CLEBER ALVES BASTAZINE

MEDIAÇÃO EM RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Prof. Dr. Antonio Rodrigues de Freitas Junior

SÃO PAULO

2012

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bastazine, Cleber Alves

B323m Mediação em relações individuais de trabalho / Cleber Alves Bastazine. – São Paulo : C. A. Bastazine, 2012.
181 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2012
Orientador: Prof. Antonio Rodrigues de Freitas Junior
Contém anexos
Notas de rodapé
Inclui bibliografia

1. Mediação. 2. Conflitos individuais de trabalho. 3. Acesso à justiça. 4. Meios alternativos de resolução de conflitos. 4. ADR. I. Freitas Junior, Antonio Rodrigues de. II. Título.

CDU 34:331.154

Nome: BASTAZINE, Cleber Alves

Título: Mediação em relações individuais de trabalho

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.:_____ **Instituição:**_____

Julgamento:_____ **Assinatura:**_____

Prof. Dr.:_____ **Instituição:**_____

Julgamento:_____ **Assinatura:**_____

Prof. Dr.:_____ **Instituição:**_____

Julgamento:_____ **Assinatura:**_____

Aos meus pais, Luiz Carlos e Nilda,
com amor e gratidão.

Agradecimentos:

Ao Professor Doutor Antonio Rodrigues de Freitas Junior por sua inesgotável capacidade de prover inspiração.

Aos meus colegas de estudos, que me acompanharam em minha jornada.

Resumo

O presente estudo tem por objetivo realizar uma reflexão sobre as possibilidades de utilização da mediação para a administração de conflitos nas relações individuais de trabalho. O estudo foi realizado levando em consideração os aspectos virtuosos da mediação, seus enfoques e possibilidades de intervenção.

O trabalho leva em conta um conceito de conflito que reputamos adequado aos conflitos de justiça, diferenciando-o de outros enfoques possíveis ao fenômeno. Também foram apreciados os diversos modelos de mediação, a formação e a ética dos mediadores e a capacidade da mediação em representar uma alternativa ao desejado acesso à justiça, sem que isso implique em um viés de resolução da incapacidade do Poder Judiciário em distribuir o justo.

A mediação foi estudada em seus princípios e também em sua correlação com os princípios do direito do trabalho, possibilitando estabelecer uma linha argumentativa acerca das críticas e limitações essenciais frequentemente apontadas por aqueles que defendem a incapacidade da mediação em prover uma adequada intervenção nos conflitos em relações individuais de trabalho.

O enfoque procurado propõe uma ampliação do conceito de conflito individual de trabalho, estabelecido entre empregadores e empregados, para incluir aqueles conflitos existentes entre empregados e que não recebem previsão de adequado tratamento. Tais conflitos, conhecidos pelos economistas como micro conflitos, são portadores de uma litigiosidade latente que ao se desenvolver tem como única previsão a extinção da relação de trabalho. A intervenção mediadora, assim, representa meio de preservação das relações de trabalho, protegendo ainda os direitos fundamentais dos trabalhadores, concedendo uma nova perspectiva de acesso ao justo.

Palavras-chave: mediação; conflitos individuais de trabalho; acesso à Justiça; meios alternativos de resolução de conflitos; ADR.

Abstract

This study aims to carry out a reflection on the possibilities of use of mediation to manage conflict in individual relationships work. The study was performed taking into account the virtuous aspects of mediation, their approaches and possibilities for intervention.

The work takes into account a concept of conflict that we deem appropriate to conflicts justice, differentiating it from other possible approaches to the phenomenon. Were also appreciated the various models of mediation, training and ethics of mediators and the ability of mediation to represent a desired alternative to access to justice, without this implying a bias in the resolution of the judiciary's inability to distribute the fair.

The mediation was studied in its principles and also its correlation with the principles of employment law, allowing to establish a line of argument about the critical and essential limitations often highlighted by those who argue the failure of mediation to provide an adequate intervention in conflicts in individual employment relationships.

The approach sought, proposes an expansion of the concept of conflict of employment established between employers and employees, to include those conflicts between employees, which do not receive adequate treatment prediction. Such conflicts, known to economists as micro conflicts, carry a latent litigation has to be developed as the only forecasting the demise of the employment relationship. The mediator intervention thus represents a means of preserving working relationships, yet protecting the fundamental rights of workers, giving a new perspective on access to fair.

Keywords: mediation; individual labor disputes; access to Justice; alternative dispute resolution; ADR.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

Justificativa 17

1. UM CONCEITO DE CONFLITO – Conflitos intersubjetivos de justiça 21

1.1. Administração dos conflitos 24

2. MEIOS DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS 30

2.1. Antecedentes 30

2.2. Meios adjudicatórios de administração de conflitos 37

2.2.1. Jurisdição 37

2.2.2. Arbitragem 38

2.3. Os meios não adjudicatórios de administração de conflitos 39

2.3.1. Negociação 39

2.4. Conciliação 42

2.5. Mediação 46

2.5.1. Conceito 46

2.5.2. Mediação diante do ideal do acesso à justiça 53

2.5.3. Mediação e a conciliação: outras diferenças 68

2.5.4. Mediação e a jurisdição: características 70

2.5.5. Etapas da mediação 76

2.5.6. Características da mediação 81

2.5.7. Ferramentas da mediação 84

2.5.8. Natureza Jurídica 86

2.5.9. Modelos de mediação 87

2.5.10. Formação e a ética dos mediadores 89

2.5.11. Conflitos afetos à administração mediadora 96

2.5.12. Experiências de mediação no direito estrangeiro 97

3. MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO 101

3.1. Justiça do Trabalho no Brasil 102

3.2. Princípios basilares da Justiça do Trabalho 105

3.2.1. Princípio do devido processo legal e da instrumentalidade 105

3.2.2. Princípio da razoável duração do processo e da economia 107

3.2.3. Princípio da proteção 108

3.2.4. Princípio da indisponibilidade 110

3.3. Proteção constitucional das relações de trabalho 114
3.4. Conflitos nas relações de trabalho 122
3.4.1. Conflito coletivo de trabalho 123
3.4.2. Conflito individual do trabalho 124
4. Conclusão 142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 145
ANEXOS 153

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Estrutura espiralada do processo de mediação.....75

Figura 2 - Estrutura linear do processo judicial.....76

INTRODUÇÃO

A evolução dos grupamentos sociais, aliada ao surgimento de interesses conflitantes acerca dos bens tidos por escassos, obrigou a sociedade a implantar meios de solução destes conflitos e de promoção do equilíbrio e pacificação social. O Direito possui uma longa linha do tempo, em que a busca pela eficiência na capacidade de prover aos cidadãos a proteção aos seus interesses coletivos e individuais resultou no atual sistema de prestação jurisdicional, em que um juiz, investido de uma parcela do poder estatal, atende aos conflitos que lhe são trazidos e, após analisar os fatos e as provas carreadas pelas partes, prolata uma decisão que encerra o conflito.

O poder do Estado de administrar os conflitos que lhe são trazidos está, segundo o paradigma da efetividade da prestação, muito além das forças dos órgãos judiciários, resultando em desmedida crise institucional. O agravamento da incapacidade do Estado em prover o adequado tratamento dos conflitos pode ser observado sob diversos aspectos. Podemos apontar a complexidade dos ritos e as dificuldades na obtenção de representação perante os órgãos judiciais; os altos custos das demandas, incluindo aqui não apenas os encargos financeiros, mas a insatisfação decorrente do fator temporal diante do longo período de espera pela definição de uma situação repleta de incertezas; no plano da percepção do sujeito, o desgaste emocional decorrente da sua manutenção em um ambiente de conflito e os reflexos resultantes da imposição de uma decisão pelo órgão judicante, que, ao prolatar a sua decisão, estará reconhecendo a vitória de uma das partes enquanto que a outra, no extremo oposto, será considerada perdedora, dando margem ao surgimento de novos conflitos em razão de uma litigiosidade não tratada, porque o processo judicial incidiu apenas nos aspectos exteriores do conflito. Nesse sentido, observamos que o processo judicial está apto a encerrar o conflito, mas não a prover o seu adequado tratamento.

A pacificação dos conflitos é necessária para o desenvolvimento social e o seu acesso é direito fundamental do homem, pois representa meio capaz de redução das desigualdades sociais,atendendo ao ideal de promoção da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana tem sua formulação clássica por Immanuel

Kant[1], em sua *Fundamentação da metafísica dos costumes*, e coloca a pessoa humana acima das coisas, ao afirmar que "no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem preço pode ser substituída por qualquer coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade." A Constituição Federal de 1988, no Título I - Dos Princípios Fundamentais, declara em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

Partindo do entendimento de que a administração de conflitos é uma função essencial no sadio desenvolvimento do corpo social, é possível entender a preocupação e os esforços que estão sendo direcionados na obtenção de eficiência para o sistema judiciário. A resolução de conflitos, no entanto, não compreende apenas a procura de meios mais céleres para a execução do processo judicial, nem mesmo passa pela reforma de ritos, redução de recursos, ampliação do quadro de servidores ou quaisquer outras medidas meramente exteriores; a pacificação social necessita de alteração do papel dos contendores na resolução do conflito.

Ury, Brett e Goldberg[2], ao discorrerem sobre a necessidade do desenvolvimento de novas formas de resolução de conflitos, afirmam que as disputas são inevitáveis e, embora seja possível intervir pessoalmente com o objetivo de estimular o entendimento, mesmo que se possa considerar exitoso na administração, os conflitos de interesses subjacentes que geraram a disputa permanecerão, novos conflitos irão emergir e as partes retornarão ao embate.

A intervenção nos conflitos através da mediação proporciona exatamente esta alteração. A participação ativa da parte na busca de uma solução que lhe atenda e que não seja aviltante para os interesses da parte contrária representa o cerne da mediação e é uma das características que nos permite crer que a mediação é um meio de administração de conflitos eficiente na obtenção de uma desejada pacificação social, uma vez que *as partes* saem vencedoras, e não apenas *uma* delas como na regra de *soma-zero* da Teoria dos Jogos.

---

[1] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições70. 2011. p. 82.
[2] URY, Willian L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved:* designing systems to cut the costs of conflict. San Francisco. Jossey Brass Publishers, 1998.

O conceito de mediação será objeto de posterior reflexão no presente estudo, mas, por hora, é interessante mencionar que entendemos por mediação aquele processo autocompositivo, não adjudicatório, em que as partes auxiliadas por um terceiro neutro destituído de poderes decisórios, em um ambiente de cooperação, constroem uma decisão em termos mutuamente aceitáveis.

A mediação representa, em nosso entendimento, meio eficiente para a administração de diversos tipos de conflitos, entre eles aqueles que emergem no ambiente de trabalho. A intervenção mediadora é particularmente útil na administração de conflitos incidentes em relações permanentes ou contínuas, e as relações de trabalho são portadoras desta característica. Atualmente, quando o conflito surge em relações individuais de trabalho, ele não recebe qualquer intervenção com vistas à sua solução, mas o incidente é observado pelo empregador, que poderá optar pela extinção da relação, proporcionando geralmente o nascimento de uma reclamação trabalhista para a discussão dos aspectos controvertidos da relação. No entanto, a relação já estará extinta, gerando prejuízos para as duas partes. A administração do conflito surgido, através da mediação, pode, contudo, reverter este quadro e proporcionar não apenas a manutenção da relação de trabalho, como também evitar a ocorrência de novos conflitos em face da sua capacidade em promover o diálogo e intervir na reconstrução da relação intersubjetiva dos contendores.

Os meios alternativos (não adjudicatórios) de administração de conflitos são a mediação, a conciliação e a negociação. Embora a mediação seja o meio alternativo de administração de conflitos mais *evoluído*, no sentido de possuir um conjunto maior de possibilidades e de ferramentas à disposição do mediador, o instituto não é aplicável em todas as situações de conflito. Para Freitas Jr e Zapparolli[3], existem situações em que a mediação não é recomendável, como nas situações de violência atual, embora possam ser utilizadas técnicas de mediação com relativo sucesso no auxílio da resolução destes episódios.

