução de controvérsias.

O objetivo da adoção de formulas alternativas de resolução de controvérsias é o de ampliar leque de opções para o cidadão dirimir a sua controvérsia, isto de acordo com a natureza da controvérsia apresentada.

O Judiciário, com sua lógica binária, não está aparelhado para a resolução de muitas das complexas questões que surgem na relação de trabalho. Não se trata aqui de buscar formas alternativas de resolução de controvérsias simplesmente para que elas corrijam as

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo, p. 162.

conhecidas deficiências do judiciário (morosidade, custo, etc). Trata-se da busca de formas de soluções que permitam a resolução de controvérsias com a utilização de um repertório que a jurisdição estatal não está apta a implementar.

Não se trata, pois, apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.²⁸

É certo, entretanto, que a defesa da adoção das ADR's sempre trará a suspeita de tentativa de privatização do judiciário. Até porque as iniciativas legislativas nesse sentido (como por exemplo a lei da arbitragem) vieram no auge da discussão da reforma do judiciário, bem como após a divulgação do Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial denominado "O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para uma reforma", no qual se preconizava a "melhoria" do poder judiciário de maneira a garantir e previsibilidade das decisões e a segurança dos negócios.

Na verdade, os meios alternativos de resolução de controvérsias podem ser visto como um microssistema processual, ao laudo do eixo central que é o código de processo civil (exemplo de outro microssistemas é a Lei nº 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Como visto linhas acima, Cappelletti aponta que há certos tipos de relacionamentos que, pela sua natureza não podem ser rompidos sem prejuízo para ambas as partes. Para este tipo de relacionamento, o repertório limitado da jurisdição estatal não se adapta, pois a jurisdição é eficiente para a resolução de conflitos que não impliquem a manutenção do vínculo no futuro.

A mediação é um meio alternativo que não implica portanto o desmantelamento do Poder Judiciário.

4.4 Conciliação: Judiciária e não judiciária

A conciliação que ocorre quando há processo judicial em curso é denominada judiciária, mesmo que tenha sido feita por órgãos não judiciários.

²⁸ WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas. Revista da Ajuris, v.34, p. 219-225, 1985.

A conciliação não judiciária ocorre antes que o processo judicial tenha sido proposto.

As relevantes questões que se colocam dizem respeito à necessidade de submeter a demanda primeiramente a órgão conciliador, como condição para a propositura de demanda judicial e sobre a necessidade de homologação judicial do acordo celebrado.

Como visto linhas acima, a conciliação é prestigiada processo do trabalho e deve ser tentada duas vezes, sob pena de nulidade.

A Lei 9.958/2000 instituiu a Comissão de Conciliação Prévia, “com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho”. Por meio desta lei foi introduzido o artigo 625-D na Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte redação:

Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

Em face do preceito acima destacado, seria a prévia submissão da demanda à CCP uma condição específica para a propositura da ação trabalhista? E mais do que isso, seria essa exigência constitucional?

A questão da constitucionalidade da imposição da submissão da demanda trabalhista à comissão de conciliação prévia como requisito processual tem causado viva celeuma entre os doutrinadores e nos Tribunais do Trabalho. Aqueles que entendem que não poderia ser imposto esse requisito apontam que tal procedimento implicaria violação da regra do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região estabeleceu através da sua Súmula nº 2 que a não submissão da demanda trabalhista à comissão de conciliação prévia não ensejaria a extinção do processo.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXTINÇÃO DE PROCESSO. (RA nº 08/2002 - DJE 12/11/02, 19/11/2002, 10/12/2002 e 13/12/2002). O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo artigo 625-E, parágrafo único da CLT, mas não constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Porém outra é a opinião de Alice Monteiro de Barros:

Ora, a instituição facultativa das comissões está em consonância com as normas internacionais citadas e representa uma solução espontânea do conflito de interesses, ajudando a descongestionar os órgãos judiciais.

Portanto, quando existirem as comissões, qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida a elas, salvo motivo relevante, devidamente comprovado. É o que se infere o art.; 625-D, §3º, da CLT.

Em conseqüência, considerando-se que a conciliação prévia não retira da Justiça do Trabalho a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, mas apenas difere no tempo a acionabilidade, fica afastada a inconstitucionalidade por afronta ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. ***É que essas técnicas de conciliação prévia, à semelhança do que já ocorre nos processos de dissídio coletivo, constituem pré-requisito da ação e se inspiram em exigências de economia processual.***” (os destaques não são do original) ²⁹

A questão ainda está para ser dirimida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Deve-se destacar que a Lei nº 9.958/2000 não faz referência ao momento em que surge o conflito individual do trabalho, se durante ou após a relação de emprego.

Por outro lado, também merece destacar, a regra do artigo 57 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, assim enunciada:

O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

Como aponta Maria Inês Targa, o preceito em foco não se limita ao âmbito do juizado especial ³⁰

Acrescenta ainda a referida autora:

Mas o dispositivo tem sido pouco utilizado: ou isso decorre do desconhecimento do instituto ou de sua ausência de utilidade, porque quando as partes chegam a bom termo e constroem, afastadas do Poder Judiciário, um acordo com o qual estão satisfeitas, não precisam, efetivamente, da ratificação deste, totalmente despicienda porque já obtido o título extrajudicial, a justificar uma Execução, no caso de não ser espontaneamente cumprido.

Considerado o artigo já citado, entretanto, inserido na Lei dos Juizados Especiais Cíveis, basta que as partes realizem petição conjunta, solicitando ao juízo competente a homologação da conciliação que extraprocessualmente entabularam ou que compareçam ao juízo, pessoalmente (nos casos em que o *jus postulandi* é admitido, como no

²⁹ BARROS, Alice Monteiro: Curso de Direito de Trabalho, São Paulo, LTr, março de 2005, páginas 193/194, o destaque não é do original.

³⁰ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Op. Cit., p. 82.

Juizado Especial Cível e na Justiça do Trabalho), para que possam obter a análise e, se o caso, a conseqüente homologação da avença.

Apresentada a petição de acordo, o Juiz, em primeiro lugar, não deve se recusar a apreciá-la. Trata-se de direito das partes assegurado pelo dispositivo ora analisado e não só, compete ao Poder Judiciário, cada vez mais, democratizar-se, inserir-se no contexto social dos cidadãos e atender às suas necessidades, mesmo que essas digam respeito meramente à segurança, o que corrobora a idéia de uma "terceira onda de acesso à justiça" proposta por *Cappelletti*, que "...centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas".

Apresentada a petição com o acordo, será ele analisado pelo Juiz. Verificando que não visa a objetivo vedado por lei, o homologará, proferindo sentença nos termos do art. 269, III, do CPC. O acolhimento da pretensão das partes evita, em especial na Justiça do Trabalho, a interposição de lides simuladas, apresentadas meramente para, num segundo momento, uma petição de acordo ser apresentada à homologação, inadequadamente, diga-se. Verifique-se que o dispositivo enfocado se integra à legislação Processual Civil e, assim, tem aplicação na Justiça do Trabalho, silente a respeito da matéria em questão, conforme seu art. 769.

Trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária.

Estaria criada a possibilidade de uma transação não judiciária ser homologada pelo judiciário? Trata-se de uma questão que haverá de ser resolvida pelo Judiciário trabalhista.

De qualquer maneira, não cabe ao juiz simplesmente homologar o acordo, lançando uma padronizada decisão.

Como todos os negócios jurídicos, a mediação exige como condição de validade o agente capaz, o objeto lícito e a forma prevista em lei.

O juiz deverá verificar se as partes - em reclamação trabalhista o autor, sobretudo - estão de acordo com os termos do ajuste, fazendo todas as advertências quanto ao significado daquele acordo.

E como aponta Maria Inês Targa:

A homologação de acordos extrajudiciais poderá até dinamizar a negociação e mediação no seio social; tal atitude aproximará o Poder Judiciário do cidadão e acarretará o quanto sabiamente previsto pelo Jurista *Sérgio Bermudes* em seu artigo 'O processo civil no terceiro milênio':

'O quanto tem o processo judicial progredido como instrumento de composição amigável da lide, permite ver, no próximo milênio, o processo como a melhor alternativa em si mesmo, isto é, o processo desempenhando uma atividade de mediação, conciliadora das partes, de igual ou maior importância que a atividade de julgamento...'

Capítulo 3 – Mediação

3.1 Conceito de mediação

Segundo Zoraide Amaral de Souza “a mediação é, na realidade, ato de intervenção de um terceiro em um negócio ou contrato que se realiza entre outras pessoas”. A referida autora aponta que a mediação não se confunde com o mandato, pois o mediador “[...] não executa o ato, não realiza o negócio, nem firma o contrato, o que faria se se tratasse de mandato.”.

Segundo a definição de João de Lima Teixeira Filho

A mediação é o processo dinâmico de convergência induzida ao entendimento. Visa à progressiva redução do espaço faltante para o atingimento do ponto de equilíbrio em torno do qual o consenso das partes se perfaz, livrando-as do impasse ou retirando-as da posição de conflito.

A mediação é conduzida por um terceiro, estranho às tratativas interrompidas. Sua atribuição é mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as afunilar para uma proposta aceitável. Para tanto, as tentativas formuladas pelo mediador, de eliminação da distância que separa as partes, são despojadas de efeito vinculante sobre os mediados e decorrentes da evolutividade própria do processo. Essas características tornam o mecanismo extremamente flexível e de fácil redirecionamento.

Nada obstante iluminada pelo mediador, a decisão é tomada de *motu proprio* pelos interessados. O mediador não tem poder decisório. Caso o resultado de suas propostas sintonize interesses das partes, na exclusiva consideração destas, segue-se a celebração do correspondente acordo ou convenção coletiva de trabalho, coroando de êxito a mediação. Assim, a presença do mediador, figura externa aos interesses em jogo, não desclassifica a natureza autocomposta dessa forma de solução do conflito coletivo.³¹

Para Maria de Nazareth Serpa

[...] a mediação não é uma estrutura que deva ser imposta a nenhuma disputa para propiciar solução, sendo um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor neutro assiste aos disputantes na soluções das questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância delas.³²

³¹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segadas e TEIXEIRA, Lima. Teixeira Instituições de Direito do Trabalho, 1999, 18ª edição, São Paulo, LTr, Vol. 2 -, p. 1195.

³² SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 90/91.

3.2 Objetivos

A mediação é uma forma particularmente eficaz de resolução de conflitos em relacionamentos de natureza continuada. Com efeito, nestas relações os sentimentos subjacentes (frustrações, ressentimentos, mágoas, etc.) tendem a se perenizar e se não houver uma forma de tratamentos de tais sentimentos os conflitos permanecerão, podendo emergir outras controvérsias.

A mediação, por propiciar o diálogo, permite que esses sentimentos sejam expostos, facilitando a comunicação entre as partes.

A mediação tem como principais objetivos a solução de conflitos, a prevenção de conflitos, a inclusão social e a promoção da paz social, como a seguir se verá.

Como observa Rosane Mantilla de Souza³³, por meio de mediação se desenvolve a autonomia, o diálogo e a cooperação. Por meio dela se aponta para a geração de condições de convivência.

A autora indica que a mediação é um método (caminho pelo qual se chega a um resultado) de condução de conflitos e disputas. É uma prática multidisciplinar (pois envolve métodos de intervenção oriundos de diversas fontes - teoria dos conflitos, teoria da comunicação, teoria dos jogos, teoria da negociação). Apresenta ela como requisitos a voluntariedade, a capacidade de compreensão e o equilíbrio de poder. Acrescenta ainda que não é possível que o mediador seja totalmente neutro, pois tem ele sentimentos e é ele dotado de princípios; ele deve ser equidistante das partes, para poder fazer o equilíbrio de forças entre elas.

Aponta também que a mediação não se destina unicamente à geração de acordos, mas também a geração de um mundo onde os conflitos decorrentes das diferenças possam ser conduzido sem gerar desigualdade.

A autora ressalta a importância da educação para a solução de conflitos, que tem por finalidade o desenvolvimento de competência social e de estratégias para a resolução de conflitos .

³³ SOUZA, Rosane Mantilla: Mediação social: uma experiência de trabalho em comunidade de baixa renda. São Paulo, Summus Editoria, páginas 89 e seguintes.

3.2.1 Solução de conflitos

A solução de conflitos configura o objetivo mais evidente da mediação. O diálogo é o caminho seguido para se alcançar essa solução. O diálogo deve ter como fundamento a visão positiva do conflito e a cooperação entre as partes. O mediador atua como facilitador dessa comunicação. Por meio do diálogo cada uma das partes poderá vislumbrar a pauta de justiça que orienta as decisões e condutas da outra.

3.2.2 Prevenção de conflitos

Outro objetivo da mediação é a prevenção de conflitos.

Por meio da mediação as partes dialogam, o que estimula a cultura da comunicação pacífica.

Quando as partes percebem que têm condições de discutir seus problemas e resolvê-los autonomamente, passam a dialogar sempre que os conflitos surgem.

3.2.3 Inclusão Social

A mediação é também um mecanismo de inclusão social.

Através dela as pessoas percebem-se como sujeitos de direitos e como responsáveis pelas decisões que tomam. As partes refletem sobre seus direitos e responsabilidades. Assim, têm elas a possibilidade de perceber a importância de seus atos para a sua vida e a vida das outras pessoas. A pessoa é valorizada.

3.2.4 Paz Social

Quanto à paz social, a mediação, quando eficaz, previne novos conflitos, pois a relação de base estará preservada. Por meio do diálogo as partes aprendem a lidar com os

conflitos de forma construtiva.

R. R. Kenneth entende que a mediação pacifica a comunidade prevenindo a violência:

[...] mediação é uma alternativa à violência, que permite às partes conflitantes se concentrarem nos problemas que envolvem a disputa, abstraindo-se dos seus sentimentos e posições e da própria pessoa do opositor. É uma opção de auto-ajuda baseada no poder de cada parte. Pode ser definida como o processo no qual os participantes, com a assistência de uma ou mais pessoas, sistematicamente, isolam questões em disputa para desenvolver opções, considerar alternativas, e alcançar uma decisão baseada no consenso, que possa atender às necessidades das partes.³⁴

Nesse sentido, cumpre notar que a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou, através da Resolução 53/25 de 10 de Novembro de 1998, a Década Internacional da Cultura de Paz e Não Violência para as Crianças do Mundo durante o período 2001-2010.

A luta pela paz não é nova. Ela pode ser vista desde 1899, com a Conferência de Haia para a Paz.

A UNESCO, como agência da ONU especializada para a educação, a ciência, a cultura e as comunicações, tem se encarregado da difusão da cultura da paz, de acordo com o seu Ato Constitutivo: "Uma vez que as guerras começam na mente dos homens, é na mente dos homens que as defesas da paz devem ser construídas".

Assim, recentemente, a UNESCO, pela iniciativa de Federico Mayor, tornou a Cultura de Paz a principal vertente da Organização.

A Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, de 13 de setembro de 1999, está assim redigida:

Uma Cultura de Paz é um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados: No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação; No pleno respeito aos princípios de soberania, integridade territorial e independência política dos Estados e de não ingerência nos assuntos que são, essencialmente, de jurisdição interna dos Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e

³⁴ KENNETH. Mediation: a basic approach, p. 6, apud SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e Mediação de Conflitos. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 33

o direito internacional; No pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; No compromisso com a solução pacífica dos conflitos; Nos esforços para satisfazer as necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente para as gerações presente e futuras; No respeito e promoção do direito ao desenvolvimento; No respeito e fomento à igualdade de direitos e oportunidades de mulheres e homens; No respeito e fomento ao direito de todas as pessoas à liberdade de expressão, opinião e informação; Na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações; e animados por uma atmosfera nacional e internacional que favoreça a paz.

No mesmo documento foram definidos os oito campos de ação em que o Estado e a sociedade civil devem atuar para garantir a promoção da cultura de paz. São eles: educação para a paz; desenvolvimento econômico e social sustentável; direitos humanos; igualdade entre os gêneros; participação democrática; compreensão, tolerância e solidariedade; comunicação participativa e livre circulação de informação e conhecimento; paz e segurança internacionais.

3.3 Modelos

Segundo Zapparolli e Freitas³⁵, Bernard Mayer preconiza que a mediação, em correspondência com os objetivos éticos e políticos do mediador, deve se orientar pelo propósito da transformação social, por via da difusão da cultura da tolerância e da não-violência; na perspectiva da expansão dos limites e da concretização de canais factíveis para a democracia participativa, com vistas à redução das desigualdades, à promoção da justiça social e ao alargamento dos horizontes da democracia.

A escolha do modelo deve ser feita com o objetivo de atingir esta finalidade, mas dentro de parâmetros de realidade.

Ainda segundo Zapparolli e Freitas, três são os modelos de mediação mais difundidos: o modelo tradicional-linear (Harvard), o modelo Transformativo (Bush e Folger) e o modelo circular-narrativo (Sara Cobb).

O modelo tradicional linear foi desenvolvido em Harvard e constitui um repertório de técnicas e procedimentos, aplicados por um mediador neutro. Este modelo encontra limitação na sua desconsideração dos fatores emocionais envolvidos nos conflitos e na

³⁵ ZAPAROLLI e FREITAS, op. Ct., p. 63 e seguintes

pretensa neutralidade axiológica do mediador.

O segundo modelo é o “transformativo” ou “transformador”, desenvolvido segundo as proposições de Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger. Segundo esses autores, a mediação é um fator de transformação social. É o modelo que foi utilizado pelo ativismo social e político da classe média americana a partir dos anos 70 e 80. A inconsistência metodológica do modelo reside em tomar o meio pelo fim.

O terceiro modelo é o “circular-narrativo” na perspectiva que lhe empresta Sara Cobb. A premissa fundamental desse modelo está radicada na adoção de um *approach* lingüístico da teoria social.

O modelo circular-narrativo inovou ao propor ferramentas como: 1. a identificação e o enaltecimento das diferenças (em direção oposta àquela preconizada pelo repertório convencional de “Harvard”, em que se otimizavam as convergências e as oportunidades pré-identificáveis de proximidade entre os sujeitos); 2. o emprego de jogos de desconstrução e re-contextualização narrativas, objetivando não apenas a superação dos ruídos de interlocução mas, indo além, a aproximação dos sujeitos em torno da agenda da construção, por eles próprios, de narrativas compartilhadas e inovadoras dentro das quais sejam entreabertos novos cenários de relação inter-pessoal e hipóteses ainda não exploradas de reconhecimento, legitimação e de entendimento recíprocos.

O modelo de Harvard tem por foco o acordo. O modelo transformativo tem por objetivo a transformação da relação e o modelo circular narrativo foca o acordo e as relações. É este último o modelo que tem mostrado melhores resultados.

Através da mediação as pessoas devem perceber que são capazes de enfrentar seus próprios problemas e resolver por si só suas questões, sem a interferência de terceiros.

3.4 . Princípios

Os princípios da mediação usualmente apontados são a liberdade das partes, a não-competitividade, o poder de decisão das partes, a participação de terceiro imparcial, a competência do mediador, a informalidade do processo e a confidencialidade no processo.

Por liberdade das partes entende-se que o processo de mediação deve ser sempre voluntário.

As partes somente podem recorrer à mediação se assim desejarem, não sendo admissível a mediação compulsória. Também as partes não podem estar sofrendo qualquer especial de coação no processo de mediação, de maneira a compeli-las a proceder de uma maneira ou de outra.

Quanto à não competitividade, trata-se da própria essência da mediação: as partes não estão buscando uma solução que represente um ganho de uma sobre a outra, mas sim uma solução que signifique ganho para ambas.

Quanto ao poder de decisão da partes, isso significa que unicamente as partes é quem decidirá como o conflito será resolvido. O mediador não oferecerá propostas, apenas conduzirá o diálogo.

A participação de um terceiro imparcial significa que o mediador deve ser uma pessoa que não tem poder de decisão (ao contrário do árbitro ou do Juiz). Isso permitirá a conversa franca das partes com o mediador, pois elas saberão que o que disserem não influenciará em uma futura decisão. A imparcialidade significa, por outro lado, que o mediador deve dar igual oportunidade de manifestação para as partes, sem privilegiar quaisquer delas.

A competência do mediador significa que ele deverá ter a capacidade de conduzir a mediação.

Por informalidade do processo entende-se que a mediação não é, ao contrário do que ocorre na jurisdição (onde as fases processuais são fixas e marcadas pelo instituto da preclusão), um processo com forma fixa, pré-determinada.

Finalmente, por confidencialidade do processo, entende-se que o mediador não poderá divulgar as informações que obteve em razão do processo de mediação.

3.5 Alcance e limites

Há autores que não admitem a mediação em relações que envolvem pessoas constitutivamente desiguais.

Assim, quanto ao foco do presente estudo, a relação de emprego, que trata de pessoas essencialmente desiguais, não poderia ser objeto de mediação.

Entretanto, não apenas existe a expressa previsão legal de mediação como fórmula de resolução de controvérsias individuais, como também a alegação de que a mediação não

pode ser utilizada em face de pessoas constitutivamente desiguais deve ser analisada com cautela.

Isso porque na sociedade capitalista todas as pessoas são essencialmente desiguais. Isso é do fundamento do capitalismo.

Assim, se não pudesse a mediação ser utilizada na seara trabalhista, não poderia também ser utilizada em quaisquer outras áreas.

O problema da desigualdade é solucionado através da adoção de técnicas de empoderamento.

Por outro lado, a mediação encontra também limites em razão dos direitos ditos indisponíveis.

Entretanto, como se verá adiante, o conceito de indisponibilidade dos direitos trabalhistas deve ser visto também dentro de seu contexto.

A mediação é um processo que está baseado na boa-fé das partes.

Evidentemente, se não há o propósito de tratar a outra parte com boa-fé, a mediação tem propósito.

Portanto, se uma das partes não tem interesse na mediação, não se pode realizar o processo.

Também não é viável a mediação quando o conflito se estabeleceu de maneira crônica e não há a possibilidade de que as partes escutem a outra. A fixação das bases do relacionamento conflituoso já ocorreu e não é possível o surgimento de uma solução criativa.

3.6 Mediador – Funções, Papéis e Código de Ética

Como apontam José Osmir Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior e Daniel Lopes de Moraes, o mediador tem diversas funções no processo de mediação:

- acolher os mediandos e outros participantes do processo;
- estabelecer a disposição física das pessoas no local da mediação;
- assegurar a existência e funcionamento de todos os itens e serviços de apoio (condições de conforto, acústica, climatização, etc);
- prestar os necessários esclarecimentos de forma clara, objetiva, precisa e correta a respeito dos procedimentos e objetivos da mediação;
- elaborar anotações na medida em que se façam necessárias e dentro da boa técnica de mediação;

- administrar a participação de todos os envolvidos, assegurando o bom andamento dos trabalhos, a manutenção da ordem, o respeito à integridade física e emocional, a livre expressão e outras afins;
- estabelecimento do respeito entre todos os participantes;
- a formulação de perguntas de modo empático, construtivo e agregador;
- a busca de clareza em todas as idéias;
- assegurar as condições para que as pessoas busquem o estabelecimento de acordos satisfatórios;
- assegurar o equilíbrio entre os mediandos;
- a análise dos problemas;
- o incentivo à comunicação;
- a revelação dos reais interesses de cada parte;
- a criação de opções;
- o desenvolvimento, nos mediandos, de novas aptidões para analisar os problemas e estabelecer comunicação efetiva.³⁶

A pessoa do mediador é de crucial importância no processo de mediação. A escolha da pessoa não adequada pode significar o fracasso da medida.

Como um terceiro desinteressado que busca facilitar o diálogo entre as partes, o mediador deve reunir predicados que o habilitem para o trabalho.

Quanto a esses predicados, merece ser destacada a observação de Zoraide Amaral de Souza:

José Luiz Bolzan de Moraes apresenta em sua obra um estudo interessante apresentado por *William E. Sinkin* e suas dezesseis características, que acredita serem de fundamental importância para o mediador:

- 1 - paciência de Jó;
- 2 - a sinceridade e as características do bulldog de um inglês;
- 3 - a presença de espírito de um irlandês;
- 4 - a resistência física de um maratonista;
- 5 - a habilidade de um halfback de esquivar-se ao avançar no campo;
- 6 - a astúcia de Maquiavel;
- 7 - a habilidade de um bom psiquiatra de sondar a personalidade;
- 8 - a característica de manter confidências de um mudo;
- 9 - a pele de um rinoceronte;
- 10 - a sabedoria de Salomão;
- 11 - demonstrada integridade e imparcialidade;
- 12 - conhecimento básico e crença no processo de negociação;
- 13 - firme crença no voluntarismo em contraste ao ditatorialismo;
- 14 - crença fundamental nos valores humanos e potencial temperado pela habilidade, para avaliar fraquezas e firmezas pessoais;
- 15 - docilidade tanto quanto vigor;
- 16 - desenvolvido olfato para analisar o que é disponível em contraste com o que possa ser desejável, suficiente capacidade de conduzir-se e o ego pessoal qualificado pela humildade.³⁷

³⁶ FIORELLI, MALHADAS Júnior e MORAES, op. cit., p. 55/56

³⁷ SOUZA, Zoraide Amaral de. Arbitragem – Conciliação – Mediação nos Conflitos Trabalhistas. São Paulo, LTr, 2004, p. 73

O projeto de lei original de mediação brasileiro (Projeto da Deputada Zulaiê Cobra, nº 4.827/1998) previa em seu artigo 2º que “pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.”

O substitutivo do Senador Pedro Simon, entretanto, ao contrário do projeto da Deputada Zulaiê, estabelece quais as pessoas que podem ser **mediador judicial** (art. 11) e **extrajudicial** (art. 12) e **co-mediador** (art. 16). O último projeto dá à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça para treinar e selecionar candidatos à função de mediador (art. 15).

Assim estão relacionadas as pessoas que podem ser mediadoras:

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Art. 10º Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São **mediadores judiciais os advogados** com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, **devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.**

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

Como se vê, enquanto o projeto original previa como único requisito para o exercício do papel de mediador ter “formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito”, o substitutivo entretanto, estabeleceu outras regras e além disso reservou o papel de mediador judicial exclusivamente aos advogados.

De acordo com o CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem) o mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência³⁸.

Aquele órgão estabelece que a imparcialidade é a condição fundamental ao mediador, não sendo possível que qualquer conflito de interesses afete sua imparcialidade, pois o mediador deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho. Também indica que por credibilidade entende-se que o mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente; por competência entende-se que o mediador deve ter a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente (daí o mediador somente poder aceitar a mediação se tiver as competências necessárias para tanto); por confidencialidade entende-se que os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a mediação, são sigilosos e privilegiados (daí a conclusão de que a mediação não pode ser feita por aquele que, no futuro, poderá ter por atribuição o julgamento do conflito, bem como a conclusão que aqueles que participam do processo não podem ser testemunhas); por diligência entende-se que o mediador deve agir com cuidado e prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

No sítio do CONIMA há um programa de capacitação do mediador³⁹.

De acordo com o CONIMA, o trabalho de formação do mediador envolve um curso de capacitação básica, o ensino e o aprendizado da mediação. A capacitação seria desenvolvida em diferentes espaços, para ampliar a possibilidade de acesso ao instrumento. Os cursos e espaços de teoria e de prática seriam assim organizados: 1) **espaços informativos** (que são cursos, palestras, seminários, workshops, etc. que se dediquem a

³⁸ http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/principios.html, acesso em 23/01/2009.

³⁹ http://www.conima.org.br/capacit_mediacao.html, acesso em 23/01/2009

divulgar e informar sobre os instrumentos de resolução alternativa de disputas, suas aplicações e benefícios); 2) **cursos** de capacitação básica (são cursos que oferecem informações globais sobre a mediação e sua prática, constituindo-se base mínima de conhecimento para o exercício da mediação; o curso está dividido em um módulo teórico e prático, com carga horária mínima de 60 horas e um estágio supervisionado com carga horária mínima de 50 e até 100 horas); 3) **cursos** de capacitação em áreas específicas (com capacitação específica nas áreas familiar; comercial; trabalhista; organizacional; comunitária; escolar; penal; internacional; meio ambiente, com a sugestão de carga horária mínima de 20 horas de especialização para cada área); 4) estudos avançados (para a realização de reciclagem permanente); 5) capacitação em supervisão; e 6) capacitação em docência (com o objetivo de divulgação dos recursos de RAD como instrumento promotor de uma cultura de resolução pacífica de controvérsias).

Com a finalidade de conquistar o respeito da sociedade pelo trabalho dos mediadores, o CONIMA estabeleceu um código de ética.

A finalidade é dar ao trabalho dos mediadores “alta qualidade técnica, embasado nos mais rígidos princípios éticos”.

O CONIMA aponta que “com frequência, os Mediadores também têm obrigações frente a outros códigos éticos (de advogados, terapeutas, contadores, entre outros)”, razão pela qual propõe um código que “adiciona critérios específicos a serem observados pelos profissionais no desempenho da Mediação”, acrescentando que “no caso de profissionais vinculados a instituições ou entidades especializadas somam-se suas normativas a este instrumento.”⁴⁰

O código estabelece princípios estabelecendo que “a Mediação fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo o Mediador centrar sua atuação nesta premissa” e que “o caráter voluntário do processo da Mediação, garante o poder das partes de administrá-lo, estabelecer diferentes procedimentos e a liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo.”⁴¹

Coloca como princípios fundamentais a imparcialidade, a credibilidade, a competência, a confidencialidade, e a diligência, que já foram analisados.

⁴⁰ http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html, acesso em 23/01/2009

⁴¹ http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/autonomia.html, aceso em 23/01/2009

Em seguida aponta que o mediador em face de sua nomeação deverá aceitar o encargo somente se estiver imbuído do propósito de atuar de acordo com os Princípios Fundamentais estabelecidos e Normas Éticas, mantendo íntegro o processo de Mediação; revelar se tem algum interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade; avaliar a aplicabilidade ou não de Mediação ao caso e se obrigará a, uma vez aceita a mediação, seguir os termos convencionados.⁴²

Com referência à conduta do mediador frente às partes, o CONIMA estabelece que “a escolha do Mediador pressupõe relação de confiança personalíssima, somente transferível por motivo justo e com o consentimento expresso dos mediados”. Acrescenta que a escolha deverá 1) garantir às partes a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso da Mediação; 2) Esclarecer quanto aos honorários, custas e forma de pagamento; 3) Utilizar a prudência e a veracidade, abstendo-se de promessas e garantias a respeito dos resultados; 4) Dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra; 5) Esclarecer a parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte; 6) Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim equilíbrio de poder; 7) Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir; 8) Recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo; 9) Eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes. 10) Observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes, para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada⁴³.

Com referência à conduta do mediador frente ao processo, o CONIMA estabelece que o mediador deverá 1) descrever o processo da Mediação para as partes; 2) definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo; 3) esclarecer quanto ao sigilo; 4) assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da Mediação; 5) zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados; 6) sugerir a busca e/ou a participação de

⁴² http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/nomeacao.html. acesso em 23/01/2009

⁴³ http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/partes.html, acesso em 23/01/2009

especialistas na medida que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade; 7) interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal; 8) suspender ou finalizar a Mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes; 9) fornecer às partes, por escrito, as conclusões da Mediação, quando por elas solicitado.⁴⁴

Finalmente, a conduta do mediador frente à instituição ou entidade especializada o mediador deverá 1) cooperar para a qualidade dos serviços prestados pela instituição ou entidade especializada; 2) manter os padrões de qualificação de formação, aprimoramento e especialização exigidos pela instituição ou entidade especializada; 3) acatar as normas institucionais e éticas da profissão; e 4) submeter-se ao Código e ao Conselho de Ética da instituição ou entidade especializada, comunicando qualquer violação às suas normas.⁴⁵

A adoção de um código de ética afigura-se de todo aconselhável.

Na União Européia há também um código de conduta dos mediadores⁴⁶, que não difere em essência do quanto previsto linhas acima, regulamentado a competência do mediador (o mediador deverá ser competente e conhecedor do processo de mediação), os encontros entre as partes (o mediador poderá encontra-se com as partes nos locais onde a mediação ocorre; ele deverá, antes de aceitar o encargo, esclarecer as partes sobre a sua competência para a realização da mediação), a independência e neutralidade do mediador (o mediador deverá atuar antes de expor para as partes quaisquer circunstâncias que possam comprometer sua independência ou significar um conflito de interesses; circunstâncias que incluem interesses pessoais ou profissionais com quaisquer das partes, interesse financeiro ou outro interesse, direto ou indireto, com o resultado da mediação, ou a circunstância de o mediador ou alguém empresa haver atuado de outra maneira que não a como mediador para quaisquer das partes – nessas hipóteses o mediador somente poderá prosseguir na mediação se estiver certo que sua neutralidade não será afetada), a imparcialidade do mediador (que deverá atuar com imparcialidade).

O código de conduta europeu prevê também regras sobre o ajuste de mediação, o processo, o acordo e os honorários do mediador.

⁴⁴ http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/processo.html, acesso em 23/01/2009

⁴⁵ http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/instituicao.html, acesso em 23/01/2009

⁴⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf, acesso em 23/01/2009

Quanto ao procedimento, o mediador deverá certificar-se que as partes compreenderam as características da mediação bem como o papel do mediador e das partes no processo. O mediador deverá em particular certificar-se que as partes compreenderam a obrigação de confidencialidade entre o mediador e as partes e entre elas. Caso as partes requeiram o acordo de mediação poderá ser redigido.

Na condução do processo, o mediador deverá conduzir o processo de maneira apropriada, inclusive levando em consideração o desequilíbrio de poder e a lei, os desejos das partes e a necessidade de rápida resolução da disputa.

O mediador poderá ouvir as partes separadamente, se assim julgar necessário.

Quanto à condução do processo, o mediador deverá certificar-se que as partes terão igual oportunidade de envolver-se no processo. O mediador comunicará as partes se o ajuste que está sendo apresentado é inaplicável ou ilegal ou se entende que a mediação não atingirá um acordo.

Quanto ao final do processo, o mediador deverá certificar-se que todo acordo alcançado foi entendido pelas partes. As partes podem encerrar o processo de mediação a qualquer momento, sem justificativa. O mediador, dentro de suas capacidades, poderá informar as partes qual a maneira para formalizar o acordo e de qual maneira poderá ele ser implementado.

Quanto aos honorários, o mediador deverá sempre informar as partes sobre o modo de remuneração, não devendo aceitar a mediação se a questão da remuneração não for previamente ajustada.

Finalmente, quanto o mediador deverá considerar toda a informação que recebeu no processo de mediação como confidencial, não podendo divulgá-la, a não ser que assim determine a lei. As informações recebidas durante o processo de mediação de uma das partes não podem ser divulgadas para a outra, a não ser que a primeira parte assim o permita.

O código de conduta europeu garante ao mediador o direito de anunciar a sua prática, de maneira profissional, verdadeira e digna.

Nos Estados Unidos também foi desenvolvido um modelo padrão de conduta de mediadores. O documento em questão foi elaborado por dois delegados da *American Arbitration Association*, dois delegados da *American Bar Association* e dois delegados da *Society of Professionals in Dispute Resolution*.

O documento estabelece os seguintes padrões:

- 1 - Autodeterminação - O mediador deve reconhecer que a mediação é baseada no princípio da autodeterminação pelos envolvidos. As partes devem alcançar um acordo voluntário, sem imposição ou coerção de qualquer espécie.
- 2 - Imparcialidade - O mediador deve manter-se equidistante.
- 3 - Conflitos de Interesses - Um mediador deve esclarecer qualquer conflito de interesses que de alguma forma ele envolva, sendo este materializado ou de possível ocorrência, e que seja por ele conhecido. Após a revelação, o mediador deve interromper o processo, a não ser que as partes decidam mantê-lo.
- 4 Competência - O mediador precisa possuir as qualificações necessárias para atender razoavelmente às expectativas das partes.
- 5 Confidencialidade - Ao mediador é vedado revelar qualquer informação que alguma das partes a ele solicite que seja mantida em sigilo, somente podendo revelar qualquer informação quando por determinação legal ou autorizado pelas partes.
- 6 Qualidade do Processo - O mediador deve trabalhar para garantir a qualidade do processo de uma maneira justa e desenvolver o mútuo respeito entre os envolvidos.
- 7 Anúncios ou Solicitações - Anúncios e qualquer outra espécie de comunicação acerca dos serviços oferecidos pelo mediador ou acerca de sua educação, treinamento, etc.
- 8 Custos - Faz-se necessário por parte do mediador o esclarecimento antecipado e integral das bases de compensação, os custos e honorários para as partes. As partes precisam saber de antemão os honorários do mediador para decidir se desejam mantê-lo ou não; assim como também deve ser esclarecido o tempo de duração deste processo.
- 9 Obrigações para com o Processo da Mediação - Os mediadores têm o dever de conhecer a prática da mediação, que consiste em desenvolver o espírito do consenso no seio da sociedade, contribuindo para educar às pessoas de forma a fazerem o melhor uso possível desse mecanismo.⁴⁷

3.7 Procedimentos

Não obstante a mediação não tenha o rigor formal de um processo, alguns procedimentos devem ser observados.

Tento em vista ser ela um procedimento voluntário, as partes precisam manifestar essa vontade por meio de um documento denominado "Termo de Mediação", que deverá conter todas as regras que serão observadas no processo de mediação (prazos, frequência das reuniões, possibilidade de reuniões individuais com as partes, remuneração do mediador, etc.).

⁴⁷ SOUZA, Zoraide Amaral de. Op. cit. p. 73/74.

A mediação se apresenta em quatro etapas, estando estruturada em torno de quatro etapas: Pré-mediação e Abertura; Relato das Histórias; Construção, Ampliação e Negociação de Alternativas e Encerramento do Processo de Mediação e Acompanhamento

Na “Pré-mediação e Abertura” a mediação é apresentada às partes, que poderão adotar o procedimento; na etapa de “Relato das Histórias” as partes contam suas histórias; ‘é neste momento que o mediador deve usar suas técnicas com o objetivo de conduzir as partes para o acordo; na Construção, Ampliação e Negociação de Alternativas são elaboradas as opções, de acordo com as sugestões das partes, para atender aos interesses dos envolvidos; no encerramento do Processo de Mediação são elaborados os documentos necessários.

Não obstante seja um processo informal, a mediação não prescinde de certos procedimentos, os quais são a garantia de que o processo se realizará de maneira apropriada, como aponta Petrônio Calmon⁴⁸:

Denomina-se *procedimento* de mediação o conjunto de etapas ou fases e dos atos neles praticados, todos com vistas a atingir a autocomposição. O procedimento é a arma do mediador, pois como lhe é aconselhável não intervir gratuitamente no diálogo, quando sente que a conversa não está sendo produtiva, deve valer-se do procedimento, de forma que sua interrupção ou intervenção pareça natural às partes e não qualquer censura sobre sua conduta.

A existência de um procedimento pré-fixado, segundo o modelo adotado pelo mediador, não significa, contudo, que a mediação deve desenvolver-se segundo esquemas rígidos, inflexíveis. O mediador experiente saberá conduzir as sessões de forma a proporcionar-lhes objetividade, mas não poderá desvirtuar os escopos maiores da mediação, que vão solucionar a lide sociológica, atendendo aos interesses genuínos, e facilitar a continuidade da relação. O procedimento pré-fixado e pactuado com os envolvidos é imprescindível para que a mediação não seja prematura e ingenuamente encerrada, dada por exitosa, por ter encontrado rapidamente uma solução para o conflito. É preciso ter consciência de que resultados imediatos podem ser falsos, levando apenas a conciliar

⁴⁸ CALMON, Petrônio. Op. Cit. p. 130/131.

posições, sem que os interesses subjacentes tenham sido definitivamente atendidos.