Outro fator capaz de impedir a utilização da mediação ocorre quando não estiver presente, por parte dos sujeitos em conflito, o propósito de adesão, de boa-fé ao processo de mediação. A mediação é um mecanismo voluntário. A adesão ao processo ocorre, normalmente, a partir da percepção das partes de que a mediação pode, de fato, representar

---

[3] FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Mediação de Conflitos e Promoção da cultura da Paz*. Grey version 1ª a 4ª leituras.

uma forma idônea de intervenção na relação e que a tentativa pela busca de uma solução consensuada não interfere negativamente em uma eventual necessidade do ajuizamento posterior de uma demanda, caso o processo venha a restar infrutífero. Por este motivo, a mediação é um procedimento em que impera a confidencialidade. As informações, propostas, tentativas de acordo são restritas ao processo de mediação e não podem ser invocadas em outro contexto. Esta confidencialidade interfere positivamente no propósito de adesão das partes ao processo.

Também não cabe a mediação se houver (ou enquanto durar) um quadro de relativa incapacidade, quer jurídica, quer psíquica, dos sujeitos em conflito, porque nesses intervalos estes sujeitos não podem, de modo livre, consciente e sobretudo responsável, co-construir uma pauta justa de entendimento. O ideal da construção de uma solução em um ambiente de cooperação é um dos fatores que estimulam o cumprimento das avenças eventualmente estabelecidas. A postura da parte diante de uma solução obtida mediante a imposição através do poder de império do Estado, repleta de aspectos conflituosos que não receberam atenção por não comporem a lide, é completamente diferente da posição que a parte assume ao participar na elaboração de uma decisão que foi atingida após o tratamento das questões intrínsecas que motivaram o conflito entre as partes. A recepção de uma decisão em que estão presentes a atenção aos motivos subjacentes, bem como à percepção do ideal pessoal de justiça é capaz, por si só, de motivar as partes na manutenção da avença, sem que ela esteja, no momento da sua prolação, já contaminada pela corrosão.

A mediação é um instituto consolidado em diversos países, como por exemplo os Estados Unidos, Canadá, França e Argentina. O interesse pela adoção das ADR´s[4] tem sido amplamente disseminado e muitos estudos e dados emergem acerca das possibilidades na utilização da mediação para a administração dos conflitos, seja na área da família, ou em questões penais e de trabalho. O Conselho Econômico e Social daOrganização das Nações Unidas promove através da Resolução nº 26, de 28 de julho de 1999, a recomendação para que os Estados fomentem a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, com o objetivo de desenvolver a receptividade de autoridades e de operadores do direito, acerca dos benefícios da adoção de meios não adversariais de administração de conflitos.

[4] *Alternative Dispute Resolution.*

A Declaração sobre uma Cultura da Paz, e seu respectivo Programa de Ação[5], afirma no Ato Constitutivo da Constituição da Organização da Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura que "uma vez que as guerras nascem na mente dos homens, é na mente dos homens que devem ser erguidas as defesas da paz." O artigo 2º afirma que "o progresso no sentido do completo desenvolvimento de uma cultura de paz é conseguido através de valores, atitudes, comportamentos e estilos de vida que conduzam a paz entre indivíduos, grupos e nações.[6]"

A mediação tem, por definição, a necessidade de uma mudança de atitude das partes em relação ao conflito. O ideal de difusão de uma Cultura de Paz passa, necessariamente, por uma alteração na cultura adversarial estabelecida em nossa sociedade. De fato, até mesmo os operadores do direito são educados sob esta perspectiva e, para esta abordagem, o conflito deve ser solucionado com o estabelecimento da supremacia de uma parte por sobre a outra. A forma de resolução delineada pelo sistema jurisdicional atende a essa ótica. O processo permite que a expressão exterior do conflito seja trazida à presença do Estado-juiz, para que a verdade formal ali representada receba uma decisão.

A forma de tratamento dos conflitos e a própria estrutura através da qual os processos se desenvolvem demonstram a mudança de perspectiva inerente a cada tipo de intervenção. O processo mediador, diferente do processo judicial, não possui estrutura linear rígida. A mediação se caracteriza por uma estrutura em espiral, em que as questões formadoras do conflito são observadas e recontextualizadas, estabelecendo novas percepções nos envolvidos à medida que o processo se desenvolve. A falta de rigidez e a estrutura espiralada permitem um aprofundamento do diálogo entre as partes, que assim encontram o ambiente adequado de cooperação para a construção de uma solução. O processo judicial tem suas fases marcadas pela incidência da preclusão, a qual impede que questões já discutidas sejam apreciadas novamente. As partes realizam um combate ritualizado, em um ambiente de controlada hostilidade, buscando não a cooperação, mas a superação do adversário. É por este motivo que o processo caminha sempre adiante, marchando inexoravelmente para o seu fim.

---

[5] UNESCO. Declaração e programa de ação sobre uma cultura de paz. A/RES/53/243 de 6 de outubro de 1999.
[6] Ibidem. artigo 2º

O desenvolvimento do processo de mediação, como afirmado, não possui uma estrutura rígida e pode ser tomado por múltiplos enfoques, sendo que cada um deles apresenta técnicas de administração de conflitos particulares às ideias que os inspiram.

A escola tradicional-linear (Harvard), por exemplo, tem por enfoque propiciar a facilitação da negociação e busca a máxima concretude na realização de acordos. A definição da escola de Harvard, trazida por Francisco Diez e por Gachi Tapia[7], afirma que "o modelo de Harvard define a mediação basicamente como uma negociação colaborativa assistida por um terceiro, e a sua abordagem teórica está orientada para a 'resolução de problemas'. Este é o modo como a maioria das pessoas têm considerado a mediação, e provém de um conjunto de pressupostos sobre o significado do conflito." Outro enfoque é o circular-narrativo defendido por Sara Cobb[8], fundamentado por um conjunto de técnicas que, tomando por base a análise do conteúdo semântico do discurso das partes e sua organização, pode apresentar meios para que o mediador estimule a compreensão das partes e alcance a pacificação. Uma perspectiva ousada é a transformativa de Bush e Folger, que afirmam a possibilidade da transformação social através do crescimento moral das partes, proporcionado pelo adequado tratamento dos conflitos.

Os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação,são portadores de grandes possibilidades de aplicação em diversos campos das relações sociais. No entanto, a mediação também possui limitações e seu estudo deve levá-las em consideração. A mediação não deve ser enfocada como "uma panaceia, um remédio capaz de resolver todos os conflitos, em todas as áreas e intensidades, assim como, a solução para os problemas do Poder Judiciário."[9]

---

[7] DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. *Herramientas para trabajar en mediación*. 4. ed. Buenos Aires: Paidós. 2006. p. 25. "El Modelo de Harvard define básicamente la mediación como una negociación colaborativa asistida por un tercero, y su enfoque teórico se conoce con la orientación a la 'resolución de problemas'. Éste es el modo como la mayoria de la gente ha considerado la mediación, y proviene de un conjunto de premisas acerca del significado del 'conflicto'."

[8] COBB, Sara. *Empowerment and Mediation:* a narrative perspective. Negotiation Journal 9:3 (July 1993), pp. 245-255. Summary by Tanya Glaser.

[9] FREITAS JR., Antonio Rodrigues de.; ZAPPAROLLI, Célia Regina. Op. cit.

Justificativa

O desenvolvimento de um trabalho de pesquisa sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial da mediação, requer a análise de uma multiplicidade de aspectos e não deixa de apresentar enfrentamentos e controvérsias.

A pretensão de alcançar o conhecimento integral de algo, ou a afirmação de sua possibilidade, quando se trata de uma ciência social, é de difícil sustentação. Primeiramente porque o método que o sujeito utiliza para paulatinamente formar um conjunto de conceitos que lhe permitam adentrar na natureza interior do objeto pesquisado vai, no curso de seu desenvolvimento, alterando a própria valoração pessoal do sujeito; essas alterações, certamente, vão impedir a neutralidade do pesquisador em face do pesquisado. Essa ausência de neutralidade, no entanto, não se torna elemento de distorção do trabalho na medida em que o próprio sujeito vem a reconhecer que partes de seu julgamento foram contaminadas com as suas pré-concepções e preferências. Este reconhecimento leva o sujeito a permitir que os observadores tenham meios de equilibrar as premissas apresentadas e de inserir externamente a neutralidade conceitual.

Apesar do reconhecimento desta margem de contaminação, o trabalho de pesquisa é realizado buscando reduzi-la ao mínimo.

É oportuno relembrar que outros aspectos interferem nesta neutralidade e não apenas o conhecimento prévio do sujeito acerca do objeto; quero com isso afirmar que as limitações quanto ao conhecimento da totalidade de fatores que influenciam no objeto e que não são atingidos durante o processo de pesquisa também representam fator de desvio. De fato, tratar-se de uma ciência humana em permanente evolução é suficiente para reconhecer que em algum momento os fatores e atores sociais pesquisados tornam-se apenas referência para estudos posteriores.

A delimitação do tema foi realizada levando em consideração o amplo rol de possibilidades e enfoques disponíveis para pesquisa, de modo a ter em conta como a mediação tem se desenvolvido, apurar a possibilidade de sua utilização como ferramenta na administração de conflitos em relações individuais de trabalho, seus benefícios e limites, bem como, os elementos mínimos que são necessários para possibilitar sua

implantação enquanto ferramenta efetiva de trabalho em nosso ordenamento jurídico, diante do crescente interesse nesta modalidade de acesso à justiça.

A relevância do tema da resolução alternativa de conflitos, e sua eficácia perante o sistema judicial tradicional, reflete a preocupação atual em obter meios para implementar a distribuição da justiça. As relações de trabalho são protegidas pela Constituição Federal e seu *status* de direito fundamental de muitos de seus institutos revela a sua importância. A adoção de uma forma alternativa de administração dos conflitos que permita a preservação da relação de trabalho, e não esteja pautada por uma vocação meramente compensatória dos direitos violados, mas atue nos conflitos ainda durante a vigência do vínculo, preservando a ocupação do trabalhador, revela uma capacidade virtuosa, porém ainda assim complementar ao exercício da jurisdição, no estabelecimento de meios de acesso concreto aos direitos humanos fundamentais.

O desenvolvimento da mediação pressupõe a adoção de um novo modelo de entendimento dos conflitos; sua eficácia representa meio capaz de estimular o respeito aos direitos dos trabalhadores e a preservação de postos de trabalho. Os meios alternativos de administração de conflitos ainda estão marcados por um interesse institucional e as experiências desenvolvidas ainda estão voltadas para servir como coadjuvante na resolução da atual crise do sistema de distribuição de justiça, o que certamente não é o tratamento adequado, pois menospreza os aspectos virtuosos destes sistemas. Por outro lado, a compreensão do temário proposto – aliado ao conhecimento das abordagens e das soluções realizadas nos países que desenvolveram programas efetivos de mediação – pode auxiliar na transição de um modelo de distribuição de justiça adversarial para um modelo colaborativo, eficiente e desvinculado da visão tradicional de distribuição do justo, servindo para a sustentação de uma agenda de modernização do acesso à justiça.

Para atingir este objetivo examinamos em primeiro lugar a noção de conflito e procuramos por um conceito que apresente um recorte apropriado para o estudo proposto. O conceito de conflito pode ser observado sob múltiplos enfoques, e cada um deles pode apresentar facetas apropriadas a campos determinados do conhecimento. Assim, por exemplo, os conflitos não exteriorizados, chamados de intrapsíquicos, de interesse da psiquiatria e da psicologia, não serão incluídos em nosso estudo. A conceituação procurada, por entendermos de utilidade para a mediação, é aquela apropriada à noção de justo e de justiça. O exame do conceito de conflito estará presente no primeiro capítulo

deste estudo, onde será apresentado *um* conceito de conflito, com os seus elementos constitutivos, bem como a sua adequação ao estudo proposto.

Outros conceitos de conflito, desenvolvidos pelos diversos autores, serão apenas referenciados e justifica-se a sua inclusão para a demonstração de que o assunto, além de ocupar a doutrina, representa tormentosa tentativa de extração de uma definição para o fenômeno. A conceituação adotada envolve múltiplas dimensões, trazendo uma compreensão completa sobre as várias características do evento conflituoso.

O segundo capítulo ingressa na temática da mediação, apresentando primeiramente os antecedentes históricos, procurando, ao apresentar este esboço, propiciar uma visão acerca do desenvolvimento dos meios adjudicatórios e também dos meios não adjudicatórios de administração de conflitos, observando suas características principais e elementos distintivos. Serão observadas a jurisdição, a arbitragem, a negociação, na modalidade integrativa e distributiva, a conciliação e a mediação.

A mediação, em maior profundidade, será examinada em seu conceito e sua relação diante do ideal de acesso à justiça. A importância de um meio de administração de conflitos está diretamente relacionada à sua capacidade de proporcionar aos destinatários a pacificação desejada. A análise, entrando nesta temática, foi realizada tendo por norte a extensa pesquisa realizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no Projeto Florença, e as três ondas renovatórias do acesso à justiça. Serão observadas as questões constitucionais a respeito do primado do Poder Judiciário e a inafastabilidade da jurisdição, também sob a interpretação extensiva realizada por Rodolfo de Camargo Mancuso.

Estarão presentes as questões intrínsecas à mediação, suas etapas e ferramentas. A mediação, não obstante a sua estrutura flexível, é dotada de uma coerência interna. A informalidade do processo não significa que ele esteja sendo conduzido de forma caótica. A análise incluirá as características da pré-mediação, da abertura propriamente dita e das sessões de mediação, bem como das ferramentas empregadas pelo mediador, como, por exemplo, o *caucus*.

A mediação é frequentemente confundida com a conciliação e a distinção entre os dois institutos é realmente oportuna, dando margem ainda ao estudo dos seus predicados, seus modelos, requisitos para a formação dos mediadores,as espécies de conflitos afetos à sua intervenção e experiências no direito estrangeiro. Esta incursão sobre o tratamento

destinado ao instituto tem por objetivo relacionar brevemente o desenvolvimento existente em outros ordenamentos jurídicos. É importante ressaltar que não se trata em absoluto da promoção de um trabalho de direito comparado, o que levaria a um distanciamento dos objetivos propostos.

O terceiro capítulo tem como tema a utilização da mediação para a administração dos conflitos surgidos nas relações individuais de trabalho. O exame do tema proposto terá por base o desenvolvimento das relações de trabalho, a proteção constitucional dispensada à matéria e a sua importância no desenvolvimento social, os princípios do Direito do Trabalho e suas relações com a mediação, os conflitos trabalhistas em espécie e as limitações possíveis na utilização do instituto. Ao final apresentaremos nossas conclusões.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa compreendeu a conjugação de vários métodos para a realização da abordagem do tema proposto. A seleção de textos foi realizada preliminarmente com uma referência bibliográfica mínima, a qual foi paulatinamente sendo expandida. Em um primeiro momento buscou-se uma noção acerca dos antecedentes e seus desdobramentos, com o objetivo de situar o atual estágio de desenvolvimento e encontrar elementos capazes de proporcionar uma explicação deste desenvolvimento. O método dedutivo foi utilizado para a apreensão de conceitos e como instrumento de reflexão de fatos, restando para as conclusões o método indutivo. Por fim, empregou-se o método analítico-sintético para as reflexões conclusivas.

1. UM CONCEITO DE CONFLITO – Conflitos intersubjetivos de justiça

É possível observar que a extração de um conceito de conflito tem ocupado a doutrina; assim, diversas definições têm sido ofertadas e estabelecidas através de variados enfoques[10].

A determinação de um conceito, para o operador do Direito, não deve representar apenas a apreensão de um fenômeno, mas lhe ofertar elementos distintivos entre suas

---

[10]CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 185.FREITAS JR. elenca os conceitos ofertados por vários autores. Mayer (2000, p. 5) afirma que "conflitos existem em virtude da circunstância de que alguém se sinta em conflito com outro, muito embora esse sentimento não seja necessariamente recíproco nem reconhecido pelo outro."; DEUTSCH (1973, p. 10) afirma que "existe conflito quando quer que ocorram atividades incompatíveis"; Marinés Suares (1996, p.78) "No campo da mediação entenderemos por conflito: - um processo interacional, que como tal nasce, cresce, desenvolve-se e pode às vezes se transformar, desaparecer e/ou se dissolver, e outras vezes permanecer relativamente estacionário; - que se dá entre duas ou mais partes (...); - em que predominam as interações antagônicas sobre as interações atraentes ou atrativas; - interações nas quais as pessoas que intervêm o fazem como seres totais (...) – por vezes, porém não obrigatoriamente, agressivas; - que se caracteriza por ser um processo co-construído pelas partes; - um processo complexo e como tal não pode ser abarcado totalmente por uma definição."; Maria Inês Targa (2004, p. 28), apoiada no dicionário, chama de conflito o "embate dos que lutam. Discussão acompanhada de injúrias e ameaças; desavença. Guerra. Luta, combate. Colisão."; para Sampaio e Braga Neto (2007, p.31) "pode-se definir (conflito) como um conjunto de propósitos, métodos ou condutas *divergentes*, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas."
Em complemento aos conceitos reunidos por Freitas, permito-me adicionar a visão de Carnelutti, que afirma que o "conflito de interesses consiste na sua incompatibilidade, no sentido de que a satisfação da necessidade a que corresponde um dos interesses, exclui ou pelo menos limita a satisfação do outro." (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del processo civil*. Tradução Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. 1959. v. 1. p. 25. Marinoni e Arenhart também acompanham a concepção dos conflitos de interesses e ressaltam a "necessária eliminação dos conflitos" para a obtenção de paz social: "Como é necessária a existência de regras jurídicas para a harmônica convivência social, e como pode existir dúvida em torno de sua interpretação, ou mesmo da intenção de desrespeitá-las, podem eclodir no seio da sociedade conflitos de interesses." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: Processo de conhecimento. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2008. v. 2. p. 31.) Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves, "A imposição de regras ao indivíduo, pelo grupo social, não é suficiente para evitar, por completo os conflitos de interesses. Nem sempre os bens e valores estão à disposição em quantidade tal que satisfaça todos os indivíduos, o que pode provocar disputas." (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil:* teoria geral e processo de conhecimento. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 2.). Marcos Destefenni aponta os conceitos de necessidades, interesses e de pretensão, propostos por Benedito Hespanha para afirmar que "pretensões opostas fazem surgir, constantemente, situações conflituosas, principalmente na sociedade contemporânea que é multirelacional" e adiante complementa afirmando que "As situações conflituosas geram insatisfação dos envolvidos e das pessoas próximas; além disso, afetam a própria harmonia da vida social" (DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil.* Saraiva: São Paulo: 2007. v. 1. p. 3.). Finalizando a visão dos processualistas sobre o conflito, Vicente Grecco Filho afirma que o termo conflito tem gerado interpretações divergentes na doutrina, levando muitas vezes a conclusões equivocadas. O autor reputa adequado falar em "convergência de interesses sobre bens, sendo o direito o instrumento de regulamentação dessas convergências, consideradas pelas normas jurídicas como necessariamente existentes, gerando conflitos, reais ou hipotéticos, virtuais." (GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 18. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 12-13.)

subespécies, de modo a tornar possível não somente uma desejável precisão terminológica, como também permitir que aspectos secundários, ou ainda de interesse de outros ramos do conhecimento, sejam devidamente separados do objeto de estudo. O conceito apresentado deverá ser capaz de apontar predicados que possibilitem estabelecer as diferenças entre controvérsia, disputa, contraposição de interesses ou desajuste intersubjetivo.

A proposição de uma definição universal de conflito não se apresenta dentro de um panorama de viabilidade, pois se estaria buscando capturar um espectro demasiado abrangente da experiência humana. Dessa forma, o recorte pretendido ao presente estudo está delimitado pelas percepções acerca dos valores pertencentes à esfera do justo, que, na terminologia de Freitas Jr., é chamado de *conflito de justiça*[11]. Para o autor, a expressão é adequada ao fenômeno que se pretende investigar ao tratar de meios alternativos de resolução de conflitos, evitando a indevida inserção de fenômenos contíguos. A esfera de interesse a respeito do conflito, que nos é própria, necessita que a atmosfera de contraposição seja percebida por todos os envolvidos. Assim, não se está a estabelecer predicados sobre eventos intrapsíquicos, nos quais um dos sujeitos sequer se reconheça em estado de beligerância. O conflito adquire relevância, para a presente análise, no momento em que pode ser observado enquanto problema de justiça e de paz social.

Desse modo, *conflito* são as situações em que estejam presentes, simultaneamente:

1. No plano objetivo: controvérsia sobre a distribuição de bens escassos – ou cuja escassez possa ser presumida –, ou obrigações, de natureza material ou imaterial;

2. No plano da ação: a contraposição comportamental, realizada de forma consciente ou não, volitiva ou não entre dois atores;

3. No plano dos sentimentos: atores dotados de percepções distintas sobre como tratar o problema distributivo, em razão de diferentes valores sobre o conceito de justiça.

O aspecto alocativo referido no conceito traz o problema da capacidade de apropriação de bens escassos ou da incapacidade de evitar a incidência de uma obrigação. Situações de escassez têm por característica a pequena oferta de determinados bens diante de uma demanda claramente desproporcional, o que resultará, necessariamente, na

[11] FREITAS JR, Antonio Rodrigues de.; ZAPAROLLI, Célia Regina. Op. cit. p. 186

incapacidade de obtenção do atendimento das expectativas de parte dos atores envolvidos. Com a menção ao atendimento das expectativas dos atores, expresso uma abrangência superior ao que estaria compreendido apenas na adoção da ideia de necessidade, a qual ensejaria sempre questionar os aspectos referidos (necessidades básicas, sociais e culturais), ao passo que em expectativas estão inseridas as ideias pertencentes aos conceitos de necessidades, mais o de interesses e desejos.

A relevância do problema da escassez não reside no que tange à falta absoluta. A ausência *total* de determinado bem da vida impede a fruição generalizada no corpo social. O problema da escassez adquire contornos apreciáveis no exato momento em que se torna imperativo a adoção de um critério de distribuição destes bens diante de atores que estão imbuídos de expectativa legítima de obtê-los. Em relação a estas expectativas, torna-se importante ressaltar que a percepção subjetiva interfere na busca pela apreensão destes bens, pois os atores se comportam de acordo com tais percepções e isso não representa necessariamente um reflexo da situação concreta; por exemplo, o comportamento dos consumidores diante da perspectiva *real* de escassez de gêneros de primeira necessidade e o comportamento dos consumidores que se antecipam na obtenção de víveres por *acreditarem* estar na iminência de uma situação de escassez.

O elemento seguinte do conceito proposto trata da contraposição comportamental nas condutas dos atores envolvidos. O conflito pode ser apresentado como tal, e adquire relevância quando da sua projeção exterior. Ainda que se possa considerar relevante a percepção subjetiva de um ator em relação a outro em dado cenário, a ausência de contraposição de condutas não torna esta hipótese um conflito como aqui se propõe. O ator pode não ter a percepção da violação que produz na esfera jurídica de outrem, mas a ofensa o coloca em sentido diametralmente oposto, de forma que a colisão dos interesses esteja apta a caracterizá-lo como um conflito e a receber uma interferência para sua administração.

O plano dos sentimentos reflete a diferença entre as percepções dos valores de justiça que acompanham cada um dos atores envolvidos. Tais valores decorrem da visão pessoal acerca do que é entendido por justo. Não se trata em absoluto da noção do justo expresso no ordenamento jurídico. A ausência de valores divergentes sobre a justeza de uma questão não permite a caracterização da hipótese como conflito, ainda que esteja incidindo sobre um problema distributivo e haja uma contraposição comportamental.

Diante desta hipótese, o problema ensejará a adoção de medidas de contenção das condutas, através de políticas públicas, estatais ou não-estatais, e não uma administração para a solução de uma questão de justiça. Observa-se tal situação, por exemplo, em eventos que exigem a contenção de comportamentos por questões de segurança pública.

Apreciado o conceito, torna-se relevante observar que os conflitos expressam a insatisfação[12] dos atores sociais acerca de um ou de vários aspectos do convívio social, ocasionando uma perturbação na desejada paz social e que devem sofrer uma administração capaz de restaurá-la. A finalidade do Direito é ordenar as relações, tutelando a cooperação entre os atores e entre os atores e seus bens. Ainda que estes preceitos ordenadores estejam presentes em determinado grupo social, tais elementos, por si só, não são capazes de impedir a existência dos conflitos. Ademais, é importante mencionar que a diversidade natural entre os seres humanos, seus preceitos íntimos, inclinações pessoais e aquelas adquiridas no contexto cultural do grupamento em que está inserido informam que as relações dentro da sociedade serão sempre envolvidas em divergências. O conflito, em última análise, não é passível de resolução[13], mas apenas de administração.