Todavia, não deve a mediação transcorrer de forma semelhante aos processos judiciais. Ao contrário, considerando a predisposição dos envolvidos à comparação com a Justiça, alguns cuidados práticos devem ser tomados de antemão, como, por exemplo, o local onde a mediação deve se desenvolver. Em primeiro lugar, deve ser um local neutro, de preferência o escritório do mediador. Esse local, evidentemente, não deve ser público, muito menos no mesmo edifício onde funcione algum órgão judiciário. As instalações devem ser apropriadas à especialidade do mediador, se houver. Pode-se valer-se de recursos pedagógicos, mas o ambiente não deve destoar daquele que os envolvidos estão acostumados.

[...]

Sistemas mistos há, ainda, em que nenhum dos envolvidos toma a iniciativa de buscar a mediação, mas ambos são conclamados a participar por um terceiro, normalmente o juiz ou funcionário do Poder Judiciário, ou mesmo um amigo, uma empresa que faz negócio com os dois envolvidos no conflito. Distinguem-se, aí, duas situações. Se são apenas aconselhados por um terceiro, ainda que seja o juiz ou funcionário da justiça, a mediação mantém-se íntegra em seus puros fundamentos. Se há uma conotação legal por trás desse "conselho" ou "convite", então se está diante de outra espécie de mediação, que pode ser chamada de parajudicial ou paraprocessual, um mecanismo híbrido [...].

Ao contrário do que ocorre na jurisdição, na qual as fases processuais são bem marcadas e se sucedem pelo instituto da preclusão, na mediação é possível haver flexibilidade e um ponto que já havia sido objeto de consenso pode ser novamente discutido.

A mediação pode ser feita por profissionais habilitados ou por instituições da área.

Via de regra é admissível a presença de advogados e assessores técnicos para as partes.

O processo de mediação se desenvolve por meio de reuniões do mediador com as partes, em conjunto ou separadamente.

Extingue-se o processo de mediação uma vez alcançado um acordo, com a assinatura do Termo de Acordo pelas partes, por uma declaração escrita do mediador justificando que a composição teve êxito ou não; por uma declaração conjunta das partes dirigidas ao

mediador com o efeito de encerrar o processo ou por uma declaração escrita de uma parte para a outra e também dirigida ao mediador, manifestando a vontade de encerrar o procedimento.

As informações da mediação devem ser confidenciais, não devendo ser reveladas a terceiros. Os documentos apresentados ou produzidos durante a mediação devem ser devolvidos às partes e os custos do procedimento, ou seja, as despesas administrativas e os honorários do mediador são rateados entre as partes, salvo disposição diversa no Termo de Mediação.

Capítulo 4 - Mediação no direito internacional

O estudo da mediação no Direito Internacional incentiva uma reflexão sobre a forma como outros países lidam com a questão da mediação.

4.1 Argentina

A mediação na Argentina teve sua primeira previsão legal no Decreto nº 1.480/92, que declarou a mediação de interesse nacional, e a classificou como processo informal, voluntário e confidencial⁴⁹. Referido decreto previu a aplicação da mediação aos conflitos judiciais e extrajudiciais e excluiu as causas de natureza penal. Também previu que no âmbito de competência do Ministério da Justiça se criaria um Corpo de Mediadores e se criaria uma Escola de Mediadores, bem como se desenvolveria uma experiência piloto de mediação em causas oriundas dos juizados civis de primeira instância de Buenos Aires.

Em 1995 a mediação foi incorporada à Lei 24.417 de Proteção contra a Violência Familiar.

No mesmo ano, a Lei 24.573 previu a mediação obrigatória em questões patrimoniais de direitos disponíveis, com âmbito de aplicação na capital federal. A lei foi sancionada em 25 de outubro de 1995, e regulamentada pelo Decreto nº 91, de 26 de janeiro de 1998.

⁴⁹ Para uma completa análise da legislação argentina sobre mediação, acessar <http://www.pmp.jus.gov.ar/archivos/varios/Normativa.htm>

A lei estabeleceu em seu artigo primeiro o seguinte:

Art. 1º Institui-se com caráter obrigatório a mediação prévia em todo juízo, que se regerá pelas disposições da presente Lei. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia.

A mediação é obrigatória, exceto nos processos criminais, de declaração de incapacidade, reabilitação, em causas envolvendo o Estado ou entidades estatais, no *habeas corpus*, nos interditos, nas medidas cautelares, na produção antecipada de provas, nos inventários, nas falências e concordatas e nas causas trabalhistas (que têm um regime especial de conciliação, previsto na Lei nº 24.635, de 10 de abril de 1996). Nos processo de execução e de despejo a mediação é facultativa

A mediação foi instituída pelo prazo de cinco anos, isto é, até 23 de abril de 2001. O prazo foi prorrogado.

Na Argentina o objetivo do legislador foi apresentar a mediação como uma forma de substituir a cultura do litígio.

Nos processos de separação, divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder, a mediação foi também dispensada. Nestes casos, porém, o processo é cindido e a questão patrimonial (que pode ser objeto de mediação) será encaminhada para mediação.

A Lei nº 24.573 criou também o Registro de Mediadores, de responsabilidade do Ministério da Justiça da Nação.

Para exercer a função de mediador, é necessário ser portador do diploma de advogado há dois anos e ter o treinamento necessário, além de ser aprovado em curso específico.

O mediador pode ser escolhido pelas partes dentre aqueles inscritos no Ministério da Justiça.

De acordo com a lei, a mediação ocorre da seguinte forma: 1) a parte formula sua pretensão, que é distribuída (sorteada) entre os mediadores registrados; 2) a mesa entrega o formulário ao representante que deverá entregá-lo ao mediador em três dias; 3) o mediador fixará audiência no prazo de dez dias, notificando as partes; 4) as partes podem ter contato com o mediador antes da audiência, com o objetivo de fazer conhecer suas pretensões; 5) pode haver, se necessária a intervenção de um terceiro, por solicitação das partes; 6) o prazo para a mediação será de 60 dias; 7) dentro do prazo o mediador poderá convocar as partes para todas as audiências necessárias; 8) caso a mediação não tenha sucesso pela

ausência de uma das partes, deverá a parte faltante pagar um multa de duas vezes o valor da remuneração do mediador; 9) a atuação do mediador é confidencial; ele tem liberdade para conferenciar com as partes; 10) as partes devem comparecer pessoalmente; 11) caso seja celebrado o acordo, será ele redigido e assinado pelas partes, pelos advogados e pelo mediador; 12) o mediador levará ao conhecimento do Ministério da Justiça o resultado da mediação, para fins estatísticos; 13) caso o acordo não seja cumprido poderá ser executado, aplicando-se multa; 14) o ministério do Trabalho receberá as multas pelo não comparecimento da parte à mediação e pela execução judicial do acordo; 15) caso não se chegue a um acordo também será feita uma ata; 16) o mediador receberá parcela fixa, que será determinada pelas partes conforme acordo; caso a mediação não tenha êxito, os honorários do mediador serão pagos pelo Fundo de Financiamento.

A lei prevê as hipóteses de impedimento e suspeição dos mediadores.

A lei impõe ao mediador apenas formas de proceder e fixa o prazo máximo de duração da mediação (60 dias, que podem ser prorrogados por acordo entre as partes).

As partes devem comparecer pessoalmente às audiências a assistência de advogado é obrigatória.

O procedimento é sigiloso. O dever de sigilo pode ser afastado por acordo entre as partes, mas o mediador dele não pode se eximir.

Caso a tentativa de acordo não tenha sucesso o mediador deverá lavrar uma ata que será assinada pelas partes, pelo mediador e encaminhada para o Ministério da Justiça, para fins estatísticos.

O acordo celebrado tem força executiva e pode ser cobrado em processo de execução de sentença, perante o Juiz competente.

O mediador receberá pelo seu trabalho honorários que serão fixados previamente (independentemente da extensão e da complexidade do trabalho).

Na Argentina as causas trabalhistas regem-se pela Lei nº 24.635/96.

Estabelece o art. 1º da referida lei:

Art. 1º Los reclamos individuales y pluriindividuales que versen sobre conflictos de derecho de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, serán dirimidos con carácter obligatorio y previa a la demanda judicial, ante el organismo administrativo

creado por el art. 4º de esta ley, el que dependerá del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

O procedimento de conciliação é gratuito para o trabalhador. O conciliador deverá possuir título de advogado com antecedentes em matéria de Direito do Trabalho. O reclamante apresenta a reclamação junto ao Serviço de Conciliação Laboral Obrigatória. O ingresso do requerimento suspenderá o curso da prescrição.

O conciliador é designado pelo Serviço de Conciliação Laboral obrigatório, por sorteio. Ele deverá ser escolhido entre aqueles os inscritos no Registro Nacional.

Caso o conciliador esteja impedido ou seja suspeito, nos termos do quanto previsto para os Juízes no Código de Processo Civil e Código Comercial, ele deverá escusar-se de intervir, sob pena de ser inabilitado.

As controvérsias oriundas da alegação de impedimento ou suspeição do conciliador serão dirimidas pelo Ministério do Trabalho e Seguridad Social.

O conciliador não poderá representar, patrocinar ou assessorar a quem foi parte em atuações nas quais tenha intervindo como tal, pelo prazo de dois anos a partir da data em que cesse sua inscrição no Registro Nacional de Conciliadores Laborales.

O conciliador recebe um valor fixo pelo seu trabalho, qualquer que seja o resultado, de acordo com o determinado pelo Ministério da Justiça.

4.2 Estados Unidos

Os Estados Unidos têm grande familiaridade com as formas conciliatórias de resolução de controvérsias.

Informa Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa⁵⁰, citando Mara González-Capitel Martinez que a comunidade puritana dos Quakers e os colonizadores holandeses desde 1636 utilizavam a mediação. Acrescenta ainda o exemplo das associações comerciais (desde 1768 na Câmara de Comércio de Nova York) e nas relações de trabalho

⁵⁰ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Op. Cit. p. 141

destaca a mediação realizada desde 1913 pelos Comissários de Conciliação nomeados pelo Secretário do Trabalho.

Referida autora aponta ainda o exemplo dos chineses e judeus que, sentindo-se discriminados, criaram a *Chinese Benevolent Association* e, em 1920, *Jewish Conciliation Board*, respectivamente.

A partir da década de 1960 a insatisfação da sociedade americana com o desempenho do Judiciário levou a proliferação de entidades governamentais e não-governamentais que implantaram órgãos de mediação e arbitragem. Em 1980, o Congresso Americano aprovou o *Dispute Resolution Act* e com nele se desenvolveram sob a administração do Departamento de Justiça, programas alternativos de solução de conflitos.

Petrônio Calmon, citando Gladys Alvarez, aponta que nos Estados Unidos a preocupação com as fórmulas alternativas de resolução de controvérsias floresceu no século XX, com os estudos de Mary Parker Follet⁵¹.

Acrescenta ainda o referido autor:

Formalmente, a experiência pioneira com mecanismos para a obtenção da autocomposição nos Estados Unidos foi a criação do Departamento de Trabalho, em 1913, onde foram instituídas comissões de conciliação para atender aos conflitos entre empregados e empregadores, que mais tarde se converteram no Serviço de Conciliação dos Estados Unidos, que em 1947 foi transformado no Serviço Federal de Mediação e Conciliação. A justificativa para organizar esses mecanismos de autocomposição no setor industrial, segundo a Lei de Relações do Trabalho, de 1947, foi impulsionar uma "paz industrial sólida e estável" e a "acomodação das relações entre empregadores e empregados mediante a negociação coletiva", com vistas a evitar a greve, melhorando a seguridade, o bem-estar e a riqueza dos norte-americanos.

O uso federal da mediação nos conflitos trabalhistas tornou-se um exemplo seguido em muitos estados, que aprovaram leis, desenvolveram regulamentos e formaram um quadro de mediadores, para resolver os conflitos trabalhistas locais. O setor privado também promoveu mediação entre capital e trabalho e as relações comerciais. A Associação Americana de Arbitragem foi fundada em 1926, que se ocupava da mediação, antes de qualquer decisão heterocompositiva.

A mediação patrocinada pelos organismos oficiais não se limitou às questões trabalhistas. Em 1964, a Lei dos Direitos Cíveis criou o Serviço de Relações Comunitárias do Departamento de Justiça, que tinha como um de seus objetivos ajudar as vítimas de discriminação racial, mediante a prática da negociação e mediação. Diversos organismos oficiais, comissões de direitos cíveis e organismos privados passaram a usar a mediação para resolver conflitos relacionados a questões sexuais, raciais e étnicas.

⁵¹ CALMON, Petrônio. Op. Cit. p. 174.

Conforme se viu, como mecanismos isolados, muitas vezes incentivados, financiados ou encampados pelo governo, cada um voltado para um determinado tipo de conflito ou de litigantes, o fortalecimento dos mecanismos para a obtenção da autocomposição podem ser observados nos Estados Unidos da América desde o início do século XX, mas foi nas décadas de 70 e 80 que surgiu a onda das ADR, *alternative dispute resolution*.⁵²

A mediação encontrou na universidade de Harvard sua fundamentação teórica pelo trabalho de negociação desenvolvido por Roger Fisher e William Ury, do Projeto de Negociação de Harvard, popularizado através do seu livro *Getting to Yes*, de 1981.

Segundo Fisher e Ury as negociações que focava posições podem resultar em impasse ou em um acordo que é percebido por uma das partes como tendo sido imposto simplesmente devido à força superior da outra parte.

Muitos tribunais – estaduais e federais - nos Estados Unidos têm programas de mediação. Isso porque em 1990 a *Civil Justice Reform Act* (Lei da Reforma da Justiça Civil, de 1990) determinou que todos tribunais federais preparassem e implementassem programas alternativos para a resolução de disputas.

Geralmente, esses tribunais mantêm um painel de mediadores habilitados que oferecem os seus serviços às partes em litígio, seja por determinação do tribunal ou a pedido das partes.

No entanto, existe a mediação privada. Nesses casos as partes em litígio chegam à conclusão de que a mediação é o procedimento mais indicado para o caso e escolhem um mediador entre os muitos prestadores de serviços privados que abriram escritórios para oferecer esse tipo de serviço.

Atualmente não existem requisitos de licenciamento ou certificação para mediadores nos Estados Unidos e nenhum treinamento formal é exigido para que se possam oferecer esses serviços.

No entanto, a maioria das pessoas que oferece serviços de mediação já teve algum treinamento.

As organizações que promovem a mediação costumam prever em seus códigos de ética o dever de sigilo do mediador. Os mediadores são proibidos de testemunhas em processos judiciais.

⁵² CALMON, Petrônio. Op. Cit., p. 175/176.

A remuneração varia de acordo com o contexto no qual a mediação ocorre.

Assim, alguns mediadores são pagos pelas partes e outros são remunerados pelo sistema judiciário. A maioria dos programas de mediação anexos aos tribunais pede que os mediadores do painel prestem, na qualidade de voluntários, seus serviços, por uma parte do tempo dedicado à mediação (por exemplo, as primeiras quatro ou cinco horas) e exigem que as partes remunerem o mediador a partir desse ponto, a uma taxa horária estabelecida pelo tribunal.

4.3 Espanha

Na Espanha as controvérsias podem ser resolvidas por mediação, a conciliação e a arbitragem.

Naquele país há um órgão denominado Instituto de Mediação, Arbitragem e Conciliação (IMAC), criado através do Real Decreto-Lei nº 5, de 26 de janeiro de 1979.

Ao ser solicitada a mediação o órgão selecionará o mediador, de acordo com a natureza da controvérsia e as habilidades do mediador.

O mediador poderá ouvir as partes e poderá solicitar dados e informações.

O mediador fará uma proposta de acordo e a submeterá às partes, que poderão aceitar ou não.

Como se vê, trata-se de um processo mais assemelhado à arbitragem (exceto pela não obrigatoriedade de imposição da solução proposta pelo mediador) do que à mediação propriamente.

A "Lei de Procedimiento Laboral" de 1995 considera obrigatória a apresentação da demanda perante o serviço administrativo correspondente como requisito prévio para a propositura da demanda. Estão excetuadas as demandas que envolvam a *Seguridad Social*, *férias*, férias e outras mencionadas no art. 64 da LPL

O IMAC está sendo substituído por comissões paritárias que se formam nos próprios locais de trabalho, que apresentam maior eficiência, pois funcionam dentro do próprio estabelecimento.

Nos conflitos individuais do trabalho, a prática mais utilizada é a transação.

As regras de confidencialidade são observadas e as informações recebidas no processo de mediação não podem ser utilizadas em processo judicial.

4.4 Portugal

A adoção da mediação como sistema alternativo de resolução de controvérsias é recente em Portugal.

Há três sistemas de mediação em Portugal: a Familiar, a Penal e a Laboral.

O Sistema de Mediação Laboral é adotado para resolver qualquer conflito entre empregador e trabalhador, exceto acidentes de trabalho.

O Sistema de Mediação Laboral foi criado através de um protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça, as centrais sindicais e as confederações patronais em maio de 2006 e entrou em funcionamento no dia 19 de Dezembro de 2006.

Em janeiro de 2008 entrou em funcionamento o Sistema de Mediação Penal. Através desse sistema busca-se a aproximação entre as partes para atingir um acordo com o objetivo de reparar os danos causados pelo ato ilícito, contribuindo para a restauração da paz social.

Em Portugal a mediação também é utilizada nos Centros de Arbitragem e nos Julgados de Paz.

A utilização do Sistema de Mediação Laboral é bastante simples.

Na hipótese de ocorrência de um conflito, o empregado ou o empregador solicita a intervenção do Sistema de Mediação Laboral, através do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios.

O Gabinete entrará em contato com a outra parte e marcará uma reunião na qual as partes são informadas sobre o procedimento de mediação e seus direitos e deveres. Caso as partes concordem com o prosseguimento da mediação, é assinado um termo e o mediador (escolhido em uma lista prévia) desloca-se até o local estabelecido pelas partes.

A mediação poderá durar até três meses, podendo ser prorrogada se as partes assim desejarem. Ela também poderá ser interrompida a qualquer momento.

O mediador deverá possuir um certificado de conclusão de curso de mediação laborar e, além disso, a) ter mais de 25 anos de idade; b) estar em pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; c) possuir licenciatura adequada; d) estar habilitado com um curso de especialização em mediação laboral ou um curso de formação inicial em mediação

laboral; e) não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso; e f) ter domínio da língua portuguesa.

É facultada a presença dos advogados das partes.

4.5 França

Na França a mediação e a conciliação são vistos como um mesmo mecanismo.

Atualmente, a o juiz tem o dever de encorajar as partes à conciliação. A conciliação poderá ser feita pelo Juiz ou por terceiro.

A partir de fevereiro de 1995 foi facultado ao juiz, em qualquer fase do processo, encaminhar as partes a um mediador.

A maior parte das conciliações na França ocorre em um procedimento privado de conciliação e mediação (extrajudicial).

O art. 131 do Código de Processo francês prevê que o mediador judicial deve atender aos seguintes requisitos: 1) não ter sido penalmente condenado; 2) não ter praticado ato contrário à honra e à probidade; 3) ter conhecimento da matéria envolvida no conflito; 4) ter formação e experiência adequadas e 5) apresentar garantia de independência.

O processo também é sigiloso e o mediador assume compromisso de sigilo.

Capítulo 5 Mediação e direito do trabalho

A Organização Internacional do Trabalho estimula a adoção de medidas de autocomposição.

Veja-se, neste sentido, a Recomendação nº. 92 de junho de 1951, a qual orienta a solução de conflitos no trabalho por meio de uma comissão paritária, compostas por patrões e empregados:

I. Conciliación Voluntaria

1. Se deberían establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, con objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores.
2. Todo organismo de conciliación voluntaria, establecido sobre una base mixta, debería comprender una representación igual de empleadores y de trabajadores”.

A Convenção nº 98 da OIT, de junho de 1949, por seu turno estabelece que as negociações coletivas devem ser baseadas no tripartismo e nos mecanismos alternativos de negociação e exorta os países conveniados a adotar diversas proposições relativas à aplicação dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva.