1.1. Administração dos conflitos

O adequado tratamento do conflito adquire especial relevância quando se ultrapassa a ideia do conflito enquanto problema e se observa o impacto produzido na continuidade das relações desenvolvidas entre as partes. É equivocado o entendimento de que o conflito é apenas um episódio de desajuste e que seus efeitos não atravessarão as fronteiras do evento considerado isoladamente; para que a administração a ser intentada possa estar revestida de uma expectativa salutar de eficiência, a natureza das relações existentes entre as partes deve receber a devida consideração. A continuidade das relações pode ser prejudicada por eventos conflituosos que estejam sob uma intervenção administradora inadequada. A atenção aos elementos motivacionais, de fundo, na instauração do conflito – se tratados – permitirá que as partes recomponham a relação, dando seguimento a ela sob

---

[12] A insatisfação expressa pelo conflito surge por situações "em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (...)" em CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26

[13] Convém mencionar que a expressão *resolução* é difundida em conta da tradução livre de ADR – *Alternative Dispute Resolution* – Meios Alternativos de Resolução de Conflitos –; o termo é evitado no texto, buscando-se utilizar, ao invés, o vocábulo *administração*, por se reputar mais preciso ao fenômeno que se procura explicitar.

uma perspectiva saudável e não perturbada por outros conflitos remanescentes. Por outro lado, uma intervenção inadequada ao evento conflituoso deixa de considerar os elementos intrínsecos que nele resultaram e possibilita o surgimento posterior de outros episódios de conflito envolvendo aquelas partes. Assim, é correto pensar que o meio utilizado para produzir determinada intervenção apresentará reflexos no relacionamento entre as partes após o processo. O enfoque utilizado para administrar um conflito existente entre pessoas cujo relacionamento consiste apenas no conflito em si – ou seja, não há relação entre as partes a não ser o evento que deflagrou a própria interação, como por exemplo, um acidente de trânsito, em que os envolvidos não possuem qualquer forma de relação anterior – será diferente daquele empregado para a administração de um conflito que envolva relações permanentes ou duradouras.

A administração dos conflitos em relações permanentes – como as familiares e todo o universo que pode vir a compor os conflitos decorrentes do parentesco – e em relações duradouras – como aquelas decorrentes das relações de trabalho – deve privilegiar uma intervenção cujo enfoque esteja projetado para o adequado tratamento destas relações e que capacite as partes à manutenção do vínculo que as une. A mediação, observada por este aspecto, é ideal para a administração dos conflitos que envolvam esta espécie de relações, por trabalhar sobre a relação intersubjetiva e com uma perspectiva pós-conflito em vez de simplesmente manter o seu foco em uma relação pretérita. A atenção voltada à continuidade ou permanência das relações e à perspectiva de sua projeção para um futuro além do conflito é favorecida pelo restabelecimento do diálogo entre as partes, função essencial da mediação. Ada Pellegrini Grinover[14] afirma que é "(...) necessário atentar para os problemas de relacionamento que estão à base da litigiosidade". O tratamento inadequado do conflito nestas espécies de relações acarretará um crescente desajuste relacional, marcado por eventos conflituosos decorrentes de uma litigiosidade contida, que no caso das relações duradouras pode vir a representar o rompimento do vínculo.

O conflito nas relações permanentes e nas relações duradouras é portador de uma capacidade de prejuízo latente, que em muito difere daquele conflito episódico caracterizado por um evento pretérito, que obrigou o relacionamento patológico das partes. O conflito no ambiente de trabalho, de especial interesse neste estudo, envolve uma relação

---

[14] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: WATANABE, Kazuo, e LAGASTRA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo:* revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

personalíssima que deve ser pautada pela confiança e urbanidade. A relação de trabalho importa em uma capacidade franca e aberta de diálogo entre empregador e empregado e entre empregados. O desenvolvimento de uma relação marcada por constantes conflitos que não estejam sob adequada administração é passível de ingresso em um padrão de circularidade que se retroalimenta até que ocorra o esgotamento completo da relação. As relações de trabalho ainda mantêm uma visão binária clássica do conflito de classes, que deverá ser atualizada para uma visão de cooperação e de harmonização de interesses comuns.

O entendimento leigo acerca dos conflitos produz a falsa percepção de que o conflito é sempre algo nefasto e que deve ser extirpado. De fato, tais situações devem ser mantidas afastadas de uma escalada desenfreada; mas, há que se admitir que as relações de conflito são capazes de permitir o aprimoramento das relações individuais e coletivas, apresentando uma face virtuosa. É diante das batalhas que o homem estabelece prioridades e mudanças no curso dos seus valores, objetivando melhor proveito da situação. A expressão desta ótica pode ser confirmada pelo enfoque proposto por Bush e Folger[15], que defendem uma ampliação do conceito de conflito, apresentando a noção de que este pode representar mais do que meramente um problema. A premissa distinta, por eles sugerida, importa em reconhecer o conflito não apenas como um problema, mas como uma oportunidade de crescimento e transformação moral. Para os autores, este conceito diferenciado é a *"orientação transformadora do conflito"*. Sob esta orientação, o conflito adquire uma nova dimensão e permite que os envolvidos na situação possam caminhar para um desenvolvimento moral pleno e incorporado a uma perspectiva de integração social. O ator social passaria do atendimento exclusivo do "eu" e de suas expectativas, a uma postura em que a consideração ao outro e aos seus reflexos seria avaliada dentro de um contexto relacional integrado ao coletivo:

> "Para organizar um enfoque distinto da mediação, devemos começar com os fundamentos sobre os quais se baseiam a prática, e reexaminar nossos conceitos sobre o que é o conflito e sobre qual seria a resposta ideal ao mesmo. A reformulação da orientação baseada na resolução de problemas começa por questionar em primeiro lugar a premissa de que é necessário considerar os

[15] BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. *La promesa de mediación*. Buenos Aires: Granica, 2006.

conflitos como problemas. Uma premissa distinta sugere que as disputas podem ser consideradas não como problemas, mas sim como oportunidades de crescimento e de transformação moral. Este conceito diferente é a orientação transformadora do conflito.

Nesta orientação, um conflito é antes de tudo uma oportunidade de crescimento em duas dimensões essenciais e indissociáveis da moralidade humana. A primeira dimensão implica no fortalecimento do “eu”. É obtida mediante a compreensão e o fortalecimento da capacidade humana intrínseca para afrontar dificuldades de todas as espécies engajando-se nos processos de reflexão, decisão e ação por atos conscientes e intencionais. A segunda dimensão importa em superar os limites do “eu” para alcançar o relacionamento com os “outros”. É obtida compreendendo e fortalecendo a capacidade humana inerente ao indivíduo para sentir e expressar interesse e empatia pelos outros, especialmente por aqueles cuja situação é “distinta” daquela que se tem. Pensadores morais como Carol Gillingan (1992-1998), entre outros, sugerem que o desenvolvimento ético pleno implica em uma integração da autonomia individual e a preocupação com os outros, da força e da compaixão. Em consequência, reunir estas duas qualidades inatas é a essência da maturidade moral humana. Sob o enfoque transformador, os conflitos surgem como oportunidade de desenvolvimento e de exercício das duas qualidades e, portanto, avança para um crescimento moral pleno.

Um conflito representa um desafio a cada uma das partes, uma adversidade que deve ser resolvida. Este desafio dá às partes a oportunidade de refletir sobre suas próprias necessidades e valores, de reconhecer os elementos que produzem insatisfação e aqueles que proporcionam satisfação. Também lhes oferece a oportunidade de descobrir e reforçar seus recursos para gerenciar sentimentos básicos e também as questões relacionais. Em resumo, o conflito concede a abertura para o desenvolvimento e para o exercício, tanto da determinação, como da confiança nas próprias forças. Ademais,

o conflito surge para cada parte sob um ponto de vista contrário. Esta oposição permite a cada parte conhecer a perspectiva alheia. Dá ao indivíduo a chance de sentir e expressar certo grau de compreensão e de preocupação com semelhante, apesar das suas diferenças. Portanto, o conflito oferece às pessoas a oportunidade de desenvolver e demonstrar respeito e consideração mútuos. Em suma, o conflito oferece oportunidades valiosas em ambas as dimensões do crescimento moral, talvez em maior grau do que na maioria das outras experiências humanas. Esta pode ser a razão pela qual os chineses utilizam caracteres idênticos para expressar os conceitos de crise e oportunidade."[16]

---

[16] BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. Op.cit. p. 129 a 131 - "Para organizar un enfoque distinto de la mediación, debemos comenzar con la base subyacente en la cual descansa la práctica, y reexaminar nuestros conceptos acerca de lo que es el conflicto y de lo que deberia ser la respuesta ideal al mismo. La reelaboración de la orientación basada en la resolución de problemas comienza por cuestionar en primer lugar la premisa de que es necesario considerar los conflictos como problemas. Una premisa distinta sugeriria que las disputas pueden ser consideradas *no* como problemas, sino corno oportunidades de crecimiento y transformación moral. Este concepto diferente es la *orientación transformadora* del conflicto.

En esta orientación, un conflicto es primero y principalmente una ocasión de crecimiento en dos dimensiones críticas e interrelacionadas de la moral humana. La primera dimensión implica el fortalecimiento del yo. Se la obtiene mediante la comprensión y el fortalecimiento de la capacidad humana intrínseca de cada uno para afrontar las dificultades de toda clase comprometiéndose en la reflexión, la decisión y la acción como actos conscientes e intencional es. La segunda dimensión implica superar los límites del yo para relacionarse con otros. Se lo consigue comprendiendo y fortaleciendo la capacidad humana inherente del individuo para experimentar y expresar interés y consideración por otros, y especialmente por aquellos cuya situación es "distinta" de la que uno mismo tiene. Los pensadores morales como Carol Gilligan (1982-1988), entre otros, sugieren que el desarrollo ético pleno implica una *integración* de la autonomía individual y la preocupación por otros, de la fuerza y la compasión. Por consiguiente, *reunir* estas dos cualidades inherentes es la esencia de la madurez moral humana. En el enfoque transformador, los conflictos aparecen como oportunidades de desarrollar y ejercer ambas cualidades, y por lo tanto avanzar hacia un desarrollo moral pleno.

Un conflicto enfrenta a cada parte con un desafío, una dificultad o una adversidad que debe ser resuelta. Este desafio propone a las partes la oportunidad de aclarar sus propias necesidades y sus valores, los elementos que les provocan insatisfacción y los que les aportan satisfacción. También les ofrece la oportunidad de descubrir y reforzar sus recursos para manejar estos sentimientos fundamentales así como los asuntos relacionales. En resumen, el conflicto suministra a la gente la oportunidad de desarrollar y ejercitar tanto la autodeterminación como la confianza en las propias fuerzas. Más aún, la aparición del conflicto enfrenta a cada parte con un otro situado de diferente modo, que sostiene un punto de vista opuesto. Este encuentro propone a cada parte la oportunidad de reconocer las perspectivas ajenas. Concede al individuo la oportunidad de sentir y expresar cierto grado de comprensión y preocupación por un semejante, a pesar de la diversidad y la discrepancia. Por lo tanto, el conflicto proporciona a la gente la ocasión de desarrollar y demostrar respeto y consideración mutuos. En resumen, el conflicto contiene valiosas oportunidades en ambas dimensiones del crecimiento moral, quizás en grado más alto que en la mayoria de las restantes experiencias humanas. Esta puede ser la razón por la cual es tradicional que los chinos utilicen caracteres idénticos para expresar los conceptos de crisis y oportunidad."

A perspectiva ousada proposta pelos autores – de transformação social através do adequado tratamento dos conflitos – não é o foco deste trabalho, embora seja necessário reconhecer que efeitos transformadores podem eventualmente ocorrer em um ambiente de conflito. A adoção de uma perspectiva transformadora, apesar de ser declaradamente a predileção dos autores, não é um objetivo a ser perseguido como finalidade última da mediação ou de outros meios de administração de conflitos. É o conhecimento desta possibilidade que traduz, em certa medida, o interesse no desenvolvimento de meios de administração de conflitos, em que a participação ativa das partes justifica sua adoção no espaço onde seja possível a sua instauração em vez dos meios adjudicatórios tradicionais.

2. MEIOS DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS

2.1. Antecedentes

A evolução histórica das relações sociais mostra que as questões divergentes entre os indivíduos eram primariamente resolvidas pela força bruta[17]. Durante este período de soluções pautadas pela força, estava presente também a possibilidade de os envolvidos no conflito promoverem o exercício de concessões recíprocas, pelas quais cada um se despojaria de parcela[18] de seus interesses, acederia[19] à pretensão que lhe era dirigida ou não demonstraria interesse em opor-se à pretensão[20]. Tais soluções, denominadas *autocomposição*, têm por característica comum o fato de representarem soluções parciais, pois traduzem a realização da atuação voluntária ou vontade das partes ou de uma delas. Parte deste sistema primitivo perdura residualmente na atualidade. Apenas com a evolução dos grupamentos sociais é que os conflitos começaram a receber tratamento diverso. Os atores sociais, observando os meios que lhes estavam disponíveis para a realização de seus anseios perante a resistência encontrada, passaram a preferir a interferência de um elemento estranho à atmosfera da contenda, um terceiro imparcial, um árbitro que estivesse investido de alguma forma de poder ou que possuísse ascendência moral sobre os atores, para dirimir a controvérsia.

A evolução do processo, enquanto meio de resolução de conflitos, começou, segundo Humberto Theodoro Júnior[21], a ganhar contornos científicos a partir do mundo clássico greco-romano, desvinculando-se de preconceitos religiosos e superstições. Era um processo em que predominava a oralidade, já se conhecia a produção de provas testemunhais e documentais e ao julgador se conferia o princípio da livre apreciação das provas, sendo enfatizado pelo autor que o sistema de prova testemunhal grego era largamente superior ao vigente na Europa durante a Idade Média. O processo romano, que foi muito influenciado pelo grego, tratava - em sua fase primitiva - o juiz como um árbitro "que decidia com critério pessoal, em tudo o que a lei não previa solução específica."[22] O

---

[17] A *autotutela* era o modo pelo qual o próprio indivíduo satisfazia a sua pretensão. Estava marcada pela ausência de um órgão capaz de dizer o Direito e pela imposição da vontade de uma das partes por sobre o interesse da parte adversa.
[18] Caracterizando *transação* (concessões recíprocas).
[19] Caracterizando *submissão*.
[20] Caracterizando a *renúncia* à pretensão.
[21] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense. 2009. v.1. p. 8.
[22] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 9

processo romano vivenciou três fases; (1) fase primitiva, marcada pela solenidade, em que o procedimento era desenvolvido de forma escalonada, primeiro perante o que concedia a ação da lei[23] e fixava o objeto do litígio e depois perante árbitros escolhidos que realizavam a colheita das provas e prolatavam sua decisão; (2) fase formulário, em que o juiz estava autorizado a compor fórmulas de ações para tornar possível a solução de qualquer lide que lhe fosse apresentada; (3) fase da *cognitio extraordinaria*,quando a atividade de julgar foi atribuída apenas a funcionários públicos, não havendo mais a participação de cidadãos como árbitros. O procedimento passou a ser escrito e contava com o pedido do autor, a defesa do réu, uma fase probatória, a prolação de decisão e uma fase executória. Era possível, inclusive, a apresentação de recursos contra a decisão prolatada. A *cognitio extraordinaria* é apontada pelo autor como sendo a fase em que surgiram as sementes do processo civil moderno.

Os sistemas de administração de conflitos e de distribuição da justiça foram bastante desenvolvidos na China; existem registros da influência do pensamento de Confúcio[24] sobre as instituições jurídicas da China feudal a partir da dinastia Han (206 a.C.).

Para Confúcio, os homens deveriam procurar resgatar valores antigos de moralidade que estavam perdidos. Sua doutrina não aceitava papéis sociais pré-definidos, mas estimulava o cumprimento por cada indivíduo dos seus deveres sociais com retidão. Confúcio acreditava ser a educação o meio capaz de desenvolvimento da natureza humana. Sua doutrina estava baseada nos princípios do altruísmo, cortesia, sabedoria, integridade, fidelidade e justiça, valores estes que Confúcio considerava ausentes ou decadentes na sociedade.

Ainda conforme Confúcio, os conflitos deveriam ser administrados pelas próprias partes, evitando a disputa judicial. Os analectos[25] de Confúcio são divididos em 20 (para alguns em 22) livros, onde seu pensamento básico pode ser encontrado. No livro XII, Confúcio, ao tratar da resolução de conflitos, afirma:

---

[23] *"Legis actiones"*. O sistema de ações da lei se caracteriza por uma estrita correlação com as palavras da lei. O postulante estava sujeito a um procedimento formal ao extremo, em que não podia se desviar do ritual para expor suas pretensões à sua maneira, mas deveria utilizar os termos definidos pela lei.

[24] O nome original é Kung-Fu-Tse. A versão romanizada do nome é atribuída ao jesuíta italiano Matteo Ricci, que introduziu o confucionismo na Europa.

[25] A bibliografia de Confúcio é composta de 3 livros: Os Analectos (Lun Yu), o Grande Ensinamento (Dà Xué) e a Doutrina do Meio (Zhong Yong), sendo que os dois últimos são atribuídos a discípulos.

> "Ao julgar uma disputa judicial, sou igual a qualquer outro homem. Mas, se vocês insistem em uma diferença, é, talvez, que, em primeiro lugar, tento convencer as partes a não recorrer ao litígio."[26]

Segundo Wei Dan[27], a mediação chinesa seguia uma filosofia social e moral específica. Existem registros dos postos oficiais de mediador (Tiao Rien) e de um oficial administrativo de baixo nível (Xu Li), para administrar conflitos de pequenas causas através da conciliação e da mediação, já na dinastia Zhou de Oeste, cerca de três mil anos atrás.

A partir da unificação da China na dinastia Qin, por Shi Huangdi o primeiro imperador, a mediação passou a ser institucionalizada com a criação de organizações para a solução de disputas populares não contenciosas. Posteriormente, na dinastia Tang (618-917 d.C), a mediação passou a ser um passo antecedente à ação judicial, servindo como uma condição de procedibilidade, já que as partes apenas poderiam ingressar com a ação judicial após o fracasso da mediação.

De acordo com o autor acima referido, foi na dinastia Ming (1368-1644 d.C.) que a mediação foi transformada oficialmente em um instituto jurídico através da Lei de Grande Ming. Em cada aldeia havia um "Pavilhão de Expressar Opiniões", onde os anciões e oficiais administrativos (que não se distinguiam dos órgãos judiciais) ouviam as partes e procuravam soluções.

Na dinastia Manchu, a última feudal, os oficiais administrativos presentes em cada unidade administrativa mediavam conflitos populares. A mediação na dinastia Manchu ocorria em três etapas:

> "A primeira procurava voluntariamente um acordo entre as partes antes do contencioso. Tradicionalmente, as partes preferiam resolver conflitos com a ajuda do chefe de seu clã ou do chefe a sua aldeia. Na segunda etapa, após terem recebido dossiês e conhecido

---

[26] Verso 13 do Capítulo 12 dos Analectos de Confúcio. (Lun Yu). É possível obter o texto integral na versão original e traduzida para diversos idiomas no site http://www.confucius.org. Outra edição recomendada é SOOTHILL, William Edward (1861-1935), tr. Confucius: *The Analects*. Edinburgh: Oliphant, Anderson & Ferrier, 1910; rpt., Mineola, N.Y.: Dover Publications, 1995.

[27] DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos:* novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 341-343.

> a petição inicial, os funcionários locais devolviam o caso aos chefes da aldeia para que eles presidissem à mediação. Este processo era utilizado para pequenas disputas ou ofensas entre parentes e vizinhos. Na terceira etapa da mediação, os funcionários governamentais mediavam pessoalmente as partes. Ao longo de três mil anos de desenvolvimento, a mediação complementava eficazmente o sistema judicial e era favorável à continuidade de clãs. Assim sendo, foram formadas gradualmente diversas modalidades de mediação na sociedade tradicional chinesa: a mediação oficial e a mediação não-oficial por vizinhos e amigos, por clãs e tribos ou por chefes de aldeias."

Saindo da concepção medieval de justiça e de processo, podemos ressaltar o fortalecimento dos grupos sociais e o surgimento do Estado moderno. Os sistemas de resolução de conflitos passaram a ser uma atribuição de órgãos especializados para a realização desta atividade. Assim, o Estado, que se fortalecia, atraiu para si a incumbência de distribuir a justiça – assumindo um monopólio – e para tanto passou a estabelecer regras, criar qualificações, fornecer meios para impor sua atuação sobre a vontade individual e garantir a efetividade de suas decisões. Para Max Weber[28], a formação de um sistema legal representa uma forma de dominação e de organização social. A dominação legal tem por característica a aplicação de um sistema de regras – seja judicial ou administrativamente – pré-estabelecidas e verificáveis, que são válidas para todos os membros do grupamento social. “As pessoas sujeitas às ordens são *iguais perante a lei* e obedecem à lei e não às pessoas que a implementam”.

A jurisdição manteve este monopólio de distribuição da justiça e o poder de dizer o Direito; mas não foi capaz de promover a satisfação daqueles que estavam postulando suas pretensões. Os críticos do sistema adjudicatório vêm colocando – há muito – em cheque a efetividade do sistema. Maria Tereza Sadek[29] afirma que “As cortes de justiça foram criadas no período colonial e, desde aquela época, vozes se levantam para apontar sua ineficiência e sua incapacidade de distribuir a Justiça”.

---

[28] BENDIX, Reinhard. *Max Weber:* um perfil intelectual. Brasília. UnB: 1986. p. 234.
[29] SADEK, Maria Tereza. *Judiciário:* mudanças e reformas. Estudos Avançados USP, n. 51; p. 79-101.

Para os destinatários do Poder Judiciário, o índice de reprovação jurisdicional é alto. A autora menciona que em pesquisa realizada por institutos especializados, 70% dos entrevistados revelaram que não confiam na Justiça; entre empresários, a avaliação é ainda pior, 89% dos entrevistados consideram a agilidade do Judiciário "ruim" ou "péssima". A ineficiência do sistema, no entanto, possui um aspecto reverso, em que governo, instituições e empresários buscam a morosidade do sistema para patrocinar subalternos interesses, principalmente na área trabalhista.

A crise do Judiciário é tema de artigo publicado na Revista do Ministério Público[30] e apresenta grande similaridade com o temário introduzido por Maria Tereza Sadek. A convergência representa não a repetição imotivada de conclusões, mas a plausibilidade nas análises realizadas.

O Poder Judiciário, segundo Faria, é o mais anacrônico dos poderes da República. É retratado como moroso e ineficiente pelos populares, como perdulário pelo Executivo e como exorbitante em suas funções pelo Legislativo. A falta de confiabilidade nas decisões judiciais, assim como sua lentidão, apresenta reflexos econômicos, uma vez que esses fatores influenciam negativamente as empresas que repassam o custo na forma de risco da atividade. Em recente estudo realizado pelo Ministério da Justiça[31], afirma-se que o acesso à justiça é direito fundamental do homem e a forma para se garantir a diminuição da pobreza por meio da equidade econômica e social e o desenvolvimento da democracia.

Compreende-se na atualidade que o Estado moderno exerce seu poder para a solução dos conflitos ocorridos entre os membros do grupamento social, ou ainda destes para com o próprio Estado. O Estado exerce a função pacificadora dos conflitos que lhe são apresentados por meio da jurisdição. É para obter a pacificação com justiça que o Estado instituiu o sistema processual. A pacificação desejada, contudo, não tem logrado o êxito esperado. O processo, com sua natureza intrinsecamente formal – permeada de ritos, pedidos, contraditórios e recursos –, demanda a cada dia mais tempo para a sua finalização. A manutenção das partes por longo tempo em situação de indefinição jurídica acerca de seus pleitos constitui fator de angústia e infelicidade pessoal, quando o ideal seria a pronta

---

[30] FARIA, José Eduardo. *A crise do Judiciário no Brasil:* algumas notas para discussão. Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 89; em separata. 2002.

[31] BRASIL. Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos.* Caderno avulso. Brasília: Secretaria Especial de Reforma do Judiciário, 2005.

solução dos conflitos. Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco[32], "(...) insatisfação é sempre um fator antissocial, independentemente de a pessoa ter ou não direito ao bem pretendido" e prosseguem afirmando que "a indefinição de situações das pessoas perante outras, perante bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre um motivo de angústia e tensão individual e social".