Veja-se a redação do artigo 4º da Convenção 98:

Artigo 4.º - Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

A Recomendação nº. 94, de 1952, propôs a criação de organismos de consulta e colaboração entre empregadores e trabalhadores, no âmbito da empresa, para prevenir ou conciliar as respectivas controvérsias:

1. Se deberían tomar medidas apropiadas para promover la consulta y la colaboración entre empleadores y trabajadores en el ámbito de la empresa sobre las cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de acción de los organismos de negociación colectiva o que

normalmente no sean tratadas por otros organismos encargados de determinar las condiciones de empleo.

2. De conformidad con la costumbre o la práctica nacionales, dicha consulta y dicha colaboración deberían ser:

- a) o facilitadas, estimulando acuerdos voluntarios entre las partes;
- b) o promovidas por una legislación que establezca organismos de consulta y colaboración, y que determine su alcance, competencia, estructura y modalidades de funcionamiento, habida cuenta de las condiciones particulares de las diferentes empresas;
- c) o facilitadas o promovidas mediante una combinación de estos dos métodos.

A Recomendação n.º 163 da OIT, estabelecida em 1981, afirma que as negociações coletivas devem desenvolver-se em todos os níveis, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, no qual as negociações se fazem apenas pelos sindicatos.

5.1 Mediação trabalhista e direitos indisponíveis

A proposta da adoção da mediação como forma de resolução de conflitos existentes em uma relação de emprego tem como pressuposto lógico a análise da questão da possibilidade de transação de direitos trabalhistas.

Com efeito, sendo o direito do trabalho fundado no princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, a análise da questão da possibilidade de haver transação de direitos trabalhistas adquire marcada relevância.

O fundamento legal da defesa da indisponibilidade dos direitos são os artigos 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 9º dispõe que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas”.

O artigo 444 estabelece que as partes podem estipular livremente os contratos de trabalho, desde que não haja contravenção das regras de proteção ao trabalho, aos respectivos contratos coletivos e às decisões das autoridades competentes.

Por sua vez, o artigo 468 dispõe que a alteração das condições de trabalho só é lícita por mútuo consentimento e desde que não resultem em prejuízos diretos ou indiretos ao trabalhador, sob pena de nulidade de disposição contrária da garantia.

O fundamento da indisponibilidade dos direitos trabalhistas está radicado em duas ordens de argumento: 1) os direitos em trabalhistas são, na maior parte das vezes, de ordem pública e 2) se permitida a livre disposição de direitos por parte do empregado haveria

pressão dos empregadores para que abrissem mão de vantagens que em outras circunstâncias não renunciariam.

Trata-se de uma questão que tem causado celeuma, pois a indisponibilidade total entraria em conflito com a conciliação, sempre prestigiada pelo legislador (arts. 764⁵³, 831⁵⁴, 846⁵⁵, 847⁵⁶, 850⁵⁷, 852-E⁵⁸, 862⁵⁹ e 863⁶⁰ da CLT).

Como conciliar os dois institutos?

Carlos Alberto Carmona assim conceitua direito indisponível:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.⁶¹

Maurício Godinho distingue os direitos trabalhistas protegidos por indisponibilidade absoluta dos protegidos pela indisponibilidade relativa:

⁵³ Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

⁵⁴ Art. 831 - A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação. Parágrafo único - Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas."

⁵⁵ Art. 846 - Aberta a audiência, o Juiz ou Presidente proporá a conciliação.

⁵⁶ Art. 847 - Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.

⁵⁷ Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

⁵⁸ Art. 852-E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

⁵⁹ Art. 862 - Na audiência designada, comparecendo ambas as partes ou seus representantes, o Presidente do Tribunal as convidará para se pronunciarem sobre as bases da conciliação. Caso não sejam aceitas as bases propostas, o Presidente submeterá aos interessados a solução que lhe pareça capaz de resolver o dissídio.

⁶⁰ Art. 863 - Havendo acordo, o Presidente o submeterá à homologação do Tribunal na primeira sessão.

⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998, página 48.

A indisponibilidade de direitos trabalhistas pelo empregado constitui-se em regra geral no Direito Individual do Trabalho do país, estando subjacente a pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: arts. 9º, 444, 468, CLT. Isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa, geral, no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho. A indisponibilidade inerente aos direitos oriundos da ordem juslaboralista não tem, contudo, a mesma exata rigidez e extensão. Pode-se tecnicamente, distinguir entre os direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por uma indisponibilidade relativa.⁶²

Segundo referido autor, qualquer ato de disposição de direitos, unilateral ou bilateral, seria nulo de pleno direito.

Como coloca o autor, ocorreria a indisponibilidade absoluta quando o direito envolve o interesse público, seja porque envolve a dignidade do trabalhador como pessoa humana ou em razão de estar o direito protegido por norma de interesse abstrato da categoria (o chamado padrão civilizatório mínimo). Exemplos desses direitos são o registro do contrato de trabalho, o salário mínimo, bem como as questões que envolvem medicina e segurança do trabalho.

O autor em questão acrescenta que na indisponibilidade relativa deve-se destacar o direito que traduz interesse individual ou bilateral simples e que não caracteriza um padrão civilizatório mínimo. Tais direitos estão sujeitos a indisponibilidade relativa e transação, desde que não resulte em efetivo prejuízo ao empregado. São exemplos desses direitos a modalidade de salário, compensação de jornada, etc.

Assim, o autor em destaque aponta que a indisponibilidade relativa acontecerá no direito individual quando o direito não estiver no patamar mínimo determinado pela sociedade, podendo ser objeto de transação desde que não haja prejuízo ao trabalhador.

A transação de direitos reclamados em juízo depende da homologação judicial. O Juiz no ato da homologação verifica se a transação não é desproporcional.

Por outro lado, não obstante a ênfase dada pelo legislador à conciliação, as partes não têm autonomia irrestrita para ajustar as condições de trabalho. Com efeito, a fixação de normas reguladoras da relação de trabalho pelas próprias partes encontra limites nas

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 5ª edição, p. 216

normas de ordem pública (normas de proteção à saúde e segurança, anotação da CTPS, salário mínimo, descansos anuais e normas previstas em acordo ou convenção coletiva). Às partes resta a denominada competência residual – ou seja, elas podem transigir em assuntos que não envolvam questões de ordem pública. Portanto, a vontade das partes encontra limites nos artigos 9º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Além disso, há hipóteses comuns em que os empregados abrem mão, voluntariamente, de seus direitos: veja-se a hipótese do empregado estável que pede demissão (admissível, desde que com assistência do sindicato – artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho), ou do empregado que deixa de cumprir o aviso prévio, porque já obteve outro emprego (Súmula 276 do TST: “O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”). Além das hipóteses de renúncia nos casos de substituição processual (Enunciado 310, VI) e do empregado estável demitido que deixa de retornar ao emprego após tê-lo sido colocado à disposição em audiência..

A opção preferencial do legislador pela solução consensual é também evidenciada pelo prestígio que dá a Constituição Federal ao Acordo e a Convenção Coletiva entre as partes. Os parágrafos do artigo 764⁶³ mostram claramente a opção do legislador pela composição entre as partes: somente é admissível o recurso judicial após o fracasso da conciliação e da solução arbitral.

A questão da transação, entretanto, sempre foi vista com cuidado pelo Judiciário, como indicam Jorge Neto e Cavalcante:

Para o direito do trabalho, a regra básica é a de que os direitos dos trabalhadores são irrenunciáveis. Referido juízo de valor não pode ser visto de forma absoluta.

Há hipóteses nas quais o direito é absolutamente indisponível, logo não

⁶³ Art.764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.
§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

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

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

poderia haver a renúncia. Nestas situações denota-se o interesse público, isto é, a tutela direta não envolve o indivíduo em si, porém como membro de uma classe social ou de uma categoria profissional.

Por outro lado, pode-se, também, estar diante de direitos de indisponibilidade relativa, ou seja, quando são passíveis de renúncia ou transação.

No contexto da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas também se pode inserir a temática da flexibilização.⁶⁴

Portanto, são quatro as correntes até aqui apresentadas. A primeira defende que não poderá haver renúncia ou transação quanto aos direitos previstos em lei, salvo quando a própria lei autorizar, mas não haverá óbice àqueles de caráter privado. A segunda corrente entende que não poderá haver renúncia e transação aos direitos previstos em lei, salvo quando a própria lei autorizar; e quanto àqueles previstos em norma de ordem privada a alteração só poderá ocorrer se não causar prejuízo ao trabalhador, salvo quando a própria lei autorizar. Defendemos esta posição. A terceira vertente é no sentido de classificar os direitos trabalhistas em direitos de indisponibilidade absoluta ou indisponibilidade relativa. O problema é que cada autor conceitua de forma diferente quais são os direitos de indisponibilidade absoluta. A quarta e última vertente, é a adotada por alguns tribunais de que tudo é possível através de norma coletiva, em face da flexibilização autorizada pela Carta/88. Defendem que, se a constituição permitiu o mais, que é a redução salarial pela via negocial, o menos está automaticamente autorizado (Cassar, Vólia Bomfim. Op. cit. página 411)⁶⁵.

Merece ser destacado que algumas decisões judiciais tem admitido a utilização de procedimento de *arbitragem* de direitos trabalhistas – o que indica que atualmente a posição dos Tribunais de a respeito da irrenunciabilidade total está sendo encarada de maneira mais flexível.

EMENTA – DIREITO DO TRABALHO. DIREITO PROCESSO DO TRABALHO. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. VALIDADE. EFEITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. FÉRIAS. PRESCRIÇÃO. 1. Inexistindo óbice expresso, a transação de direitos laboristas fica aceitável. Mas, em razão do princípio da irrenunciabilidade, deve ser analisada a critérios rigorosos, máxime no que tange aos requisitos de validade para os atos jurídicos em geral: a capacidade do agente, a licitude do objeto, bem assim os de validade da transação propriamente dita. 2. De modo a possibilidade da transação, na seara obreira, afigura-se legítima em contextos excepcionalíssimos. E, normalmente, sempre tributária da intervenção da entidade sindical, do Ministério Público do Trabalho, do Ministério do Trabalho ou do próprio Poder Judiciário. Desiderato único de certificar se realmente engendrada uma transação. E

⁶⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho, 4ª edição, São Paulo, Tomo I, Editora Lúmen Júris, p. 98.

⁶⁵ Apud. JORGE NETO, CAVALCANTE. Op. cit., p. 97

não mera renúncia dos direitos trabalhistas. 3. A renúncia geral e irrestrita a todos os direitos é ineficaz, em virtude do princípio de sua irrenunciabilidade, peculiar e inafastável da Carta Obreira. Mesmo que o empregado firme termo de transação extrajudicial (como na hipótese) que traga em seu bojo cláusula de abdicação de direitos, essa circunstância não o impede de ingressar em juízo a postular quantos entenda devidos, oriundos do contrato de trabalho. Porque garantia lhe assegurada por norma constitucional (artigo 5º, XXXV, da CF/88). 4. Sendo as prerrogativas indisponíveis, já fixadas via diretrizes imperativas e de interesse público, e possuindo o desate contratual regras específicas, mormente a satisfeitos os créditos trabalhistas, ex vi do art. 477, § 2º, da CLT, inaplicável à hipótese decorrente de mera composição particular (de empregado e empregador) a eficácia do instituto da transação prevista no Código Civil. 5. No que relativo às férias, a que incida a prescrição mister observar o período de sua abertura. Pois apenas depois do respectivo término as mesmas se tornam judicialmente exigíveis (art. 134, CLT). Graças a isso, urge admitir que as de 1997/1998 houve o lapso de utilização findo em julho/99. Ficando a salvo do cutelo prescribendo. 2ª Turma, PROC. TRT- RO: 00435-2003-371-06-00-4 RELATOR: JUIZ JOSIAS FIGUEIRÊDO DE SOUZA REVISOR: JUIZ ANDRÉ GENN RECORRENTE FAZENDA CIPÓ (JOSÉ MARCOS DE LIMA E FILHOS) ADVOGADO: LUCIANO CÉSAR BEZERRA DE ARAÚJO RECORRIDO: LUIZ BATISTA DA SILVA ADVOGADO: GILBERTO DE SOUZA COSTA PROCEDÊNCIA: VARA DO TRABALHO DE SERRA TALHADA - PE

Por outro lado, não obstante tenha sempre sido proclamada a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, nunca se deixou de reconhecer a prescrição a confissão e a revelia, que agem em sentido contrário.

A indisponibilidade de direitos provém da irrenunciabilidade. O fundamento da indisponibilidade está na hipossuficiência do empregado, visto como agente incapaz de gerir seus atos.

Entretanto, não obstante não obstante o princípio da irrenunciabilidade, é ele abrandado pela negociação coletiva (artigo 7º incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal), além das formas legalmente previstas de flexibilizações da legislação trabalhista (banco de horas, por exemplo). O artigo 14, parágrafo segundo da Lei 8.306/90 estabelece que “o tempo de serviço anterior à atual Constituição poderá ser transacionado entre empregador e empregado, respeitado o limite mínimo de 60 (sessenta) por cento da indenização prevista.” Não se cogita de hipossuficiência do trabalhador nesses circunstâncias.

De acordo com Plá Rodrigues, a irrenunciabilidade é “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em

benefício próprio”⁶⁶

Plá Rodrigues, sempre mencionado, critica alguns fundamentos do princípio da irrenunciabilidade.

Para aqueles que defendem a irrenunciabilidade em razão da imperatividade das normas trabalhistas ele adverte:

Não se pode caracterizar o Direito do Trabalho como direito imperativo sem afirmar concomitantemente a mais completa eliminação da vontade privada como força juridicamente relevante na elaboração normativa das relações jurídicas disciplinadas por ele.

Não há quem sustente tal absurdo. Se o Direito do Trabalho procura proteger a personalidade humana, é óbvia a impossibilidade de suprimir a livre manifestação de uma das qualidades supremas desta personalidade: sua vontade.

A verdade parece paradoxal: invoca-se o caráter imperativo do Direito do Trabalho precisamente para garantir a liberdade desta vontade. Não essa *liberdade formal*, como o proclamou um individualismo mal-entendido, e sim a *liberdade real*, que consiste na "igualdade econômica entre os fatores capital e trabalho", concluindo-se daí que "o Direito do Trabalho não é, em síntese, um limite à liberdade de contratar, mas à liberdade de explorar o fator trabalho, constituindo, inversamente, a possibilidade de existir uma real liberdade de contratar".

No campo do Direito do Trabalho surge, pois, uma distinção essencial e de suma importância: nele existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação, valorizando a como a expressão da própria personalidade humana.⁶⁷

Assinala ainda o referido autor:

Deveali recorda uma série de considerações para ter em conta os inconvenientes que derivam da impossibilidade de transações e renúncias:

- a) as relações de trabalho são muito numerosas e abarcam a quase-totalidade da população;
- b) a legislação do trabalho, em todos os países, devido a seu amplíssimo campo de aplicação e a seu objeto - que consiste na multiforme e continuamente variável realidade econômica -, a seu caráter eminentemente regulamentar e seu processo de formação necessariamente sujeito a fatores circunstanciais, dá lugar a numerosas dúvidas em sua aplicação diária. Esse inconveniente não seria excessivamente grave se se referisse às indenizações por despedida, mas resulta gravíssimo quando diz respeito a modalidades de prestação diária de trabalho, como no caso da jornada de trabalho dos anciãos e dos menores, dos descansos compensatórios, das ausências por doença, etc.; e
- c) na relação de trabalho é mister reduzir o máximo possível as rixas entre patrão e empregado, já que elas afetam a serenidade e o espírito de

⁶⁶ RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, São Paulo, LTr, 2002, página 142

⁶⁷ RODRIGUES, Américo Plá. Op. cit. p. 151.

colaboração, necessários ao aumento da produtividade, no interesse de ambos e da coletividade.

Como harmonizar essas duas exigências opostas, a de proibir a derrogação das normas trabalhistas, mediante renúncias e transações, e a de evitar uma litigiosidade contínua durante a relação de trabalho? A primeira exigência imporia a instalação de um ou mais tribunais em cada fábrica, para decidir diariamente sobre as inumeráveis dúvidas que a aplicação das leis trabalhistas ocasiona aos trabalhadores; dúvidas suscitadas por estes últimos e, amiúde, pelos próprios empregadores, os quais também estão interessados em que as normas obscuras sejam esclarecidas *a priori*, a fim de evitar reclamações posteriores. Mas, se assim fosse, as melhores energias seriam dedicadas à litigiosidade, em lugar de sê-lo à produção. O litígio, que em uma sociedade organizada constitui um fato patológico, de caráter excepcional, converter-se-ia em um fato normal, de efeitos extremamente perniciosos, não somente no tocante à produção, como também sob o aspecto ético e psicológico.

Para harmonizar essas exigências opostas elaboraram-se diferentes soluções, que pretendem introduzir outra margem de relatividade que torne o quadro menos absoluto e compacto. Mas já agora não nas normas, como visto, porém no ato mesmo da renúncia, distinguindo formas e matizes, dentro de uma grande variedade de possibilidades que ocorrem na prática.⁶⁸

E analisando as diferenças entre renúncia e transação, o autor assevera que a transação *é admissível*:

Uma primeira distinção surge entre as renúncias que resultam de um ato unilateral e as que derivam de um acordo bilateral. É certo que toda renúncia, afinal de contas, é um ato unilateral, mas que pode apresentar-se isolado e só, ou enquadrado em um negócio, dentro do qual também a outra parte realiza alguma renúncia de seus direitos.

Esta distinção se apresenta em geral como a comparação entre renúncia e transação. A renúncia - ensina Süsskind - é um ato jurídico unilateral, pelo qual o titular de um direito dele se despoja. A transação, ao contrário, é um ato jurídico pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.

A renúncia - acrescenta Dorval Lacerda - é um ato unilateral enquanto o contrato e a transação são necessariamente bilaterais. Mas não é só isso. A renúncia, como ensina Paolo Greco, pressupõe a certeza, pelo menos subjetiva, do direito de que é objeto, enquanto a transação, pelo contrário, pressupõe certa insegurança, do ponto de vista subjetivo, sobre o direito ou respectiva situação jurídica, no que concerne à existência, limites ou modalidades: é uma *res dubia*, segundo a doutrina tradicional, entendendo-se a dúvida em um sentido subjetivo, mas que possa ser reconhecida como possível e razoável segundo as contingências comuns da vida e considerando-se as circunstâncias do caso.

[...]

Insistindo sobre a distinção, Süsskind acrescenta que, para que haja transação, é imprescindível que: a) duas pessoas pelo menos estejam vinculadas entre si, em virtude da relação jurídica da qual derivam

⁶⁸ RODRIGUES, Américo Plá. Op. cit. p. 173/174

direitos e obrigações; b) haja insegurança no pertinente a determinado ou determinados direitos patrimoniais, isto é, direitos incorporados ao patrimônio de uma das partes do contrato; c) a controvérsia seja extinta mediante concessões recíprocas.

A renúncia se refere a um direito certo e existente, ou pelo menos futuro, porém certo, e que não seja um direito impugnado, porque ninguém pode renunciar a uma coisa cuja propriedade não lhe seja amplamente reconhecida.

A transação, inversamente, se refere sempre a duas prestações opostas (uma do empregador, outra do empregado) que se reduzem por mútuo acordo a uma só, por cessão mútua, donde se deduz a existência, quanto a tais prestações, respectivamente, de direitos incertos ou direitos que se chocam, o que pressupõe litígio. A *res dubia* - elemento essencial da transação - deve ser entendida em um sentido *subjetivo*, isto é, dúvida razoável sobre a situação jurídica objeto do precitado acordo. E a incerteza subjetiva deve concernir às duas partes que realizam a transação. Por isso, ensina *Carnelutti*, "o pressuposto da transação é constituído não tanto pela *res litigiosa* quanto pela *res dubia*". E por isso mesmo, assinala *Prosperetti*, "a doutrina tem demonstrado uma repugnância decisiva a admitir a transação, no caso de má-fé de uma das partes".

É que, se um dos contratantes tem certeza da obrigação que deve cumprir, age obviamente de má-fé ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões convencionadas.