O modo como a prestação jurisdicional é realizada, por sua própria natureza, impede que os atores envolvidos obtenham satisfação. Trata-se de decisões pautadas pela aplicação da regra de soma-zero. Para o processo jurisdicional, uma parte necessariamente tem que perder para que a outra possa ganhar. Nessa ótica, torna-se fácil perceber que o modelo adjudicatório apenas põe fim ao processo, sem, no entanto, ocupar-se da reconstrução da relação intersubjetiva dos envolvidos; por este motivo, muitas vezes sequer consegue dar conta de arrefecer o conflito.

O temário conhecido por Crise do Judiciário, e delineado anteriormente, não é objetivo do presente trabalho,mas é mencionado para ressaltar que a ótica adotada em relação aos meios alternativos de administração de conflitos, em particular a mediação, não está apresentada como uma maneira de conferir solução aos problemas vividos pelo Judiciário, nem deve representar meio hábil a diminuir a demanda de ações interpostas servindo de óbice ao livre ingresso ao Judiciário. Esse equívoco já teve o precedente na exigência presente nas Comissões de Conciliação Prévias, instituídas pela Lei nº 9958/2000, regulamentadas pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 329/2002, posteriormente modificada pela Portaria nº 230/2004, que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI 2139 e 2160[33].

O desenvolvimento de sistemas alternativos de resolução de conflitos é uma recomendação das Nações Unidas[34], ao afirmar em seu artigo 3º que "O desenvolvimento pleno de uma Cultura de Paz está integralmente vinculado à possibilidade de que todas as pessoas, em todos os níveis, desenvolvam aptidões para o diálogo, negociação, formação

---

[32] GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26

[33] O STF por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV), por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D (redação da Lei 9.958/2000) — que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia — a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão (ADI 2.139 MC/DF, Rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – J em 13/05/2009. ADI 2.160 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – J. em 13/05/2009).

[34] Declaração e programa de Ação sobre uma cultura de Paz – A/RES/53/243 – 6 de outubro de 1999.

de consenso e solução pacífica de controvérsias”[35]. Estes sistemas representam a criação de procedimentos alternativos ao processo judicial tradicional. Por administração alternativa de conflitos entendem-se as iniciativas pautadas por um modelo de mediação de conflitos por via negociada, restaurativa ou de compensação, em contraposição aos modelos adjudicatório e retributivo da justiça comum.

A iniciativa da Organização das Nações Unidas em estabelecer um programa de difusão da Cultura da Paz – movimento iniciado em 1997 quando a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o ano de 2000 como o "Ano Internacional da Cultura da Paz" e a respectiva década como a "Década Internacional por uma Cultura de Paz e Não-violência", com o objetivo de realizar uma transição da cultura bélica para uma cultura de paz e solidariedade – reconhece a existência do conflito enquanto fenômeno, expressando o entendimento de que a paz não é significativamente representada pela ausência de conflito, "(...) mas que requer um processo positivo, dinâmico e participativo em que se promova o diálogo e se solucionem os conflitos dentro de um espírito de entendimento e cooperação mútuos."[36] É interessante notar que a concepção de paz propagada pela ONU não recebeu um apelo de negação da existência do conflito, mas, de estímulo ao desenvolvimento de novas formas de administrá-los. Em pleno acordo com o afirmado, Jazzar[37], esclarece que o conceito em questão encontra total ressonância com a teoria sociológica do conflito proposta por Ralf Dahrendorf[38] em que os “antagonismos que sistematicamente vão surgindo nas estruturas sociais não se deixam resolver teoricamente no sentido de uma supressão definitiva”. Daí a necessidade da implantação de meios capazes de direcionar a sociedade para a criação de instrumentos que possam prover a administração dos conflitos e das estruturas sociais.

A implantação de meios alternativos de resolução de conflitos se revela uma tendência mundial e importa na adoção de um novo caminho na via de acesso à justiça e não a procura por uma forma de substituição do sistema judicial vigente.

A expressão “meios alternativos de resolução de conflitos” é utilizada para designar um gênero, uma classe de procedimentos, que, não obstante a sua finalidade comum, são

---

[35] A/RES/53/243 – 6 de outubro de 1999, Artigo 3º, alínea “d”.
[36] Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. Resolução nº 53/243, de 13 de Setembro de 1999.
[37] JAZZAR, Inês Sleiman Molina. *Mediação e conflitos coletivos de trabalho*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008. p. 57
[38] DAHRENDORF, Ralf. Elementos para uma teoria do conflito social. In: *Sociedade e liberdade*. Brasília: Ed. da UnB, 1981. p. 141.

intrinsecamente diferentes. Tais meios compreendem a conciliação, a arbitragem e a mediação.

2.2. Meios adjudicatórios de administração de conflitos

Antes de ingressar no estudo dos meios de administração de conflitos em espécie, cabe justificar a sua classificação em *meios adjudicatórios de administração de conflitos*, e meios *não adjudicatórios de administração de conflitos*. O presente estudo utiliza a expressão adjudicar no sentido de *atribuição*, de *transferência*. É o ato de atribuir a alguém determinado objeto sobre o qual recai um problema alocativo. Assim, entendemos que os meios adjudicatórios de administração de conflitos são aqueles caracterizados pela produção de uma decisão através de um terceiro, que atribui o objeto do conflito para uma das partes. Em oposição, os meios não adjudicatórios de administração de conflitos são caracterizados por uma decisão protagonizada pelas partes em um ambiente não de antagonismo, mas de cooperação.

2.2.1. Jurisdição

A jurisdição, ou o ato de dizer o direito, é um atributo do Estado, que, com vistas à pacificação social, faz atuar a vontade da lei expressa na ordem jurídica através de um poder formalmente constituído com esta finalidade. O Poder Judiciário por meio de um conjunto de regras pré-estabelecidas e ritos solenes, garante às partes os meios de postulação de suas pretensões para posteriormente receberem a chancela do Estado-Juiz acerca da pretensão invocada.

O litígio perturba a paz social e a ordem jurídica, que para serem restauradas necessitam da intervenção do Estado, o qual tem dentre as suas atribuições a incumbência de solucionar a lide. Para Carnelutti[39], lide é o nome que se dá ao conflito atual de interesses. O autor ressalta, todavia, que o termo não é portador de uma precisão científica, pois é usado com mais de uma acepção, tanto para denotar o conflito de interesses sobre o qual opera o processo, como para denominar o processo em si. O autor, ao discorrer sobre a finalidade do processo contencioso, afirma que:"a finalidade do processo contencioso é tipicamente repressiva: fazer com que cesse a contenda, o que não quer dizer fazer cessar o

[39] CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. p. 27. *"La finalidad del proceso contencioso es típicamente represiva: hacer que cese la contienda, lo cual no quiere decir hacer que cese el conflicto, que es inmanente, sino componerlo mediante el derecho(...)"*

conflito, que é imanente, mas compô-lo através do direito (...)". Para Moacyr Amaral Santos[40], ocorre o conflito quando "duas ou mais pessoas têm interesse pelo mesmo bem, que a uma só possa satisfazer, dar-se-á um conflito intersubjetivo de interesses ou simplesmente um conflito de interesses."

Existe uma distinção importante a ser realizada sobre a atividade da jurisdição que encerra o conflito que lhe é destinado e a procura pela real pacificação social. A jurisdição, de fato, tem o poder de por fim ao conflito através de uma sentença que entrega ao vencedor o objeto da demanda. Porém, a pacificação social compreende mais do que apenas estabelecer quem está "certo" e quem está "errado" em determinada situação; as partes estão em busca não apenas de uma pacificação formal, mas da consecução de seus reais interesses. Nesse sentido, a ênfase ofertada por Inês Sleiman Molina Jazzar[41] sobre este ponto revela que: "Busca-se, além da pacificação jurídica, a pacificação social e, portanto, independente do processo e do procedimento desenvolvidos para a resolução dos conflitos no âmbito jurisdicional, também cabe ao Judiciário incentivar técnicas que mais aproximem o cidadão da verdadeira Justiça."

2.2.2. Arbitragem

A arbitragem, regulada pela Lei nº 9307/96, é definida por Carlos Alberto Carmona[42] como "uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial".

De acordo com o conceito, ela está caracterizada pela presença de um terceiro dotado de poderes de instrução e de decisão, que colhe elementos do conflito apresentado e firma convicção através de uma decisão que será imposta às partes, com evidentes semelhanças de uma decisão judiciária. Esta decisão possui eficácia independente de homologação judicial e não poderá ser objeto de recurso no Poder Judiciário.

---

[40] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva. 1985. p. 4.
[41] JAZZAR, Inês Sleiman Molina. Op. cit. p. 56.
[42] CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993, p. 19.

As partes envolvidas em um conflito podem optar – por meio de um termo de compromisso arbitral[43] – pela via arbitral, quando o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, aqueles direitos que permitem a transação.

2.3. Os meios não adjudicatórios de administração de conflitos

2.3.1. Negociação

A negociação é um meio auto-compositivo de administração de conflitos, em que as partes, sem a intervenção de terceiros, ou auxiliadas por um facilitador, buscam a formulação de um acordo. Para Maria Inês Corrêa Cerqueira César Targa[44] a "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 desenvolvem com o objetivo de construir um acordo."

Para Inês Sleiman Molina Jazzar a negociação é a "forma mais antiga de resolução de disputas"[45] e pode ser desenvolvida por intermédio do entendimento produzido diretamente pelas partes ou com a ajuda de um facilitador de cada lado, com o objetivo de construir um acordo.

Os estudos sobre a negociação começaram na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard através da obra do professor Howard Raiffa, chamada "The Art and Science of Negotiation", que promoveu seu estudo sob a luz dos conceitos da psicologia, da economia, da estatística e também da teoria dos jogos. O interesse nas técnicas de negociação veio posteriormente a justificar a criação de um núcleo de pesquisas sobre a matéria. As técnicas de negociação foram amplamente divulgadas por meio da obra de William Ury e Robert Patton, "Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões"[46], em que o procedimento da negociação é apresentado de forma sistemática e dividido em duas grandes correntes que enfocam a negociação sob

---

[43] O Termo de Compromisso Arbitral é utilizado em situações em que as partes optam, posteriormente à instauração do conflito, pela arbitragem, e não no momento da celebração da avença, quando tal opção seria realizada através de Cláusula Compromissória.
[44] TARGA, Maria Inês Corrêa Cerqueira César. *Mediação em Juízo.* São Paulo, LTr, 2004, p. 113
[45] JAZZAR, Inês Sleiman Molina. Op. cit. p. 98
[46] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim:* negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1994.

perspectivas de aproximação diferenciadas, o que produz significativas alterações em sua estrutura. Trata-se da negociação distributiva (também chamada de posicional) e da negociação integrativa.

2.3.1.1. Negociação distributiva

A negociação distributiva ou posicional tem por característica a atividade das partes na defesa de seus interesses, garantindo maior ganho em relação à contraparte pela manutenção de sua posição, com o objetivo de ceder minimamente ao outro e procurando manter a formulação do acordo o mais próximo possível da sua percepção de ideal, ou seja, a maior vantagem. Esta forma de negociação não prioriza a cooperação entre as partes e nem se mostra sensível à co-construção de uma solução. A orientação desta modalidade de negociação reflete a ótica de um jogo de soma-zero, o que inviabiliza uma ampla satisfação das partes,não sendo este modelo adequado para a administração de conflitos que envolvam relações continuadas.

Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton[47] exemplificam a negociação distributiva estabelecendo parâmetros sobre a forma de engajamento das partes no procedimento e fazendo uma comparação entre uma abordagem "agressiva" em contraposição a uma abordagem "branda". Em uma abordagem branda: (1) as partes são amigas; (2) o objetivo é alcançar um acordo; (3) as partes fazem concessões com o objetivo de manter o relacionamento; (4) o tratamento é brando com as pessoas e com o problema; (5) existe confiança mútua; (6) as partes mudam de posição facilmente; (7) as partes fazem ofertas; (8) revelam interesses; (9) aceitam perdas para alcançar o acordo; (10) procuram por uma proposta que irão aceitar; (11) insistem no acordo; (12) tentam evitar uma disputa de posições e (13) cedem à pressão. Por outro lado em uma abordagem agressiva: (1) as partes são adversários; (2) o objetivo é a vitória; (3) exigem concessões como condição para a manutenção da relação; (4) o tratamento é agressivo com as pessoas e com os problemas; (5) não existe confiança mútua; (6) firmam-se em suas posições; (7) fazem ameaças; (8) induzem a parte em erro no tocante aos seus interesses; (9) exigem vantagem para a realização de acordo; (10) procuram pela proposta que a parte contrária irá aceitar; (11) insistem em sua própria posição; (12) tentam vencer as disputas de posição; (13) fazem pressão.

---

[47] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Op. cit. p. 9

Os autores revelam que não existe a necessidade de se adotar uma ou outra das posturas descritas e propõem uma mudança de jogo. É quando se observam as vantagens da negociação integrativa.

2.3.1.2. Negociação Integrativa

A negociação integrativa tem o seu desenvolvimento pautado pela cooperação das partes, que procuram atender mais do que meramente suas posições e avançam sobre o terreno dos reais interesses. As partes, nesta modalidade de negociação, não são consideradas necessariamente oponentes. A intervenção administradora do conflito procura por uma hipótese que atenda aos interesses das partes e isto ocorre distante da proposição da regra de soma-zero. Os participantes percebem uma mudança de enfoque e são afastados da conduta adversarial para firmar-se sob um ideal de cooperação, em que o problema é comum e o trabalho de resolução é mútuo.

A proposição de uma solução "mutuamente satisfatória" é percebida pelos estudiosos de Harvard como sendo benéfica e tem por base a formulação do conceito de negociação baseada em princípios, estabelecida em sentido diametralmente oposto àquela negociação pautada pela barganha por posições. Segundo os autores, "o método da negociação baseada em princípios, desenvolvido no Projeto de Negociação de Harvard, consiste em decidir questões a partir de seus méritos, e não através de um processo de regateio centrado no que cada lado se diz disposto a fazer e a não fazer. Ele sugere que você procure benefícios mútuos sempre que possível e que, quando seus interesses entrarem em conflito, você insista em que o resultado se baseie em padrões justos, independentes da vontade de qualquer dos lados. O método da negociação baseada em princípios é rigoroso quanto aos méritos e brando com as pessoas".[48]

Nesse sentido, a negociação sob esta perspectiva está próxima da mediação, por manter em foco a relação intersubjetiva das partes. Para isso, a negociação procura atender aos seguintes fins: (1) a separação entre o conflito e os sujeitos; (2) a procura pelo atendimento dos interesses reais das partes e não apenas das posições por eles adotadas; (3) a investigação de soluções alternativas capazes de propiciar o atendimento das necessidades dos envolvidos antes que se faça uma opção; e (4) obtido o consenso com a

[48] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Op. cit., p. 16.

adoção da melhor alternativa, a formalização instrumental criteriosa da avença para que nela se reflita o justo.[49]

A negociação integrativa, pelo seu enfoque cooperativo, é um sistema ideal para as relações continuadas, uma vez que preserva a relação ao estabelecer uma medida de ganho para cada uma das partes (regra de ganha-ganha da teoria dos jogos).

A negociação tem como problema central a identificação entre as posições e os interesses das partes. Enquanto as posições representam o objetivo declarado que a parte almeja atingir, os interesses representam o conteúdo subjacente constituído de desejos, necessidades e valores reconhecidos em alguma medida, ou até mesmo inconscientes, e que deverão ser atendidos para que a negociação obtenha êxito. Oportuno mencionar a interessante ilustração de Juan Carlos Vezzulla ao afirmar que "nenhum conflito é como se apresenta na superfície. Como um iceberg, a parte oculta é muito maior que a visível"[50]. A analogia permite a exata compreensão da distinção conceitual entre "posição" *versus* "interesse". A atenção aos interesses torna essa modalidade de negociação menos suscetível à formação de novos conflitos em razão de uma litigiosidade remanescente, comum nos meios adjudicatórios.

2.4. Conciliação

A conciliação é uma prática sobre a qual já falava a Constituição Imperial Brasileira, ao exigir que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para o julgamento da causa[51].

A legislação evoluiu no sentido de torná-la cotidiana, tanto no âmbito forense – a exemplo do disposto nos artigos 846[52] e 850[53] da Consolidação das Leis Trabalhistas, no artigo 125[54], IV, no Capítulo VII - "Da Audiência", Seção II - "Da Conciliação", artigos

---

[49] Ibidem. p. 29

[50] VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: IMAB, 1998. p. 31-33.

[51] Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. – Constituição Politica do Império do Brazil de 25 de Março de 1824.

[52] Art. 846 – Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação. – DECRETO-LEI N.º 5.452, de 1º de Maio de 1943 – Redação dada pela Lei nº 9.022, de 5.4.1995.

[53] 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. – DECRETO-LEI N.º 5.452, de 1º de Maio de 1943

[54] Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. – Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

447[55] e 448[56] do Código de Processo Civil além dos artigos 21 a 26[57] da Lei nº 9099/95 –, como também na esfera extraprocessual prevista na Constituição Federal de 1988 no artigo 98, II[58].

A conciliação pode ser conceituada como uma livre transação formulada perante terceiro que, ante o insucesso das tratativas das partes, terá atribuições de competência decisória.

No conceito apresentado no sítio do Conselho Nacional de Justiça:[59]

> "Conciliação é um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações".

---

[55] Art. 447 – Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.
Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação. – LEI Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.

[56] Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. – LEI Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.

[57] Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.
Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.
Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.
Art. 23. Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.
Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.
§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.
§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.
Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.
Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

[58] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

[59] http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7932&Itemid=973

Importante ressaltar que os conceitos apresentam diferenças. O conceito doutrinário tradicional expõe a conciliação sendo levada a efeito por um terceiro, que diante do insucesso na formulação de um acordo decidirá a questão posta sob sua apreciação. O terceiro, nesta formulação, tem poder decisório e está cumprindo o dever legal de estimular as partes antes do exercício do poder jurisdicional. O conceito expresso pelo CNJ é mais amplo, apresentando como interposta pessoa alguém que não esteja investido de poder estatal. Nesta formulação, o terceiro é uma *pessoa da sociedade* que atua orientando as partes na busca de uma *aproximação de interesses*; é um facilitador para a formulação de um acordo. A perspectiva do desenvolvimento da conciliação está diretamente relacionada ao viés[60] institucional da diminuição do estoque de processos em andamento, buscando, por meio deste instrumento, prover a celeridade na solução dos interesses dos destinatários da justiça, muito embora seja possível encontrar no discurso institucional do Poder Judiciário a afirmação contrária. É interessante ressaltar que a conciliação recebe atualmente grande importância no cenário jurídico. Existe crescente interesse no aproveitamento desta modalidade de administração de conflitos pelos tribunais, uma vez que a conciliação representa importante ferramenta no implemento da prestação jurisdicional. Os tribunais têm realizado esforços concentrados para atender ao maior número de processos através da semana nacional de conciliação; com as determinações exaradas pela Resolução nº 125 do CNJ, os tribunais estão se organizando para a prestação permanente do serviço. Segundo as informações disponíveis no sítio do CNJ[61], o Movimento "Conciliar é Legal" foi criado em agosto de 2006 e conta com a adesão de todo o Judiciário nacional. Ressalta Andréa Pachá que "durante uma semana, 56 Tribunais realizaram 306 mil audiências de conciliação em todo o país. Nessas audiências, 44,3% dos processos foram solucionados de forma definitiva, evitando o congestionamento do sistema e impedindo frustrações para as partes envolvidas". Os próprios Tribunais têm mantido no espaço institucional de seus sítios considerações acerca da conciliação e apresentação de alguns números a respeito. O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região[62] informa que o índice de acordos gira em torno de 45% e que, três vezes ao ano nos meses de maio, setembro e dezembro, o Tribunal realiza uma semana de esforço concentrado com o objetivo de celebrar possíveis acordos.

---

[60] Em referência direta à Semana Nacional de Conciliação.
[61] PACHÁ, Andréia. http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela conciliacao/a_sociedade_merece_um_bom_acordo_dra_andreapacha.pdf
[62] http://www.trt15.jus.br/institucional/historico/index.shtml

O Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região também apresenta considerações sobre a conciliação na seção institucional do seu sítio. O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos afirma que:

> "Há quem pense que a conciliação, bem como os demais métodos consensuais de solução de conflitos de que a Justiça se vale, não passa de válvula de escape para desafogar o tão sobrecarregado Poder Judiciário. Porém, longe de querer forçar acordos ou implicar renúncia de direitos, a conciliação qualificada em que acreditamos, e pela qual trabalhamos, tem aspirações bem diversas. Ela busca, antes de mais, a pacificação social, na medida em que auxilia as próprias partes envolvidas a encontrarem, por si só, uma solução satisfatória para seus conflitos de interesse, além de vir ao encontro do direito de acesso à Justiça, garantido pela Constituição Federal. Cabe ressaltar também que a menor formalidade observada nas audiências de tentativa de conciliação permite às partes trazerem à baila disputas subjacentes ao conflito manifesto, não explicitadas no processo formal, procedimento que pode contribuir significativamente para a resolução do referido litígio. Deste modo, a conciliação, a mediação e os demais métodos não adversariais de solução de disputas cumprem importante função social, trabalhando, não como opositores da prestação jurisdicional, mas como seus aliados."

Na esfera do Direito do Trabalho, a conciliação sempre esteve presente e o instituto goza de particular atenção pela justiça especializada. A legislação nacional tem expressado a sua preocupação com o desenvolvimento sadio das relações de trabalho e tem na conciliação uma forma de preservar a harmonia ente empregados e empregadores[63]. Amauri Mascaro Nascimento[64] esclarece que "a conciliação pode ser *extrajudicial* ou *judicial*[65]; aquela é prévia ao ingresso da ação no Judiciário, via de regra é colegiada por meio de um órgão com atribuições para este fim, que será sindical ou não; esta, a judicial,

---

[63] Ou na expressão do Decreto nº 1637 de 5 de Janeiro de 1907 com o objetivo de fomentar o "espírito de harmonia em patrões e empregados".

[64] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1167.

[65] Grifos no original.

perante um Tribunal, diverso daquele que julgará o caso ou perante o mesmo Tribunal, como o Tribunal de Conciliação, na *Alemanha*, diferente daquele que julga a questão". O desenvolvimento do instituto no Brasil teve recentemente nova regulamentação através da instituição na fase extraprocessual das Comissões de Conciliação Prévia, instituídas pela Lei nº 9958 de12 de Janeiro de 2000, regulamentada pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 329/2002, modificada pela Portaria nº 230/2004, que introduziu na Consolidação das Leis Trabalhistas os artigos 625-A a 625-H. As comissões foram instituídas com o claro objetivo de tentar diminuir o número de ações em curso perante a justiça do trabalho. A lei determinava que as empresas e os sindicatos poderiam instituir Comissões de Conciliação Prévia, composta por representantes dos empregados e dos empregadores. O artigo 625-D da CLT determinava que qualquer ação trabalhista deveria ser antes submetida às comissões se, na localidade da prestação de serviços, houvesse comissão instituída no sindicato da categoria ou na empresa. A CLT excepcionava desta obrigação a apresentação do reclamante de motivo relevante na petição inicial da ação, com base no parágrafo 3º do mencionado artigo 625-D do diploma Consolidado. As comissões foram posteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, através das Adin nº 2139 MC/DF e 2160 MC/DF[66], que afirmou a ofensa ao princípio do livre acesso ao judiciário.