[...]

Em geral, admite-se a transação e rechaça-se a renúncia. Há duas razões fundamentais. A primeira, de caráter teórico, que a transação supõe a troca de um direito litigioso ou duvidoso por um benefício concreto e certo, enquanto a renúncia supõe simplesmente a privação de um direito certo. A segunda, de caráter prático, porque o fato de a transação ser bilateral não significa sacrifício gratuito de qualquer direito, vez que, ao contrário de uma concessão, sempre se obtém alguma vantagem ou benefício.⁶⁹

Assim, como aponta FREITAS⁷⁰

Contudo é necessária uma aproximação adicional para distinguir indisponibilidade de direito da composição consensual de uma pauta para seu exercício. Explico-me. Estou para ver, ao menos em conta da experiência brasileira e de outros países de sistema jurídico assemelhado, região temática em que haja mais acordo do que em conflitos de família; dentro e fora de judiciário (tendo presentes práticas lícitas e moralmente indubitadas). E assim porque há uma larga distinção entre "renunciar à proteção alimentar" e dispensar pensão (especialmente quando desnecessária ou juridicamente incabível), entre renunciar aos

⁶⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit. p. 176/177

⁷⁰ FREITAS Júnior, Antônio Rodrigues de. Conflitos de Justiça e relação de trabalho: limites e perspectivas para o emprego da mediação. Revista do Advogado, nº Revista do Advogado. São Paulo v. 28, n. 97, p. 21-34, maio 2008

direitos/deveres de “paternidade/maternidade” e definir um regime de guarda em que apenas um dos pais o exerça; entre renunciar ao direito/dever de visita e a definição de um regime de visita que seja compatível com a preservação das rotinas coessenciais à formação da criança e do adolescente. Ora bem, esses parecem ser exemplos eloqüentes de que o conflito comporta ser tratado mediante a confecção harmoniosa de uma pauta de exercício de direitos indisponíveis, tendo em vista cada situação concreta de possibilidade e de necessidade. O mesmo ocorre com os direitos sociais.

5.2 Mediação trabalhista de conflitos individuais e coletivos

Os conflitos do trabalho podem ser individuais ou coletivos.

Nos conflitos individuais estão envolvidos o empregador e o empregado (ou mais de um empregado), tendo por base o contrato de trabalho.

Nos conflitos coletivos estão envolvidos um grupo de trabalhadores e, algumas vezes, mais de uma empresa. Nesses conflitos as partes são representadas pelos sindicatos (ou pela empresa, no caso de acordo coletivo de trabalho).

Como aponta Ari Possidonio Beltran:

O conflito coletivo pode ser diferenciado da mera acumulação de conflitos individuais, que pelo seu objeto, quer pelos meios aplicados. Quanto ao objeto, o conflito individual é sempre uma questão limitada ao contrato individual de trabalho, assim como geralmente não repercute sobre o grupo social, embora pudesse fazê-lo, caso em que poderia ser um conflito coletivo.

[...]

O conflito individual surge entre um trabalhador e um empresário, tendo como matéria ou objeto o reconhecimento de um direito subjetivo de caráter singular.

O conflito coletivo se distingue do individual tanto por seu objeto como por seus sujeitos: o objeto será constituído de um interesse coletivo, cuja noção é resultado de uma simplificação sociojurídica.⁷¹

A distinção é relevante porque os conflitos individuais e coletivos do trabalho são tratados de forma diferente.

A mediação trabalhista de conflitos coletivos encontra fundamento legal no artigo 616 e seus parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho:

⁷¹ BELTRAN, Ari Possidonio. Op. Cit. p.50/52

Art.616 - Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

§ 1º - Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes.

§ 2º - No caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do Ministério do Trabalho ou se malograr a negociação entabulada é facultada aos Sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo.

§ 3º - Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo.

§ 4º - Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente.

A Instrução Normativa nº 04, do Tribunal Superior do Trabalho condicionou o recebimento do pedido de instauração de dissídio à prova do exaurimento da tentativa de solução negociada.

A Portaria nº 3.097/88, tratou especificamente da mediação nos conflitos coletivos. Essa Portaria permitia uma postura ativa do mediador, que poderia solicitar informações e esclarecimentos às partes, com o objetivo de solucionar os conflitos. O Ministério Público do Trabalho era a parte legitimada a defender o interesse público nestas lides entregues, quando havia greve em serviços essenciais ou violação de direitos transindividuais e individuais homogêneos.

A Organização Internacional do Trabalho sempre enfatizou a conveniência da negociação direta entre as partes dos processos coletivos. Duas Convenções da organização – a de nº 98 (estabelece o tripartismo e recomenda a adoção de medidas apropriadas para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores) e a nº 154 (incentivo à negociação coletiva) - objetivam a negociação direta.

O Decreto nº 1.572/95 fixou as regras para a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista.

O artigo 2º do decreto estabeleceu que frustrada a negociação direta, na respectiva data-base anual, as partes poderão escolher, de comum acordo, mediador para composição do conflito, tendo sido consignado, no parágrafo primeiro que na hipótese de não haver a

escolha consensual, as partes poderão solicitar ao Ministério do Trabalho, a designação de mediador.

O parágrafo segundo do preceito em comento estabeleceu que se a parte não se considerar em condições de participar em situação de equilíbrio da negociação, poderá também solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de mediador.

O parágrafo terceiro do artigo segundo estabeleceu que podem ser duas as espécies de mediadores: o particular, remunerado pela parte (que deverá ser previamente cadastrado na Delegacia Regional do Trabalho, devendo o requerente demonstrar comprovada experiência na composição dos conflitos de natureza trabalhista e conhecimentos técnicos relativos às questões de natureza trabalhista; o credenciamento tinha prazo de validade de três anos), ou o servidor público, sem ônus para as partes.

O artigo 5º previa que o mediador designado terá o prazo máximo de 30 dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresso com as partes interessadas, sendo certo que o Delegado Regional do Trabalho poderá solicitar redução no prazo de negociação.

O artigo 6º previa que alcançado o entendimento entre as partes, na negociação direta ou por intermédio de mediador, lavrar-se-á, de imediato, ata contendo as causas motivadoras do conflito e as reivindicações de natureza econômica.

Quanto aos conflitos individuais, no âmbito da fiscalização do trabalho podem ser encontrados certos preceitos legais que indicam a possibilidade de mediação.

Como informa o “Manual do Mediador”⁷² o Decreto nº 88.984, de 10 de novembro de 1983 instituiu o Sistema Nacional de Relações do Trabalho e criou o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem:

Art. 1º - Ficam criados o Conselho Federal de Relações do Trabalho (CFRT), os Conselhos Regionais de Relações do Trabalho (CRRT) e o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem (SNMA).

(...)

Art. 4º - Compete ao Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem (SNMA):

I - manter um serviço gratuito de mediação, para auxílio às partes;

II - manter um serviço de arbitragem, com árbitros independentes, remunerados pelas partes interessadas na solução de conflito, conforme especificar o respectivo compromisso arbitral;

III - promover o melhor desenvolvimento da negociação coletiva.

O artigo 8º do referido diploma legal referia-se especificamente à área trabalhista:

⁷² Manual do Mediador, 1997

Os Delegados Regionais do Trabalho, enquanto o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem-SNMA não dispuser de quadro de mediadores, selecionados e contratados em regime trabalhista, mediante critérios a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Relações do Trabalho, indicarão servidores do quadro de pessoal do Ministério do Trabalho com reconhecida experiência no campo das relações de trabalho, para o desempenho das referidas funções de mediadores.

Prossegue o referido Manual apontando que a mediação realizada pela Delegacia Regional do Trabalho foi inicialmente regulamentada pela Portaria MTb nº 3.097, de 17 de maio de 1988, posteriormente alterada pela Portaria MTb nº 3.122/88 a qual “considerando a necessidade de se disciplinar o procedimento nas reuniões nas Delegacias Regionais do Trabalho para composição dos conflitos individuais e coletivos de trabalho” determinou que “a composição dos conflitos *individuais e coletivos* de trabalho obedecerá às disposições contidas “ naquela Portaria (art. 1º, sem destaques no original) e que “(...) os órgãos regionais do Ministério do Trabalho atenderão às solicitações que versarem sobre interesses coletivos de categorias *ou de empregados* de uma ou mais empresas” (parágrafo único do artigo 3º, sem destaques no original).

O Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, que dispôs sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, estabeleceu:

Art. 201. À Secretaria Nacional do Trabalho compete:
I - harmonizar as relações entre empregados e empregadores.

A Portaria nº 3.311, de 22 de novembro de 1990, trouxe os princípios do programa de desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e estabeleceu no artigo 5º, VII o seguinte: “otimização dos serviços de orientação e agilização das providências para o atendimento das reclamações formuladas pelos trabalhadores.”

A Portaria nº 3.194, de 12 de abril de 1991, que aprovou o Regimento Interno do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, instituiu a Coordenação de Relações do Trabalho e a Divisão de Orientação Trabalhista voltada especificamente para as atividades relativas à orientação e acompanhamento dos conflitos individuais e coletivos, em fase administrativa.

A estrutura organizacional do Ministério do Trabalho e a classificação das

Delegacias Regionais do Trabalho, nos estados, foram adotadas pelas Portarias Ministeriais nºs 712, 713 e 714, de 05 de agosto de 1992, e publicadas no DOU de 06 de agosto de 1992.

A Portaria nº 713, de 05 de agosto de 1992, - Regimento Interno das Delegacias Regionais do Trabalho, instituiu a Seção de Conciliação dos Conflitos Individuais - SCCI, dispondo que a esta compete:

- I - compor os conflitos entre o trabalhador e empregador sobre direitos controversos denunciados;
- II - propor soluções para composição da controvérsia;
- III - colocar à disposição dos conflitantes os recursos técnicos disponíveis e informá-los sobre as consequências jurídicas, sem vinculação a ato administrativo punitivo;
- IV - orientar o trabalhador quanto ao direito pretendido, preservando os de natureza trabalhista quando líquidos e certos;
- V - atender às solicitações internas e externas relativas às informações pertinentes ao acompanhamento do sistema de conciliação dos conflitos individuais.

Por fim, o art. 75 da Lei Complementar nº 123/06 estatui que as micro e pequenas empresas serão estimuladas a utilizar a conciliação prévia, a mediação e a arbitragem para a solução dos seus conflitos.

Art. 75. As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos.

§ 1º Serão reconhecidos de pleno direito os acordos celebrados no âmbito das comissões de conciliação prévia.

§ 2º O estímulo a que se refere o caput deste artigo compreenderá campanhas de divulgação, serviços de esclarecimento e tratamento diferenciado, simplificado e favorecido no tocante aos custos administrativos e honorários cobrados.

A mediação também está prevista na Lei nº 10.101/2000 e nas Portarias ns. 117 e 118/95 do Ministério do Trabalho.

Capítulo 6 Mediação no Direito brasileiro

6.1.1 O Projeto de lei de mediação

6.1.2 Histórico

A partir da década de 1980 a mediação passou a figurar em alguns diplomas legais como forma de resolução de conflitos.

A Lei 10.101/00, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas, estabeleceu em seu artigo 4º, I, que naquelas negociações, caso resulte em impasse, deverá ser utilizada a mediação.

O artigo 11 da Lei 10.192/01 (que estabelecia medidas complementares ao Plano Real), por seu turno, estabeleceu a possibilidade de as partes em discussão sobre reajuste salarial se valerem de um mediador antes de propor um dissídio coletivo⁷³.

Mas afora iniciativas legislativas isoladas, não havia um diploma legal específico regulamentando o uso da mediação.

Em 1998 teve início a tramitação do Projeto de Lei nº 4837 de Deputada Zulaê Cobra Ribeiro. O projeto de lei definia, em sete artigos, conceitos e procedimentos.

A mediação de conflitos era definida como “atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos” (art. 1º), podendo ser sobre qualquer matéria “que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem” (parágrafo primeiro).

O texto original permitia que a mediação pudesse versar sobre todo o conflito ou parte dele (art. 3º). Facultava também que em qualquer tempo e grau de jurisdição, pudesse o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período (art. 4º).

O projeto original previa a mediação judicial e a extrajudicial (art. 3º) e também a possibilidade de antes do processo, se obtido o acordo ele este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria (art. 5º), procedimento em tudo semelhante ao artigo 57 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, visto linhas acima.

O texto foi aprovado no plenário da Câmara dos Deputados e em 2002 encaminhado ao Senado Federal.

Em julho de 2006, depois de passar pela relatoria do Senador Pedro Simon, o projeto foi ampliado para 47 artigos, tendo sido dividido em seis capítulos: I - modalidades de

⁷³ Art. 11. Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo.

mediação; II - dos mediadores; III - do registro dos mediadores e da fiscalização e controle da atividade de mediação; IV - da mediação prévia; V - da mediação incidental; e VI - disposições finais.

O projeto está atualmente na Câmara dos Deputados, tendo em vista a sua alteração pelo Senado.

O substitutivo do Senado é mais amplo que o projeto original da Deputada Zulaiê.

No Capítulo I foi definida a atividade de mediação (prévia ou incidental, caso tenha sido realizada antes ou depois de iniciado o processo, ou judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores).

A mediação será sempre sigilosa, exceto se as partes dispuserem de maneira diversa.

O Capítulo II traz a disciplina jurídica dos mediadores, determinando quem pode ser mediador judicial ou extrajudicial, bem como fixando as atribuições da Ordem dos Advogados do Brasil, dos Tribunais de Justiça dos Estados e das instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça para treinar e selecionar candidatos à função de mediador.

O Capítulo III traz a disciplina do Registro de Mediadores.

O projeto traz a necessidade de registro dos mediadores para uma dupla finalidade: controle de trabalho e fiscalização das penalidades impostas.

Neste capítulo, estão enumeradas as hipóteses de exclusão do Registro de Mediadores.

No Capítulo IV foi disciplinada a mediação prévia.

No Capítulo V foi estabelecida a obrigatoriedade da mediação incidental, com o declarado objetivo de estimular a auto-composição e desafogar as varas de primeira instância.

Finalmente, o Capítulo VI traz disposições finais.

6.2 Críticas e encômios

O projeto de mediação brasileiro segue a linha da Lei Argentina.

O projeto introduz a figura do co-mediador (“Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao

litígio”). A co-mediação é opcional, podendo ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador. É obrigatória nos casos que versem sobre o estado da pessoa e sobre Direito de Família, devendo o co-mediador ser psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

A figura do co-mediador é bastante apropriada.

Sendo a mediação um processo multidisciplinar, a intervenção de um co-mediador pode colaborar para lançar uma nova visão sobre o conflito.

O projeto cria na verdade uma mediação paraprocessual (como, aliás, expressamente referido no artigo 1º). Seu viés processualista é marcado: a mediação nele cogitada está voltada para o processo judicial. Porém, como visto no presente trabalho, a mediação vai além da mera solução da controvérsia, ela tem por escopo transformar um contexto adversarial em colaborativo. O projeto não se preocupa com essa feição, limita-se a apresentar a mediação como uma singela forma de resolução de controvérsias.

Será criada uma condição específica para a propositura da ação, à semelhança do que já ocorre com as comissões de conciliação prévia na Justiça do Trabalho. Da mesma maneira que no âmbito da Justiça do Trabalho, certamente ocorrerão dúvidas a respeito da constitucionalidade da imposição da submissão da demanda à mediação e as penalidades pela recusa da parte em fazê-lo (o projeto não deixa claro se existe alguma penalidade).

Dois relevantes pontos que não são esclarecidos no projeto são a necessidade de participação de advogado (art. 30, parágrafo 3º e 37, parágrafo 1º) e a remuneração dos mediadores (art. 42).

Quanto à remuneração, o projeto estabelece que os mediadores serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

A fixação de honorários dos mediadores em todos os processos será, certamente, um problema para os agentes públicos.

O projeto apresenta além dessas algumas outras impropriedades.

O artigo 3º estabelece que “é lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.” Entretanto, não dirime a questão da transação de direitos trabalhistas.

No artigo 7º está previsto que “o acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador [...]”. Ora, o acordo não é o termo e não é ele que deverá ser subscrito.

No parágrafo único do mesmo dispositivo está consignado que “a mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo”. Como é possível que o processo de mediação seja reduzido a termo?

Os artigos 9º a 12 estabelecem quem poderá ser mediador. Entretanto, estabelece que somente advogados poderão ser mediadores judiciais. Não parece apropriado deixar de admitir como mediadores outros profissionais unicamente porque a mediação é judicial.

O artigo 31 do projeto estabelece o seguinte:

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Novamente pode ser observado o lapso referente ao “termo de mediação”. O no parágrafo único é indicado que o mediador devolverá o requerimento ao distribuidor – mas aqui ele não se refere ao distribuidor cível, pois trata-se de mediação prévia.

Comparando o projeto com a legislação Argentina, pode-se ver muitas semelhanças.

Quanto à fiscalização da conduta dos mediadores na Argentina há a Comissão de Seleção e Fiscalização dos Mediadores, constituída por representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Brasil essa atividade será exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil (para os mediadores advogados) e pelos Tribunais de Justiça, para os demais profissionais.

Na Argentina, o Registro de Mediadores é de responsabilidade do Ministério da Justiça.

Quanto ao prazo para a realização da mediação, na Argentina é de 90 dias a contar do registro da reclamação e de 30 dias quando se tratar de processo de execução. No projeto brasileiro o prazo é de 90 dias a contar do requerimento da mediação prévia, não havendo referência no projeto ao prazo da mediação incidental.

A legislação argentina, ao contrário do projeto brasileiro, não trata da figura do co-mediador.

A legislação argentina prevê a obrigatoriedade da participação do advogado, ao contrário do projeto brasileiro.

Quanto aos impedimentos à atuação do mediador, na Argentina, fica ele impedido de atuar para qualquer das partes até um ano após a cessação de sua atuação como mediador. Nos casos em que o mediador atuou, não poderá definitivamente atuar. No projeto brasileiro o mediador fica impedido por dois anos (a contar do encerramento da atuação no caso) de prestar qualquer serviço às partes, sendo certo que para as matérias correlatas o

impedimento é definitivo. Nos dois casos, há a previsão de suspeição e impedimento dos mediadores, da mesma maneira que para os juízes.

O projeto brasileiro prevê que “caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.” (art. 15).

Para a eficiência da mediação será necessário que os cursos de formação sejam adequadamente realizados.

Também será necessário o desenvolvimento de uma cultura voltada para a composição pacífica das controvérsias, ao contrário da cultura adversarial que predomina entre os operadores jurídicos.

Capítulo 7 Mediação e promoção de direitos humanos

Não há consenso na doutrina a respeito de uma definição de direitos humanos.

Segundo Alexandre de Moraes:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no desenvolvimento histórico dificulta a definição de um conceito sintético e preciso. Essa dificuldade aumenta pela circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem⁷⁴.

A evolução dos direitos humanos fundamentais é produto da evolução da sociedade. Inicialmente representaram eles uma forma de proteção do indivíduo contra o Estado, mas foram adquirindo forma mais ampla: de desenvolvimento e melhoria da condição de vida das pessoas.

A propósito da divergência entre as nomenclaturas (direitos humanos ou direitos fundamentais), deve-se apontar a definição de Canotilho, que esgota a matéria:

[...]direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente⁷⁵.

Os direitos humanos costumam ser classificados por gerações.

Os direitos de primeira geração são os direitos de resistência. Apareceram pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e tiveram expressão e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (com a Revolução Francesa, de 1789), além do outras que lhes seguiram. O objetivo era, como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁶

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. Comentários aos Arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: Atlas, 2002, p.40

⁷⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 369.

⁷⁶ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 17ª ed., p. 246.

[...]armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas estabelecendo zona interdita à sua ingerência - liberdades-limites- seja por meio delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste - liberdades oposição.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 trazia no seu Título VIII os direitos e garantias individuais. Tais direitos e garantias foram mantidos nas Constituições de 1891 e 1934.

A partir do Século XX novos direitos passaram a ser tutelados.

Com a Constituição Mexicana (1917), surge a idéia de que o Estado deveria ser indutor de desenvolvimento social. Em razão disso, ganham importância os direitos econômicos e sociais, que passam também a ser vistos como direitos fundamentais. Tal preocupação está também presentes na Constituição Soviética (1918) e na Constituição de Weimar (1919).

Os direitos fundamentais de segunda geração, constituem, como ensina José Afonso da Silva,

[...]prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.⁷⁷

Em 1946, a Constituição brasileira estabeleceu diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, o que também foi feito na Constituição de 1967.

A segunda geração de direitos humanos engloba direito ao trabalho, à proteção ao caso de desemprego; o direito ao salário mínimo, ao número máximo de horas trabalhadas, o acesso à educação.

Tais direitos sociais são essenciais para a própria consolidação da democracia, pois somente através da educação a população poderá participar conscientemente do processo político.

A identificação desses direitos marca uma nova visão da ciência, que supera o caráter individualista pela valorização do social e do coletivo.

O Estado, para a implementação dos direitos, não pode mais ser omissor em face dos problemas econômicos, sociais e culturais.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editora, 15ª ed., 1998, p. 289.

Naturalmente, para que esses direitos fossem efetivos seria necessário um aparato legislativo e judicial que possibilitasse a implementação das diretrizes.

O caráter individualista dos códigos processuais, adequados para os conflitos intersubjetivos, mas não eficazes quando tratam de conflitos coletivos, foi evidenciado, tornando-se necessária a sua adaptação.

Os direitos de terceira dimensão são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, a qualidade de vida.

Sarlet⁷⁸ esclarece que:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem- indivíduo, como seu titular, destinando-se À proteção de grupos humanos (família, povo e nação) e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difuso.

Celso Lafer⁷⁹ assim relaciona a evolução das gerações dos direitos humanos: 1) os direitos de primeira geração tem origem na herança liberal; são direitos civis e políticos, tais como a) direitos de garantia (liberdades públicas, de cunho individualista); b) direitos individuais exercidos coletivamente (liberdades de associação); 2) os direitos de segunda geração são os direitos sociais econômicos e culturais: direito ao bem estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação são exemplos desses direitos; 3) os direitos de terceira geração são direitos de titularidade coletiva.

A Constituição de 1988 estabelece, no artigo 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Em face do quanto estabelecido na Constituição Federal, José Afonso da Silva assim classifica os direitos sociais:

a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direito social relativo à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente.⁸⁰

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado, 2ª Ed., Porto Alegre, 2001. p. 52.

⁷⁹ LAFER, Celso. Direitos humanos e democracia: no plano interno e internacional. em “Desafios: ética e política”, Ed.Siciliano, 1995, p. 201 e segs.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. Op. et loc. cit.

Segundo o referido autor, os direitos sociais dos trabalhadores são de duas ordens: a) os direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho (art. 7º) e b) os direitos coletivos dos trabalhadores (arts. 9º a 11).

Os direitos à seguridade (saúde, previdência e assistência social) estão no título da Ordem Social, artigos 193 e seguintes.

Os direitos sociais relativos à educação e à cultura estão radicados nos artigos 5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, 205 a 217,

Os direitos relativos à família, criança, adolescente e idoso estão previstos no capítulo da Ordem Social (art. 201, II, art. 203, I, II, arts. 226 e 227, art. 230).

Como se observa, a Constituição brasileira de 1988 prevê direitos sociais de primeira, segunda e terceira gerações.

E estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União Indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

Como se vê, bastante ampla a proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil.

Tão ampla quanto não observada.

Como a mediação de conflitos trabalhistas se insere neste contexto? Qual poderá ser o seu papel na implementação dos direitos humanos?

Em seu Preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sete *consideranda*: 1) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; 2) o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; 3) a proteção dos direitos humanos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; 4) o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; 5) a crença nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores

condições de vida em uma liberdade mais ampla; 6) o compromisso dos Estados-Membros em desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades e 7) a compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

A mediação *se realiza* para a implementação dos direitos humanos e se dá através do exercício daqueles direitos.

Deve ser considerado que as relações de trabalhos são relações potencialmente geradora de conflitos (tipificando aquilo que Folberg e Taylor chamam de estrutura de conflito). Além disso, é fundamento da república a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (ou seja, a um só tempo o trabalho e o indivíduo são dignificados, porém os indivíduos estão inserido em uma estrutura potencialmente geradora de conflitos). Também relevanotar que a difusão da cultura da paz preconiza a implementação meios não adversariais de resolução de controvérsias.

Isso tudo significa que há o trabalho que é digno, mas a pessoa está inserida em um ambiente que pode gerar potencialmente o conflito. Portanto, uma forma não adversarial de resolução desses conflitos (em respeito à cultura da paz) deve ser colocada à disposição do indivíduo para que ele possa defender o seu trabalho, que é um direito fundamental.

Por outro lado, nos termos do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XXVI, 1 e 2) “ toda pessoa tem direito à instrução” e “a instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.”

A mediação, além de sua finalidade pacificadora de conflitos, tem um marcado caráter educativo. Por meio dele é possível desenvolver na pessoa a consciência de seus direitos.

Ao dar voz a um empregado para que ele reivindique seus direitos, a mediação promove a compreensão e conscientização desses direitos. Ao mesmo tempo, tratando-se de um processo que implica o diálogo, a mediação permite que uma parte compreenda a pauta de justiça da outra parte. Desta maneira, a mediação revela o seu caráter educacional: ela promove o crescimento da pessoa em dignidade, autonomia e reconhecimento dos direitos dos outros.

A remoção dos obstáculos econômicos ao acesso ao Judiciário (a segunda onda de Cappelletti e Garth) promoveu o acesso formal ao judiciário, porém não eliminou um obstáculo cultural, que é o desconhecimento das pessoas como sujeitos de direitos. A questão de acesso à justiça não é meramente financeira: os indivíduos não se reconhecem como detentores de direito e deixam, via de consequência, de buscá-los.

Este problema, como é evidente, somente será resolvido com um processo de educação.

Conclusão

Após a análise das características da mediação e a forma como ela trata a relação de base, podemos afirmar que ela é um mecanismo perfeitamente adequado para ser aplicado nas relações de trabalho. E a sua aplicação será uma forma promoção de direitos humanos e da difusão da cultura da paz.

A mediação promove a cultura da paz não só pela pacificação do conflito ao qual ela é aplicada mas também porque a sua utilização torna as pessoas aptas a ter a gerência do conflito e o poder de decisão.

Responsabilizando-se pela resolução do conflito, as partes estarão mais propensas a implementar a resolução alcançada, ao contrário do que ocorre na jurisdição.

Ao mesmo tempo em que as partes se responsabilizam pela resolução do conflito, através do processo de mediação, elas têm a oportunidade de perceber os parâmetros de justiça que inspiram a outra parte. Isso é crucial para a difusão da cultura da paz.

A mediação vai se apresentar como uma forma de efetivação de direitos humanos, seja porque a sua própria utilização é o exercício de um direito humano, seja porque através dela, especialmente na área trabalhista, onde grande parte dos direitos assegurados aos trabalhadores findou elevados *ao status* de direitos fundamentais, esses direitos podem ser efetivamente implementados.

A mediação, além de sua finalidade pacificadora de conflitos, tem um marcado caráter educativo. Por meio dele é possível desenvolver na pessoa a consciência de seus direitos.

Referências Bibliográficas

ADLER, Stephen. *The use of mediation by labour courts, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação: um instrumento judicial para a paz social. *Revista do advogado*. São Paulo v. 26, n. 87, p. 134-137, set. 2006

BARBOSA, José Maria. Mediação dos conflitos individuais de trabalho: considerações e sugestões para procedimentos. *Revista LTr: Suplemento Trabalhista*. São Paulo v. 34, n. 70, p. 299-303 1998

BARROS, Alice Monteiro. *Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial*, Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 8, n. 101, nov. 1997.

BARROS, Alice Monteiro: Curso de Direito de Trabalho, São Paulo, LTr, março de 2005.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. Mediação: Relevante instrumento de pacificação social. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo v. 6, n. 20, p. 309-324, abr./jun. 2003

BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1996.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direito Coletivo do Trabalho e Mediação*. São Paulo: Ltr, 2002.

BUSH, R.B, e FOLGER, JP, *La Promesa de Mediación*. Buenos Aires: Granica; 2006.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. São Paulo, Forense, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. Revista Forense, volume 395, p. 211/212

_____, Os Métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista Forense, volume 326, p 121/122.

_____, *Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas – Atualidades Internacionais – Direito Processual Civil*, in Revista de Processo, São Paulo, n. 65, ano 18, jan/mar 1992, 3

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Mediação e arbitragem nos Estados Unidos: breves considerações Revista Jurídica. Blumenal - SC v. 6, n. 11/12, p. 71-100, jan./dez. 2002

COOLEY, John, W. *A Advocacia na Mediação*. Brasília, Ed.UnB, 2001.

CUNHA, J. S. Fagundes. Da mediação e da arbitragem endoprocessual Revista dos Juizados Especiais. São Paulo , v. 4, n. 14, p. 11-41, out./dez. 1999

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro Revista LTr. São Paulo v. 66, n. 6. p. 663-670, jun. 2002

_____, Curso de Direito do Trabalho, 5ª edição.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *Formas de solução dos conflitos trabalhistas no Brasil*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 8, n. 93, pp 32/45, mar. 1997.

FARIA, José Eduardo: *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1995.

_____, *O Judiciário e o desenvolvimento econômico*. in: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria (org.), São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, *As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais*. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria (org.), São Paulo: Malheiros, 2002

_____, *Declaração Universal dos Direitos Humanos: Um cinquentenário à luz da globalização econômica* Disponível em :
<<http://www.cjf.gov.br/revista/numero6/artigo5.htm>>

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 17ª ed..

FIGLIOLI, José Osmir; MALHADAS Júnior, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes. Psicologia na Mediação - Inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais, São Paulo, LTr.

FISHER, Roger. Ury, William. *Getting to Yes*. New York, Penguin Books, 1991.

FREITAS Jr., Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e relações de trabalho: limites e perspectivas para emprego da mediação Revista do Advogado. São Paulo v. 28, n. 97, p. 21-34, maio 2008

_____, *Os Direitos Sociais e a Constituição de 1998*. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

FREITAS Júnior. Antônio Rodrigues de e ZAPAROLLI, Célia Regina: *Mediação de Conflitos e Promoção da Cultura da Paz*, **gray version**.

GIGLIO, Wagner D. Solução dos conflitos coletivos: conciliação, mediação, arbitragem, resolução oficial e outros meios Revista LTr. São Paulo v. 64, n. 3, p. 307-312, mar. 2000

GOIZUETA HERRERA, Napoleón. *Metodos alternativos de solicion de conflictos del trabajo*, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 278.

GOLDIN, Adrián O. *Os conflitos trabalhistas e suas formas judiciais e extrajudiciais de solução - anotações e reflexões*. In *Anais do Seminário Internacional - Relações do Trabalho*", Edição do Ministério do Trabalho, Brasília, 1998.

GONZALES, Ismael. *Autocomposição de conflitos trabalhistas*. Revista LTr, São Paulo, v. 62, n. 9, pp 1162/1171, set. 1998.

GOTOVAC, Viktor. *Alternative dispute resolutions of employment disputes: means of access to justice in labour law or result of the trend of internationalization*, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 281.

HOGEMANN, Edna Raquel R. S.. *A tutela jurisdicional diferenciada nos conflitos trabalhistas* . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2580>>

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*, 4ª edição, São Paulo, Tomo I, Editora Lúmen Júris.

KAGEL, John. *Outline of United States experience in labour and employment alternative dispute resolutions, with a note about canadian labour arbitration*, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 344.

LAFER, Celso. Direitos humanos e democracia: no plano interno e internacional. em “Desafios: ética e política”, Ed.Siciliano, 1995.

LAVOR, Francisco Osani de. *Formas Alternativas de Solução dos Conflitos Individuais e Coletivos do Trabalho*, Gênesis, Revista do Direito do Trabalho, n. 74, fev. 1999.

LOREIRO, Luiz Guilherme de A. V. A Mediação como forma alternativa de solução de conflitos. Revista dos Tribunais. São Paulo v. 87, n. 751, p. 94-101, maio 1998

LORENTZ, Lutana Nacur. *Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas*. São Paulo: LTr:2002.

MAGANO, Octávio Bueno. *Arbitragem*, Revista do Advogado, São Paulo, n. 23, p. 5/7, março 1987.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*, vol. III, Direito Coletivo do Trabalho, São Paulo, LTr, 1986, página 188.

MANNA, Roberto Della. Mediação nos conflitos coletivos. Revista LTR: Suplemento Trabalhista. São Paulo v. 32, n. 14, p. 99-100 1996

MAYER, Bernard. *The dynamics of conflict resolution: a practitioner's Guide*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000.

McCALUM, Ron. *Alternative dispute resolutions in labour law*, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 399.

MIRONI, Moti. *Using ADR for resolving labour and employment disputes in Israel*, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 403.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. Comentários aos

Arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *A reforma da legislação trabalhista*. Revista LTr, São Paulo, v. 62, n. 11, pp 1449/1461, nov. 1998.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação e psicanálise Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre v. 2, n. 7, p. 30-37, out./dez 2000

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Mediação: instrumento da pacificação social Revista dos Tribunais. São Paulo v. 91, n. 799, p. 88-97, maio 2002

ORASMAA, Pekka. *Settlement of labour disputes in Finland – Aternative legal proceedings, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 446.

PEPINO, Flávia Fragale Martins. Resolução alternativa de conflitos trabalhistas: implementando a mediação forense nos Tribunais do Trabalho brasileiros LTr: Suplemento Trabalhista. São Paulo v. 41, n. 138, p. 615-619 2005

PEREIRA, José Luciano de Castilho: *A justiça do Trabalho e os modelos para a solução dos conflitos individuais do trabalho: Estado e empresa – arbitragem de conflitos*, disponível em

<<http://www.tst.gov.br/ArtigosJuridicos/GMLCP/PALESTRAAJUSTICADOTRABALHO.pdf>>

PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

RIBEIRO, Cláudio da Silva. NOGUEIRA, Leandro Gadelha Dourado. Mediação, psicologia e hermenêutica. Revista de arbitragem e mediação. v. 3, n. 10, p. 07-19, jul./set. 2006

RIOJA, Daniel Fuenes de. *Negociación y mediación en conflictos colectivos de trabajo*, in *Julio Gottheil, Adrina Schiffrin e outros, Mediación, una transformación en la cultura*, Buenos Aires: Paidós, 1996.

RISKIN, Leonard. *Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes*. Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol 1, 2002, pp. 63/111.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, 3ª edição, São Paulo, LTr, 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

SALOMÃO, Aparício Querino. A Mediação de conflitos coletivos no Ministério do Trabalho. Revista LTr: Suplemento Trabalhista. São Paulo Referência: Decreto, 1.572, 28.07.1995, Federal. v. 34, n. 113, p. 521-524 1998

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, 2ª Ed., Porto Alegre, 2001.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editora, 15ª ed., 1998.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A Mediação como instrumento de acesso à justiça, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre v. 17, n. 201, p. 12-20, mar. 2006

SOUZA, Rosane Mantilla. *Mediação social: uma experiência de trabalho em comunidade de baixa renda*. São Paulo, Summus Editoria.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem – Conciliação – Mediação nos Conflitos*

Trabalhistas, São Paulo, LTr, junho 2004.

SPEZI, Luiz Felipe. Formas de solução dos conflitos do trabalho (autônomas, heterônomas, conciliação, mediação e arbitragem, solução jurisdicional): atuação do Ministério Público do Trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo n. 54, p. 107-111, dez. 1998

SÜSSEKIND, Arnado: *A Solução dos conflitos trabalhistas e a Justiça do Trabalho no Brasil*, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 96, n. 349, jan/mar 2000, p. 26-27.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segadas e TEIXERIA, Lima. Teixeira Instituições de Direito do Trabalho, 1999, 18ª edição, São Paulo, LTr, Vol. 2.
TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em Juízo*, São Paulo, LTR, 2004.

TASCON LOPEZ, Rodrigo e outros. *La mediación em el modelo español: a medio camino entre el desideratum legal y el ostracismo social*, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 579.

TOLEDO, Patrícia Therezinha de. *Solução Extrajudicial dos Conflitos do Trabalho - Brasil, Espanha e Itália*, São Paulo, LTr.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de: *Mediação de Conflitos*, São Paulo, Método, 2008, p. 21

VOESE, Ingo. *Mediação dos conflitos como negociação de sentidos*. Curitiba: Juruá, 2005

WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas. *Revista da Ajuris*, v.34, p. 219-225, 1985.

ZACK, Arnold. *The experience of international organizations in using ADR to resolve internal workplace disputes*, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract,

p. 753.

Anexo A – Código Europeu de conduta de mediadores

EUROPEAN CODE OF CONDUCT FOR MEDIATORS

This code of conduct sets out a number of principles to which individual mediators can voluntarily decide to commit, under their own responsibility. It is intended to be applicable to all kinds of mediation in civil and commercial matters.

Organisations providing mediation services can also make such a commitment, by asking mediators acting under the auspices of their organisation to respect the code. Organisations have the opportunity to make available information on the measures they are taking to support the respect of the code by individual mediators through, for example, training, evaluation and monitoring.

For the purposes of the code mediation is defined as any process where two or more parties agree to the appointment of a third-party – hereinafter “the mediator” – to help the parties to solve a dispute by reaching an agreement without adjudication and regardless of how that process may be called or commonly referred to in each Member State.

Adherence to the code is without prejudice to national legislation or rules regulating individual professions.

Organisations providing mediation services may wish to develop more detailed codes adapted to their specific context or the types of mediation services they offer, as well as with regard to specific areas such as family mediation or consumer mediation.

1. COMPETENCE AND APPOINTMENT OF MEDIATORS

1.1 Competence

Mediators shall be competent and knowledgeable in the process of mediation. Relevant factors shall include proper training and continuous updating of their education and practice in mediation skills, having regard to any relevant standards or accreditation schemes.

1.2 Appointment

The mediator will confer with the parties regarding suitable dates on which the mediation may take place. The mediator shall satisfy him/herself as to his/her background and competence to conduct the mediation before accepting the appointment and, upon request, disclose information concerning his/her background and experience to the parties.

1.3 Advertising/promotion of the mediator's services

Mediators may promote their practice, in a professional, truthful and dignified way.

2. INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

2.1 Independence and neutrality

The mediator must not act, or, having started to do so, continue to act, before having disclosed any circumstances that may, or may be seen to, affect his or her independence or conflict of interests. The duty to disclose is a continuing obligation throughout the process. Such circumstances shall include

- any personal or business relationship with one of the parties,
- any financial or other interest, direct or indirect, in the outcome of the mediation, or
- the mediator, or a member of his or her firm, having acted in any capacity other than mediator for one of the parties.

In such cases the mediator may only accept or continue the mediation provided that he/she is certain of being able to carry out the mediation with full independence and neutrality in order to guarantee full impartiality and that the parties explicitly consent.

2.2 Impartiality

The mediator shall at all times act, and endeavour to be seen to act, with impartiality towards the parties and be committed to serve all parties equally with respect to the process of mediation.

3. THE MEDIATION AGREEMENT, PROCESS, SETTLEMENT AND FEES

3.1 Procedure

The mediator shall satisfy himself/herself that the parties to the mediation understand the characteristics of the mediation process and the role of the mediator and the parties in it.

The mediator shall in particular ensure that prior to commencement of the mediation the parties have understood and expressly agreed the terms and conditions of the mediation agreement including in particular any applicable provisions relating to obligations of confidentiality on the mediator and on the parties.

The mediation agreement shall, upon request of the parties, be drawn up in writing.

The mediator shall conduct the proceedings in an appropriate manner, taking into account the circumstances of the case, including possible power imbalances and the rule of law, any wishes the parties may express and the need for a prompt settlement of the dispute.

The parties shall be free to agree with the mediator, by reference to a set of rules or otherwise, on the manner in which the mediation is to be conducted.

The mediator, if he/she deems it useful, may hear the parties separately.

3.2 Fairness of the process

The mediator shall ensure that all parties have adequate opportunities to be involved in the process.

The mediator if appropriate shall inform the parties, and may terminate the mediation, if:

- a settlement is being reached that for the mediator appears unenforceable or illegal, having regard to the circumstances of the case and the competence of the mediator for making such an assessment, or
- the mediator considers that continuing the mediation is unlikely to result in a settlement.

3.3 The end of the process

The mediator shall take all appropriate measures to ensure that any understanding is reached by all parties through knowing and informed consent, and that all parties understand the terms of the agreement.

The parties may withdraw from the mediation at any time without giving any justification.

The mediator may, upon request of the parties and within the limits of his or her competence, inform the parties as to how they may formalise the agreement and as to the possibilities for making the agreement enforceable.

3.4 Fees

Where not already provided, the mediator must always supply the parties with complete information on the mode of remuneration which he intends to apply. He/she shall not accept a mediation before the principles of his/her remuneration have been accepted by all parties concerned.

4. CONFIDENTIALITY

The mediator shall keep confidential all information, arising out of or in connection with the mediation, including the fact that the mediation is to take place or has taken place, unless compelled by law or public policy grounds. Any information disclosed in confidence to mediators by one of the parties shall not be disclosed to the other parties without permission or unless compelled by law.

Anexo B - Projeto de lei de Mediação – Dep. Zulaiê Cobra (projeto original)

Projeto de lei nº 4.827-b, de 1998 Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

§ 2º No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3º A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

rt. 4º Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação, aplicando-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Anexo C - Projeto de lei de mediação (Substitutivo)

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 3º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Art. 5º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Art. 8º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II DOS MEDIADORES

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Art. 10º Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III

DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

- a) nomes e dados pessoais das partes envolvidas;
- b) indicação da causa de impedimento ou suspeição;
- c) razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

- I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;
- II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;
- III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;
- IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;
- V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;
- VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica

impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

CAPÍTULO IV DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu advogado, sendo, neste caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento será encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterá a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V

DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

- I – na ação de interdição;
- II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;
- III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;
- IV – no inventário e no arrolamento;
- V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;
- VI – na ação de retificação de registro público;
- VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;
- VIII – na ação cautelar;
- IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo, .

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de

comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade

pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 42. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário” (NR)

Art. 44. Fica acrescentado à Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

“Art. 331 – A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior”.

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de 180 dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do co-mediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 21 de junho de 2006.

Anexo D – Lei Argentina de Mediação e Conciliação

LEY 24.573. De Mediación y Conciliación

Disposiciones Generales

Art. 1 - Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se registrá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes la solución extrajudicial de la controversia.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaran que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

Art. 2 - El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:

1 - Causas penales.

2 - Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.

3 - Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.

4 - Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.

5 - Amparo, hábeas corpus e interdictos.

6 - Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.

7 - Diligencias preliminares y prueba anticipada.

8 - Juicios sucesorios y voluntarios.

9 - Concursos preventivos y quiebras.

10 - Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del trabajo.

Art. 3 - En el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo en dicho supuesto el requerido ocurrir a tal instancia.

Del procedimiento de la mediación

Art. 4 - El reclamante formalizará su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se

establecerán por vía de la reglamentación. Cumplida la presentación se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis.

Art. 5 - La mesa general de entradas entregará el formulario debidamente intervenido al presentante quien deberá remitirlo al mediador designado dentro del plazo de tres días.

Art. 6 - El mediador, dentro del plazo de diez (10) días de haber tomado conocimiento de su designación, fijará la fecha de la audiencia a la que deberá comparecer las partes. El mediador deberá notificar la fecha de la audiencia a las partes mediante cédula, adjuntando copia del formulario previsto en el artículo 4. Dicha cédula será librada por el mediador, debiendo la misma ser diligenciada ante la Oficina de Notificaciones del Poder Judicial de la Nación; salvo que el requerido se domicilie en extraña jurisdicción, en cuyo caso deberá ser diligenciada por el requirente. A tales fines habilitarán los formularios de cédula de notificación cuyos requisitos se establecerán reglamentariamente.

Art. 7 - Las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones.

Art. 8 - Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, solicitado por las partes o de oficio, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora.

Si el tercero incurriese en incomparencia o incumplimiento del acuerdo transaccional que lo involucre, le alcanzarán las sanciones previstas en los artículos 10 y 12 de la presente ley.

Art. 9 - El plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. En el caso previsto en el artículo 3, el plazo será de treinta (30) días corridos.

En ambos supuestos se podrá prorrogar por acuerdos de las partes.

Art. 10 - Dentro del plazo previsto para la mediación el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

Si la mediación fracasare por la incomparencia del cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los incomparecientes deberá abonar una multa cuyo monto será el equivalente a dos (2) veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador por su gestión.

Habiendo comparecido personalmente y previa intervención del mediador, las partes podrán dar por terminado el procedimiento de mediación.

Art. 11 - Las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad.

A las mencionadas sesiones deberán concurrir las partes personalmente, y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y los domiciliados en extraña jurisdicción de acuerdo a lo que se establezca en la reglamentación.

La asistencia letrada será obligatoria

Art. 12 - Si se produjese el acuerdo, se labrará acta en el que deberá constar los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los letrados intervinientes.

El mediador deberá comunicar el resultado de mediación, con fines estadísticos, al Ministerio de Justicia.

En caso de incumplimiento, lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez deberá aplicar la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Art. 13 - El Ministerio de Justicia de la Nación percibirá con destino al fondo de financiamiento creado por esta ley, las sumas resultantes de las multas establecidas, en los artículos 10 y 12. En el supuesto que no se abonen las multas establecidas, se perseguirá el cobro impulsado por vía incidental, las acciones judiciales necesarias observando el procedimiento de ejecución de sentencia.

A tal fin el Ministerio de Justicia certificará la deuda existente y librará el certificado respectivo que tendrá carácter de título ejecutivo.

En el caso de no haberse promovido acción judicial posterior a la gestión mediadora el cobro de la multa establecida en el artículo 10 se efectuará mediante el procedimiento de juicio ejecutivo.

Art. 14 - Si no se arribase a un acuerdo en mediación, igualmente se labrará acta, cuya copia deberá entregarse a las partes, en la que se dejará constancia de tal resultado.

En este caso el reclamante quedará habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente acompañando las constancias de la mediación.

Del registro de mediadores

Art. 15 - Créase el Registro de Mediadores cuya constitución, organización, actualización, y administración será responsabilidad del Ministerio de Justicia de la Nación.

Art. 16 - Para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente.

Art. 17 - En la reglamentación a la que se alude en el artículo anterior, se estipularán las causales de suspensión y separación del registro y el procedimiento para aplicar tales sanciones. También se determinarán los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para formar parte del mismo.

De las causales de excusación y recusación

Art. 18 - El mediador deberá excusarse bajo pena de inhabilitación como tal, en todos los casos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para excusación de los jueces, pudiendo ser recusado con expresión de causa por las partes conforme lo determina ese Código. De no aceptar el mediador la recusación, ésta será decidida por el juez designado conforme lo establecido en el artículo 4, por resolución que será inapelable. En los supuestos de excusación y recusación se practicará inmediatamente un nuevo sorteo.

El mediador no podrá asesorar ni patrocinar a cualquiera de las partes intervinientes en la mediación durante el lapso de un (1) año desde que cesó su inscripción en el registro establecido por el artículo 15. La prohibición será absoluta en la causa en que haya intervenido como mediador.

De la comisión de selección y contralor

Art. 19 - Créase una Comisión de Selección y Contralor que tendrá la responsabilidad de emitir la aprobación de última instancia sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para habilitar la inscripción como aspirantes a mediadores en el Registro establecido por el artículo 15 de la presente ley.

Asimismo la Comisión tendrá a su cargo el contralor sobre el funcionamiento de todo el Sistema de Mediación.

Art. 20 - La Comisión de Selección y Contralor del régimen de mediación estará constituida por dos representantes del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial y dos del Poder Ejecutivo Nacional.

De la retribución del mediador

Art. 21 - El mediador percibirá por su tarea desempeñada en la mediación una suma fija, cuyo monto, condiciones y circunstancias se establecerán reglamentariamente. Dicha suma será abonada por la o las partes conforme el acuerdo transaccional arribado.

En el supuesto que fracasare la mediación, los honorarios del mediador serán abonados por el Fondo de financiamiento de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Las sumas abonadas por este concepto, integrarán las costas de la litis que con posterioridad entablen las partes, las que se reintegrarán al fono de financiamiento aludido. A tal fin, y vencido el plazo para su depósito judicial, el Ministerio de Justicia promoverá el cobro por vía incidental mediante el procedimiento de ejecución de sentencia.

Art. 22 - El Ministerio de Justicia de la Nación podrá establecer un régimen de gratificaciones para los mediadores que se hayan destacado por su dedicación y eficiencia en el desempeño de su labor.

Del fondo de financiamiento

Art. 23 - Créase un Fondo de Financiamiento a los fines de solventar:

- a) El pago de los honorarios básicos que se le abone a los mediadores de acuerdo a lo establecido por el artículo 21, segundo párrafo de la presente ley.
- b) Las erogaciones que implique el funcionamiento del Registro de Mediadores.
- c) Cualquier otra erogación relacionada con el funcionamiento del sistema de mediación.

Art. 24 - El presente Fondo de Financiamiento se integrará con los siguientes recursos:

- 1) Las sumas asignadas en las partidas del Presupuesto Nacional.
- 2) El reintegro de los honorarios básicos abonados conforme lo establecido por el artículo 21 segundo párrafo de la presente ley.
- 3) Las multas a que hace referencia el artículo 10, segundo párrafo de la presente.
- 4) La multa establecida por el artículo 12, último párrafo.
- 5) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito que se haga en beneficio del servicio implementado por esta ley.
- 6) Toda otra suma que en el futuro se destine al presente fondo.

Art. 25 - La administración del Fondo de Financiamiento estará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación, instrumentándose la misma por vía de la reglamentación pertinente.

Art. 26 - Iniciada la demanda o la ejecución del acuerdo transaccional, el juez notificará de ello al Ministerio de Justicia de la Nación, a fin de que promueva la percepción de las multas, según el procedimiento de ejecución de sentencia.

De la misma forma se procederá con relación al recupero del honorario básico del mediador, una vez que se haya decidido la imposición de costas del proceso.

Honorarios de los letrados de las partes

Art. 27 - A falta de convenio, si el o los letrados intervinientes solicitaren regulación de los honorarios que deberán abonar sus patrocinados por la tarea en la gestión mediadora se aplicarán las disposiciones pertinentes de la ley 24432, ley cuya vigencia se mantiene en todo su articulado.

Cláusulas transitorias

Art. 28 - El sistema de mediación obligatoria comenzará a funcionar dentro de los ciento ochenta (180) días a partir de la promulgación de la presente ley, siendo obligatoria el régimen para las demandas que se inicien con posterioridad a esa fecha.

Art. 29 - La mediación suspende el plazo de la prescripción desde que formalice la presentación a que se refiere el artículo 4.

Art. 30 Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional, por el término de cinco (5) años a establecer por vía de la reglamentación los aranceles y honorarios previstos en la presente ley.

La obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el artículo 1, primer párrafo de la presente ley, regirá por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de la puesta en funcionamiento del régimen de mediación de conformidad con lo establecido en el artículo 28.

Art. 31 - Quedarán en suspenso la aplicación del presente régimen a los Juzgados Federales en todo el ámbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las Secciones Judiciales en donde ejerzan su competencia.

Modificaciones al Código Procesal civil y Comercial de la Nación

Art. 32 - Modificase el artículo 359 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 359 - Contestado el traslado de la demanda o reconvención, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, resueltas las excepciones previstas, y siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba procediendo de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 360"

Art. 33 - Modificase el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360 - A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que se celebrará con su presencia bajo pena de nulidad, en la que:

1 - Fijará por sí los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba y desestimarán los que considere inconducentes de acuerdo con las citadas piezas procesales.

2 - Recibirá las manifestaciones de las partes, si las tuvieren, con referencia a lo prescripto en los artículos 361 y 362 del presente Código, debiendo resolverla en el mismo acto.

3 - Declarará en dicha audiencia cuáles pruebas son admisibles de continuarse en juicio.

4 - Declarará en la audiencia si la cuestión fuese de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

5- Invitará a las partes a una conciliación".

Art. 34 - Incorpórase como artículo 360 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360 bis - Conciliación. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36, inciso 2, apartado a), en la audiencia mencionada en el artículo anterior, el juez y las partes podrán proponer fórmulas conciliatorias.

Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. Tendrá efecto de cosa juzgada y se ejecutará mediante el procedimiento previsto para la ejecución de sentencia. Si no hubiera acuerdo entre las partes, en el acta se hará constar esta circunstancia, sin expresión de causas. Los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia".

Art. 35 - Incorpórase como artículo 360 ter, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360 ter.- En los juicios que tramiten por otros procedimientos, se celebrará asimismo la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, observándose los plazos procesales que se establecen para los mismos".

Art. 36 - Modifícase el artículo 361 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 361 - Si alguna de las partes se opusiese a la apertura a prueba en la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, el juez resolverá lo que sea procedente luego de escuchar a la contraparte".

Art. 37 - Modifícase el artículo 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará sustituido por el siguiente texto:

"Artículo 362 - Si en la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, todas las partes manifestaren que no tienen ninguna prueba a producir, o que ésta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la documental ya agregada y no cuestionada, la causa quedará conclusa para definitiva y el juez llamará autos para sentencia".

Art. 38 - Modificase el artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 365 - Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción, ocurriere o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta cinco (5) días después de celebrada la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código.

Del escrito que se alegue se dará traslado a la otra parte, quien, dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevamente alegados. En esta caso quedará suspendido el plazo de prueba hasta la notificación de la resolución que los admita o los deniegue.

En los supuestos mencionados en el párrafo precedente, las pruebas podrán recaer también sobre los hechos nuevamente aducidos. El juez podrá convocar a las partes, según las circunstancias del caso, a otra audiencia en términos similares a lo prescripto en el artículo 360 del presente Código".

Art. 39 - Sustitúyese el artículo 367 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente:

"Artículo 367 - El plazo de prueba será fijado por el juez, y no excederá de cuarenta (40) días. Dicho plazo es común y comenzará a correr a partir de la fecha de celebración de la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código".

Art. 40 - Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional

Alberto R. Pierri - Eduardo Menem - Esther H. Pereyra - Arandia de

Pérez Pardo - Juan José Canals.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS
AIRES, A LOS CUATRO DIAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO MIL
NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO.

Anexo E - Lei Argentina de Conciliação Laboral

Ley 24.635 LEY DE INSTANCIA OBLIGATORIA DE CONCILIACION LABORAL

BUENOS AIRES, 10 de Abril de 1996

BOLETIN OFICIAL, 3 de Mayo de 1996

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

(artículos 1 al 3)

Artículo 1: Los reclamos individuales y pluriindividuales que versen sobre conflictos de derecho de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, serán dirimidos con carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, ante el organismo administrativo creado por el artículo 4 de esta ley, el que depender del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Artículo 2: Quedan exceptuados del carácter obligatorio y previo de esta instancia: 1. La interposición de acciones de amparo y medidas cautelares. 2. Las diligencias preliminares y prueba anticipada. 3. Cuando el reclamo individual o pluriindividual haya sido objeto de las acciones previstas en los procedimientos de reestructuración productiva, preventivo de crisis, o de conciliación obligatoria previstos en las leyes 24013 y 14786. 4. Las demandas contra empleadores concursados o quebrados. 5. Las demandas contra el Estado nacional, provincial y municipal. 6. Las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público.

Artículo 3: El procedimiento será gratuito para el trabajador y sus derecho habientes.

TITULO II

SERVICIO DE CONCILIACION LABORAL OBLIGATORIA Y REGISTRO NACIONAL DE CONCILIADORES LABORALES

(artículos 4 al 6)

Artículo 4: Créase el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria dependiente del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL el que tendrá a su cargo la sustanciación del procedimiento instaurado por esta ley.

Artículo 5: Créase el Registro Nacional de Conciliadores Laborales dependiente del MINISTERIO DE JUSTICIA, el que será responsable de su constitución, calificación, coordinación, depuración, actualización y gobierno.

Artículo 6: Para ser conciliador se requerirá poseer título de abogado con antecedentes en materia del derecho del trabajo.

TITULO III

DEMANDA DE CONCILIACION

(artículos 7 al 7)

Artículo 7: El reclamante por sí, o a través de apoderado o representante sindical, formalizará el reclamo ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria, consignando sintéticamente su petición en el formulario que reglamentariamente se apruebe. Esta presentación suspenderá el curso de la prescripción por el término que establece el artículo 257 de la Ley de Contrato de Trabajo.

TITULO IV

DESIGNACION DEL CONCILIADOR

(artículos 8 al 11)

Artículo 8: El Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria designará por sorteo público de entre los inscriptos en el Registro Nacional, un conciliador que entenderá en el reclamo interpuesto.

Artículo 9: El conciliador deberá -bajo pena de inhabilitación- excusarse de intervenir en el caso cuando concurren las causales previstas para los jueces en el CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

Artículo 10: Las partes podrán recusar con causa al conciliador, en los casos previstos por el citado Código. Si el conciliador rechazara la recusación, el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL resolverá sobre su procedencia.

Ref. Normativas: Código Procesal Civil y Comercial

Artículo 11: El conciliador no podrá representar, patrocinar o asesorar a quienes fueron partes en actuaciones en las que hubiere intervenido como tal, sino luego de dos años a partir de la fecha de su cese en el Registro Nacional de Conciliadores Laborales.

TITULO V

RETRIBUCION DEL CONCILIADOR

(artículos 12 al 13)

Artículo 12: El conciliador percibir por su gestión en cada conflicto en que deba intervenir, cualquiera que sea el monto en discusión e independientemente de él, un

honorario básico que determinará el MINISTERIO DE JUSTICIA. Este honorario se incrementará en la proporción que fije la reglamentación cuando el trámite culmine en un acuerdo conciliatorio homologado o en un laudo dictado en el caso en que las partes defirieron al conciliador la calidad de árbitro.

Artículo 13: En los supuestos previstos en el artículo anterior, el empleador depositará los honorarios del conciliador, a su orden, en el Fondo de Financiamiento previsto en el artículo 14 de la presente ley, dentro de los CINCO (5) días corridos de notificada la homologación del acuerdo, o en su caso, dentro de los TRES (3) días corridos de consentido o ejecutoriado el laudo. En caso de incumplimiento del empleador, el Fondo extenderá la certificación correspondiente. El fondo de financiamiento del presente régimen tomará a su cargo el pago al conciliador del honorario básico a que se refiere el primer párrafo del artículo 12 cuando el trámite culminare sin acuerdo conciliatorio ni designación de conciliador como árbitro. La eventual condena en costas pronunciada en sede judicial impondrá al empleador al reintegro al fondo, del honorario básico abonado al conciliador. En el caso de condena del empleador, la respectiva sentencia podrá imponer un recargo de ese honorario dentro de los márgenes que fije la reglamentación cuando meritare en aquél un comportamiento abusivo que condujo a la frustración del trámite conciliatorio previsto en esta ley.

TITULO VI

FONDO DE FINANCIAMIENTO

(artículos 14 al 15)

Artículo 14: Créase un fondo de financiamiento a los fines de solventar el pago de los honorarios básicos debidos a los conciliadores en el caso del segundo párrafo del artículo anterior. Dicho fondo estará integrado con los siguientes recursos: a) Los honorarios y recargos a que hace referencia el último párrafo del artículo anterior. b) Los depósitos que realicen el MINISTERIO DE JUSTICIA y el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. c) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito en beneficio del servicio. d) El monto de las multas a que hace referencia el artículo 19. e) Las sumas asignadas en las partidas del presupuesto nacional. f) Toda otra suma que en el futuro se destine al presente fondo.

Artículo 15: La administración del fondo de financiamiento estará a cargo del MINISTERIO DE JUSTICIA, instrumentándose la misma por vía de la reglamentación pertinente.

TITULO VII

PROCEDIMIENTO DE CONCILIACION

(artículos 16 al 20)

Artículo 16: El Servicio de Conciliación notificará al conciliador designado para el caso, adjuntándole el formulario previsto en el artículo 7, y citará a las partes a una audiencia que deberá celebrarse ante el conciliador dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la designación de éste. De lo actuado se labrará acta circunstanciada.

Artículo 17: Las partes deberán ser asistidas por un letrado, o -en el caso de los trabajadores- por la asociación sindical de la actividad con personería gremial, o -en el caso de los empleadores- por sus organizaciones representativas. Los letrados están facultados a celebrar con sus patrocinados un pacto de cuota litis que no exceda del DIEZ POR CIENTO (10 %) de la suma conciliada.

Artículo 18: El conciliador dispondrá de un plazo de VEINTE (20) días hábiles -contados desde la celebración de la audiencia- para cumplir su cometido. Las partes, de común acuerdo, podrán proponer una prórroga de hasta QUINCE (15) días, que el conciliador conceder si estima que la misma es conducente a la solución del conflicto. Tanto la concesión como la denegatoria de la prórroga serán irrecurribles. Vencido el plazo sin que se hubiere arribado a una solución del conflicto, se labrará acta y quedará expedita la vía judicial ordinaria.

Artículo 19: Dentro de los plazos anteriores, el conciliador podrá convocar a las partes a las audiencias que considere oportunas. Cada incomparencia injustificada será sancionada con una multa equivalente al CIEN POR CIENTO (100 %) del valor del arancel que perciba el conciliador por su gestión. La reglamentación establecerá el modo de pago de la multa fijada en esta disposición. Con la certificación del conciliador, el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL promoverá la ejecución de la multa de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la ley 18.695.

Artículo 20: En forma supletoria y en la medida en que resulten compatibles, al procedimiento de conciliación regulado por la presente ley le serán aplicables la Ley General de Mediación y Conciliación, el CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION y la ley 18.345.

TITULO VIII

Artículo 21: El acuerdo conciliatorio se instrumentará en un acta especial firmada por el conciliador y por las partes, sus asistentes y sus representantes, si hubieren intervenido y se hallaren presentes. Los términos del acuerdo deberán expresarse claramente en el acta especial.

Artículo 22: El acuerdo se someterá a la homologación del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, el que la otorgará cuando entienda que el mismo implica una justa composición del derecho y de los intereses de las partes conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Artículo 23: El MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL emitirá resolución fundada homologando o rechazando el acuerdo conciliatorio, dentro del plazo de TRES (3) días contados a partir de su elevación.

Artículo 24: El MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL podrá formular observaciones al acuerdo, devolviendo las actuaciones al conciliador para que -en un plazo no mayor de DIEZ (10) días- intente lograr un nuevo acuerdo que contenga las observaciones señaladas.

Artículo 25: En el supuesto que se deniegue la homologación, el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, dará al interesado una certificación de tal circunstancia a los efectos del artículo 65, inciso 8 de la ley 18.345, quedando así expedita a las partes la vía judicial ordinaria.

Artículo 26: En caso de incumplimiento del acuerdo conciliatorio homologado, éste será ejecutable ante los juzgados nacionales de primera instancia del Trabajo por el procedimiento de ejecución de sentencia de los artículos 132 a 136 de la ley 18.345. En este supuesto, el Juez, merituando la conducta del empleador, le impondrá una multa a favor del trabajador de hasta el TREINTA POR CIENTO (30 %) del monto conciliado.

Artículo 27: Cada acuerdo conciliatorio se comunicará -con fines estadísticos- al MINISTERIO DE JUSTICIA.

TITULO IX

ARBITRAJE VOLUNTARIO

(artículos 28 al 32)

Artículo 28: Si fracasare la instancia de conciliación, el conciliador podrá proponer a las partes que sometan voluntariamente sus discrepancias a un arbitraje, suscribiendo el respectivo compromiso arbitral.

Artículo 29: Aceptado el ofrecimiento, el compromiso deberá contener: a) Nombre del o de los árbitros; b) Puntos sujetos a arbitraje; c) Medios de prueba y plazos de ofrecimiento y producción; d) Plazo para el dictado del laudo; e) Los honorarios del árbitro y la forma de pago.

Artículo 30: El árbitro podrá recabar información y pruebas complementarias de las partes.

Artículo 31: El laudo será recurrible, dentro del quinto día de notificado, ante la CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. Los laudos consentidos serán ejecutables ante los juzgados nacionales de primera instancia del Trabajo.

Artículo 32: A los fines de determinar el procedimiento arbitral, plazos y demás circunstancias procesales no previstas expresamente en la presente ley, se aplicarán los principios y la normativa establecidos en los artículos 736 y siguientes del CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

TITULO X

MODIFICACIONES A LA LEY 18.345

(artículos 33 al 56)

Artículo 33: Sustituyese el artículo 35 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

"Artículo 35: Las partes podrán actuar personalmente o representados de acuerdo con las disposiciones establecidas para la representación en juicio. El trabajador también podrá hacerse representar por la asociación profesional habilitada legalmente para hacerlo.

En casos urgentes, se podrá admitir la comparecencia en juicio sin los instrumentos que acrediten la personalidad, pero, si dentro del plazo de diez (10) días no fueron presentados o no se ratificara la gestión, será nulo todo lo actuado por el gestor y este pagará las costas causadas sin perjuicio de la responsabilidad por los daños que hubiere ocasionado."

Artículo 34: Sustituyese el artículo 46 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 46: El procedimiento será impulsado de oficio por los jueces, con excepción de la prueba informativa. Este impulso de oficio cesará en oportunidad de practicarse la liquidación, una vez recibidos los autos de la Cámara o consentida o ejecutoriada la sentencia.

Artículo 35: Sustituyese el artículo 48 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 48: Notificaciones. Las notificaciones serán personalmente o por cédula en los siguientes casos: a) la citación para contestar la demanda; b) el traslado de contestación de la demanda y de la reconvención; c) las citaciones para las audiencias; ch) las intimaciones o emplazamientos; d) las sanciones disciplinarias; e) la sentencia definitiva, las interlocutorias que pongan fin total o parcialmente al proceso y las demás que se dicten respecto de peticiones que, en resguardo del derecho de defensa, debieron sustanciarse por controversia de parte; f) las regulaciones de honorarios; g) las providencias que ordenan la apertura a prueba y las que dispongan de oficio su producción; h) la devolución de los autos, cuando tenga por efecto reanudar el curso de plazo; i) el traslado de los incidentes mencionados en el inciso e); j) la vista de las peritaciones con copia; k) la providencia que

declare la causa de puro derecho; l) la resolución que haga saber medidas cautelares cumplidas, su modificación o levantamiento; ll) la resolución que desestima la respuesta a la intimación al artículo 67; m) la primera providencia que se dicte después de extraído el expediente del archivo; n) la providencia que hace saber que l autos se encuentran en secretaría para alegar; ñ) el traslado de la expresión de agravios; o) la denegatoria del recurso extraordinario; p) cuando el juez lo creyere conveniente para lo cual deberá indicar expresamente esta forma de notificación.

Todas las demás providencias quedarán notificadas por el ministerio de la ley los días martes y viernes, o el siguiente hábil si alguno de ellos fuese feriado. No se considerará cumplida la notificación si el expediente no estuviere en secretaría y se hiciere constar esa circunstancia en el libro de asistencia. Incurrirá en falta grave el oficial primero que no mantenga a disposición de los litigantes o profesionales el libro mencionado. Los funcionarios judiciales quedarán notificados el día de la recepción del expediente en su despacho. Deberán devolverlo dentro del día siguiente, bajo apercibimiento de las medidas disciplinarias a que hubiere lugar. En casos excepcionales, el juez podrá, por auto fundado ordenar notificación telegráfica.

La notificación personal se practicará firmando el interesado en el expediente, al pie de la diligencia extendida por el oficial primero.

En oportunidad de examinar el expediente, el litigante que actuare sin representación o el profesional que interviene en el proceso como apoderado, estará obligado a notificarse expresamente de las resoluciones mencionadas en el presente artículo.

Si no lo hiciere, previo requerimiento que le formulará el oficial primero o si el interesado no supiere o no pudiere firmar, valdrá como notificación la atestación acerca de tales circunstancias y la firma de dicho empleado y la del secretario.

Artículo 36: Incorpórase como inciso 7º del artículo 65 de la Ley N° 18.345 el siguiente:

Inciso 7º: Constancia de haber comparecido y agotado con carácter previo la instancia conciliadora.

Artículo 37: Sustituyese el artículo 68 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 68: Contestación de demanda. Si la demanda cumpliera con los requisitos del artículo 65 o subsanados los defectos mencionados, se dará traslado de la acción a la demandada por diez (10) días. En la notificación al demandado, que se efectuará dentro de un plazo no mayor de veinte (20) días de recibido el expediente en el juzgado, se deberá indicar su obligación de contestar la demanda, ofrecer prueba y oponer excepciones que

tuviere. Si el demandado se domiciliara fuera de la ciudad de Buenos Aires, estos plazos se ampliarán en razón de un (1) día por cada cien (100) kilómetros.

Artículo 38: Sustituyese el artículo 69 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 69: Conciliación y transacción. Los acuerdos conciliatorios o transaccionales celebrados por las partes por intervención del juzgado y los que ellas pacten espontáneamente, con homologación judicial posterior pasarán en autoridad de cosa juzgada.

Artículo 39: Sustituyese el artículo 70 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 70: Modificación de la demanda. El actor podrá modificar la demanda antes que ésta sea modificada. Podrá asimismo, ampliar la cuantía de lo reclamado si antes de la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la misma obligación. Se considerarán comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido y se sustanciarán únicamente con un traslado a la otra parte.

Artículo 40: Sustituyese el artículo 71 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 71: Contestación de la demanda. La contestación de la demanda se formulará por escrito y se ajustará, en lo aplicable, a lo dispuesto en el artículo 65 de esta ley y en el artículo 356 del CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. La carga prevista en el inciso 1° del artículo 356 del CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN no regirá respecto de los representantes designados en juicios universales.

Del responde y de su documentación, se dará traslado al actor quien dentro del tercer día de notificado ofrecerá la prueba de la que intente valerse y reconocerá o desconocerá la autenticidad de la documentación aportada por la demanda.

Si el demandado debidamente citado no contestare la demanda en el plazo previsto en el artículo 68 será declarado rebelde, presumiéndose como ciertos los hechos expuestos en ella, salvo prueba en contrario.

En caso de discordancia entre los datos de la persona demandada y los del que contesta la demanda, el juez tendrá por enderezada la acción salvo oposición expresa de la parte actora. Si el trabajador actuare mediante apoderado se entenderá que el poder es suficiente para continuar la acción contra quién ha contestado la demanda.

Artículo 41: Deróganse los artículos 72, 73 y 74 de la Ley N° 18.345.

Artículo 42: Sustituyese el artículo 75 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 75: Reconvención. Al contestar la demanda, el demandado podrá deducir reconvención cuando ésta deba sustanciarse por el mismo procedimiento que aquélla,

ofreciendo la prueba referida a ella. El actor contestará la reconvencción en el plazo de diez (10) días y en idéntico término deberá ofrecer la prueba relativa a la demanda y a la contestación de la reconvencción.

Artículo 43: Sustituyese el artículo 76 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 76: Excepciones. Sólo serán admisibles como excepciones de previo y especial pronunciamiento la incompetencia, la falta de personería de las partes o de sus representantes, la litispendencia, la cosa juzgada, la transacción y la prescripción. Junto con la oposición de la excepción deberá ofrecerse toda prueba referida a ella.

Para la procedencia del carácter previo de la prescripción será necesario que dentro del plazo de tres (3) días de notificado su traslado y ofrecer dentro del mismo plazo la prueba de aquellas.

Artículo 44: Derógase el artículo 77 de la Ley N° 18.345.

Artículo 45: Sustituyese el artículo 80 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 80: Providencia de prueba. El juez, previa vista la fiscal, resolverá dentro del quinto día de contestado su traslado, las excepciones que no requieran prueba alguna.

En el mismo plazo contado a partir del auto que tenga por contestada la demanda, la reconvencción o las excepciones, proveerá al ofrecimiento de prueba rechazado por resolución fundada la que a su juicio fuera manifiestamente innecesaria, o tendiera a acreditar extremos ajenos a la forma en que quedará trabada la litis. Una vez examinada la prueba ofrecida y eliminada la superflua dispondrá que se produzca en primer lugar la correspondiente a las excepciones previas.

La audiencia para la prueba oral se deberá celebrar dentro de los diez (10) días posteriores al término del plazo que prescribe este artículo. En ella el juez intentará obtener de las partes un acuerdo conciliatorio.

En cualquier estado del juicio podrá decretar las medidas de prueba que estime convenientes, requerir que las partes litigantes reconozcan los documentos que se les atribuyan, interrogar personalmente a las partes, a los peritos y a los testigos y recabar el asesoramiento de expertos; también podrá reiterar gestiones conciliatorias sin perjuicio de las que obligatoriamente deberán intentar en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el párrafo tercero in fine.

Asimismo, el juez proveerá la liquidación e intimará el pago de las sumas y créditos derivados de la relación de trabajo que hayan sido consentidos en forma expresa o tácita por las partes en cualquier etapa procesal.

Artículo 46: Sustituyese el artículo 81 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 81: Resolución de excepciones. Para la resolución de las excepciones sujetas a producción de pruebas regirán las siguientes reglas: a) el juez resolverá la excepciones dentro de los cinco (5) días posteriores a la finalización de su prueba. Durante ese plazo el juez podrá suspender la recepción de la prueba del fondo del litigio, b) en todos los casos de rechazo total o parcial de excepciones en que la prueba del fondo del litigio haya quedado en suspenso, en la providencia en que se las resuelva se señalará en caso de que hubiera quedado pendiente, la nueva audiencia para recibir la prueba oral que se deberá celebrar en el plazo del diez (10) días.

Artículo 47: Sustituyese el inciso b) del artículo 82 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

b) para los documentos agregados en la oportunidad de los artículos 71 y 75, dentro de los tres (3) días de notificada la intimación expresa que formulara el juzgado junto con el auto de apertura a prueba.

Artículo 48: Sustituyese el artículo 84 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 84: Oficios y exhortos. Los oficios dirigidos a jueces nacionales y/o provinciales y los exhortos serán confeccionados por las partes y firmados por el juez y por el secretario en su caso, entregándose al interesado bajo recibo en el expediente.

Se dejará copia fiel en el expediente de todo exhorto y oficio que se libre.

Los pedidos de informes, testimonios y certificados, así como los de remisión de expedientes ordenados en el juicio serán requeridos mediante oficios firmados, sellados y diligenciados por el letrado patrocinante, con transcripción de la resolución que los ordena y que fija el plazo en que deberán remitirse.

Deberá otorgarse recibo del pedido de informes y remitirse las contestaciones directamente a la secretaría con transcripción o copia del oficio.

El plazo para contestar el informe será de 20 días hábiles si se trata de oficinas públicas y de 10 días hábiles cuando se solicitare a entidades privadas.

Las partes deberán acreditar el diligenciamiento dentro de los sesenta días de la notificación del auto de apertura a prueba bajo pena de caducidad.

Artículo 49: Sustituyese el artículo 85 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 85: Prueba de confesión. Únicamente en primera instancia cada parte podrá exigir que la contraria absuelva, con juramento o promesa de decir la verdad, posiciones concernientes a las cuestiones que se ventilan. También se podrá pedir cuando se admita un hecho nuevo o se abra a prueba un incidente.

Artículo 50: Sustituyese el artículo 89 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 89: Prueba de testigos. Cada parte podrá ofrecer hasta cinco testigos. Si la naturaleza del juicio lo justificare, se podrá admitir un número mayor. El juez designará la audiencia para interrogar en el mismo día, a todos los testigos. Cuando el número de los ofrecidos por las partes, permitiere suponer la imposibilidad de que todos declaren en la misma fecha, se señalarán tantas audiencias sucesivas como fueren necesarias, determinando cuáles testigos depondrán en cada una de ellas.

Los testigos que no comparecieren sin justa causa serán conducidos por medio de la fuerza pública, salvo que la parte que los propuso se comprometiere a hacerlos comparecer o a desistírselos en caso de inasistencia. La denuncia de un domicilio falso o inexistente por segunda vez obligará a la parte que propuso al testigo a asumir el compromiso de hacerlo comparecer o a desistirlo en caso contrario.

Los testigos serán citados con una anticipación no menor de tres días y en las citaciones se les hará conocer al apercibimiento de ser conducidos por la fuerza pública.

Artículo 51: Sustituyese el artículo 94 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 94: Alegato. Terminada la prueba, de oficio o dentro de los tres días de petitionado por las partes, se pondrán los autos en secretaría para alegar.

Las partes podrán presentar una memoria escrita sobre el mérito de aquella dentro de los diez días de recibida la notificación mencionada en el inciso n) del artículo 48.

Si producida la prueba quedare pendiente únicamente la de informes, en su totalidad o parte, y ésta no fuere esencial, se pronunciará sentencia prescindiendo de ella, sin perjuicio de que sea considerada en segunda instancia si fuere agregada cuando la causa se encontrare en la alzada.

Artículo 52: Sustituyese el artículo 95 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 95: Plazo para la sentencia. Desde el vencimiento del plazo a que se refiere el artículo anterior o desde que quedó notificado el auto que declaró la cuestión de puro derecho, se computará el plazo para dictar sentencia.

Artículo 53: Sustituyese el primer párrafo del artículo 106 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 106: Inaplicabilidad por razón del monto. Serán inaplicables todas las sentencias y resoluciones, cuando el valor que se intenta cuestionar en la alzada, no exceda el equivalente a 300 veces el importe del derecho fijo previsto en el artículo 51, de la Ley N° 23.187. El cálculo se realizará al momento de tener que resolver sobre la concesión del recurso.

Artículo 54: Sustituyese el artículo 149 de la Ley N° 18.345 por el siguiente:

Artículo 149: Ofrecimiento de arbitraje. Si fracasaren las gestiones conciliatorias que se intentaren en cualquier estado del juicio se propondrá a las partes el sometimiento al arbitraje de todas o algunas de las cuestiones objeto de litigio.

Artículo 55: Para el cobro de los aportes y contribuciones previstos en las leyes 23.660 y 23661 serán igualmente competentes los Juzgados en lo Civil y Comercial de la jurisdicción que corresponda.

Artículo 56: Facúltase al Poder Ejecutivo a proceder al reordenamiento y remisiones del articulado de la ley 18.345.

TITULO XI

INCENTIVOS

(artículos 57 al 57)

Artículo 57: Los empleadores que celebren acuerdos conciliatorios o se sometan a la instancia arbitral del Título IX, tendrán preferencia para acceder a los programas de empleo y formación profesional que gestione el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

TITULO XII

REGLAMENTACION

(artículos 58 al 58)

Artículo 58: El PODER EJECUTIVO NACIONAL a propuesta de los MINISTERIOS DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL y DE JUSTICIA reglamentará la presente ley.

TITULO XIII

VIGENCIA

(artículos 59 al 60)

Artículo 59: El procedimiento creado por esta ley entrará en vigencia cuando lo dispongan los MINISTERIOS DE TRABAJO y SEGURIDAD SOCIAL y DE JUSTICIA, mediante resolución conjunta.

Artículo 60: La constancia prevista en el inciso 8 del artículo 65 de la ley 18.345 será exigible cuando se encuentre en funcionamiento el Servicio de Conciliación Laboral, previsto en el artículo 4 de la presente ley.

TITULO XIV

ADHESION DE LAS PROVINCIAS

(artículos 61 al 62)

Artículo 61: Invítase a las provincias a crear procedimientos de solución no jurisdiccional de conflictos individuales de trabajo.

Artículo 62: Comuníquese al PODER EJECUTIVO.