2.5. Mediação

2.5.1. Conceito

O verbete mediação apresentado pelo dicionário[67] estabelece o seu significado diante de várias perspectivas, entre as quais, podemos destacar aquela adotada pelo Direito Internacional Público, em que mediação é o "processo pacífico pelo qual uma terceira potência visa propor uma solução a conflitos internacionais entre duas ou mais nações, reaproximando-as ou facilitando as suas negociações" ou, segundo a perspectiva do Direito Processual Civil:

> "a) Intervenção judicial em causas familiares ou em litígios atinentes a direitos patrimoniais privados; b) ato do conciliador em causas menores da competência de juízo especial, procurando obter

[66] Vide nota 33 p. 35.
[67] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3 p. 235.

um acordo entre as partes, pondo fim à demanda; c) conjunto de técnicas desenvolvidas por profissionais designados 'conciliadores', que buscam superar impasses ou manter negociações (Gevaerd); d) é a autocomposição entre as partes em que a solução é dada por estas, estimulando o mediador a criatividade dos envolvidos, sem fazer sugestões; não é adversarial. Pressupõe negociação e é aplicável a todos os conflitos, em especial aos objetivos (Luiz G. Martins da Silva); e) técnica de resolução de conflitos trabalhistas, familiares e comunitários, inclusive para a elaboração de acordos comerciais e industriais operativos e cooperativos para fusões, incorporações, compra e venda empresariais. É uma forma de negociação direita entre as partes em conflito em que terceira pessoa previamente treinada em técnicas de negociação, munida de conhecimentos multidisciplinares de psicologia e sociologia, é convidada não para decidir, mas para conduzir as partes a uma solução, facilitando o acordo; f) integra a *Alternative Dispute Resolution* (ADR), constituindo uma alternativa extrajudicial ou meio de solução de disputas, ou conflitos de interesses muito usual em países, como, por exemplo, nos Estados Unidos, especialmente em conflitos relativos a questões trabalhistas, à empreitada, ao direito imobiliário, ao seguro, à franquia, ao direito de família, à responsabilidade civil, ao contrato internacional etc. É uma técnica de manejo comportamental que busca manter a negociação das partes sob o controle de um conciliador, profissional neutro, capacitado para superar impasses; g) técnica não adversarial de solução de conflito, pela qual dois ou mais litigantes (pessoas físicas ou jurídicas) recorrem a um especialista neutro, para que, mediante a realização de reuniões conjuntas ou separadas, obtenham uma resolução consensual e satisfatória daquele litígio. Pode ser empregada no âmbito familiar (entre casais, pais e filhos), quando tratar-se de questões atinentes a guarda de filhos, partilha de bens ou quando referir-se a condomínio, locação, direitos autorais, reparação de danos moral e pessoal, dissídios coletivos e individuais de trabalho, controvérsias entre sócios, conflitos

> oriundos de contrato, *joint-ventures, leasing* etc. (Adolfo Braga Neto); h) composição particular da lide (Sálvio de Figueiredo Teixeira) por meio de mediador que auxilia os mediados na busca de uma solução."

As diversas definições apresentadas pela análise simples do significado do termo não permite a formação de uma ideia precisa sobre o que de fato é a mediação. Observamos nas variadas propostas de conceitos que existe uma multiplicidade de enfoques, definindo o instrumento sob o viés da sua utilização, e, ademais, é frequente nas definições a confusão com outros institutos, como por exemplo, a conciliação.

A afirmação anterior, de que o conceito expresso de mediação trazido pelo verbete é incapaz de oferecer uma representação precisa, nos informa que o instituto é de tormentosa definição. Diversos autores apresentam conceito para o instituto e eles revelam aspectos coincidentes embora enfatizem características diversas. Para Delgado[68], "mediação consiste na conduta pela qual determinado agente, considerado terceiro imparcial em face dos interesses contrapostos e das respectivas partes conflituosas, busca auxiliá-las e, até mesmo, instigá-las à composição, cujo teor será, porém, decidido pelas próprias partes."Para Martins[69] "a mediação ocorre quando um terceiro, chamado pelas partes, vem a solucionar o conflito, mediante proposta aos interessados. O mediador pode ser qualquer pessoa, como até mesmo um padre, não necessitando de conhecimentos jurídicos. O que interessa é que a pessoa venha a mediar o conflito, ouvindo as partes e fazendo propostas, para que chegue ao seu termo. As partes não estarão obrigadas a aceitar as propostas, mas poderá haver a composição mediante o acordo de vontades." Em seguida complementa afirmando que "o mediador não tem poder de coação ou de coerção sobre as partes tomando qualquer decisão ou medida; apenas serve de intermediário entre elas." Jazzar[70] apresenta seu conceito de mediação, mas antes informa que a palavra mediação provém do latim *mediatio,* que significa intervenção, intercessão, intermediação. Para ela, "mediação é um instrumento facilitador de autocomposição do conflito, com a participação de um terceiro, que é escolhido ou aceito pelas partes. Consiste num mecanismo de solução pelas próprias partes que utilizam o mediador como facilitador de um diálogo pacífico, auxiliando as partes no confronto de suas diferenças e de seus possíveis interesses comuns.

---

[68] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1455.
[69] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 757.
[70] JAZZAR, Inês Sleiman Molina. Op. cit. p. 82

No âmbito da resolução de conflitos, a mediação é preconizada em geral por uma abordagem multidisciplinar que reforça e permite preservar a relação jurídica dos envolvidos, restabelecendo a comunicação e ampliando a consciência dos atores em conflito." O conceito por ela trazido apresenta maior grau de especificidade do que os anteriormente mencionados, permitindo uma visão ampla e objetiva sobre o objeto.

Para nós, a mediação é um mecanismo de administração de conflitos, não necessariamente voltado à promoção de acordos ou transações. Pressupõe a intervenção de um terceiro estranho à relação conflituosa, despojado de poder decisório ou coercitivo e que auxiliará as partes na formulação de proposições mutuamente aceitáveis.

A mediação é um procedimento complexo e envolve elementos de vários ramos do conhecimento, o que lhe dá uma característica multidisciplinar. A valorização do conflito[71] em seu aspecto virtuoso permite atingir a retomada do diálogo entre as partes, estabelecendo uma reconstrução produtiva da relação intersubjetiva. O terceiro que ocupa a posição de facilitador do encontro das subjetividades em antagonismo não está inserido em um contexto de poder ou de ascendência sobre as partes e não exercerá influência sobre o desfecho das tratativas entabuladas, direcionando as posições assumidas pelas partes durante o procedimento. Esta neutralidade do mediador não se confunde com a imparcialidade de juiz em relação às partes envolvidas no processo judicial. O juiz mantém a imparcialidade pela assunção dos princípios que norteiam o processo e que afirmam a igualdade entre as partes. O mediador, por sua vez, mantém uma neutralidade estabelecida sob a premissa de que as partes são naturalmente diferentes e estas diferenças devem ser levadas em conta e equilibradas. Ademais, a neutralidade do mediador pode ser considerada relativa no momento em que ele observa que as tratativas estão conduzindo à aceitação forçosa da posição de uma parte sobre a outra, ou pela sua interferência diante da formulação de propostas contrárias ao permitido pela lei, ou ainda diante da impossibilidade da condução do procedimento a termo. A reconstrução da relação intersubjetiva estará pautada pela assunção de um ideal de "justo" que, conforme anteriormente mencionado, não representa o conceito de justo positivado pelo ordenamento.

A acepção de justiça que envolve o procedimento de mediação é a percepção direta dos envolvidos sobre o que se entende por justiça. É esta compreensão pessoal que torna a

[71] O conflito pode ser um evento que produza resultados positivos, mas, por si, não é algo positivo.

formulação de um acordo – quando ele ocorre – menos disposta ao descumprimento voluntário, pois traz aos envolvidos a responsabilidade direta pela sua vigência. Importa ressaltar ainda que a percepção deste caráter pessoal de justiça é fruto da inserção da parte em seu ambiente e nos conceitos de justo propagados por sua cultura em seu tempo. A vontade da lei, ou a percepção de valor extraída do texto legal, pode, e em muitas vezes representa, a intensidade de certo valor ou preceito em uma época de recorte definido e que não mais corresponde a uma expectativa dos destinatários da norma no momento da sua aplicação.

O mediador, ao aproximar as partes e estabelecer um momento de comunicação entre elas, permite que os pontos sensíveis das questões trazidas sejam encarados por uma perspectiva incomum, se comparada com aquela que é primariamente o foco de atenção de cada um dos envolvidos. Esta abertura que a mediação proporciona representa a base para a reconstrução do diálogo entre as partes, bem como o estímulo para que os envolvidos assumam nova postura ao encarar situações correlatas no futuro.

O mediador não está realizando qualquer forma de exercício de poder ao conduzir o procedimento. Existe aqui uma distinção fundamental em relação ao instituto da conciliação. A mediação é sempre conduzida por um terceiro desprovido de qualquer poder decisório, enquanto na conciliação este poder está presente e será levado a efeito no caso da impossibilidade da obtenção de consenso. Esse poder decisório deve ser entendido em sentido amplo; por exemplo, o de validar moralmente a pretensão ou a postulação de uma das partes. Daí porque o Ministério Público exerce conciliação e não mediação, em sede de Termo de Ajuste de Conduta. Convém ainda lembrar que a diferença apontada está apoiada no conceito tradicional de conciliação, costumeiramente defendido pela doutrina. A adoção de um conceito amplo para o instituto da conciliação permitiu que uma imprecisão terminológica fosse assentada sobre o que antes possuía uma maior margem de diferenciação.

Para Tania Almeida[72], “a chegada da mediação à cultura brasileira vem se fazendo gradativamente. Um dos desafios deste percurso é estabelecer uma adequada distinção em relação à conciliação, instrumento de resolução de conflitos praticado há mais tempo. Por

[72] ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 93

contemplarem ambas a construção de acordos, mediação e conciliação são por vezes, tomadas como sinônimos."

A proposição do mediador como sendo um terceiro desprovido de poder decisório encontra respaldo em um elemento de essencial importância. A voluntariedade da adesão das partes e a abertura ao diálogo surgem com o conhecimento de que as proposições formuladas e a disposição trazida na revelação de elementos intrínsecos do conflito não serão, posteriormente ao insucesso das tratativas, utilizadas em seu desfavor pelo condutor do procedimento. Torna-se oportuno ressaltar que existe um espécime híbrido, mencionado por Bush e Folger[73], denominado de *mediação-arbitragem*. A figura apresenta como característica o fato de que, uma vez realizado o procedimento mediador e não se logrando a obtenção de acordo ao final, o mediador se revestiria da função de árbitro e tomaria para si o poder que estava depositado nas mãos das partes, proferindo então uma decisão. É o que nós chamamos de *conciliação extrajudiciária*, porque em inglês o termo *conciliation* traduz-se por *arbitramento*, razão pela qual *mediation* é o termo genérico por eles empregado para designar a negociação facilitada, mediação, incluindo a conciliação extrajudiciária. A admissão de tal possibilidade representa franca oposição ao que se deseja obter através da mediação. A mediação busca construir uma base de cooperação entre as partes que se permitem observar a dinâmica do conflito de interesses sob uma perspectiva reversa, onde o conflito é compreendido ao invés de apenas resistido. A formulação desta perspectiva está seriamente comprometida quando as partes precisam estabelecer uma postura de resguardo por estarem sob a diáfana ameaça de uma decisão que pode lhes assaltar ao final.

A obtenção de um acordo – se possível – será feita através da construção conjunta pelos participantes. A implicação desta co-construção está na responsabilidade assumida ao estabelecer limites do que é considerado por cada um como aceitável. A dificuldade está não apenas em obter limites mínimos de concessões ou de disposição em transigir, mas em estabelecer um termo que seja mutuamente aceitável. Esta participação ativa na formulação de uma *resolução* apresenta um efeito de considerável valor: a obediência ao produto do procedimento. Um estudo realizado pelo Ministério da Justiça[74]afirma que, ao contrário

---

[73] BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. *La promesa de mediación*. Buenos Aires: Granica, 2006. p. 76.

[74] BRASIL. Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos.*Caderno avulso. Brasília, 2005. (até p.55).

das decisões provenientes de processo judicial em matéria de direito de família, os acordos firmados através do procedimento mediador sofrem menor grau de inadimplemento.

Esta característica torna evidente que a mediação é – entre outros meios de administração de conflitos – o meio apropriado para intervir em relações permanentes ou que possuam continuidade.

Para Mayer[75], o que o mediador traz em essência para um conflito, para limitar a sua capacidade destrutiva e promover a efetividade no trabalho de administração, é que ele altera a dinâmica da relação em quatro vertentes principais: 1) alterando a estrutura da interação, 2) trazendo seu compromisso pessoal, visão e otimismo, 3) trazendo um conjunto de habilidades e procedimentos e 4) trazendo um conjunto de valores morais e éticos.

A alteração na estrutura da interação entre as partes ocorre frequentemente pela simples presença de um terceiro neutro, a despeito de qualquer forma de intervenção. As partes necessitam encontrar uma nova forma relacionamento para que possam simplesmente receber a participação de alguém estranho e que não esteja envolvido no conflito. Isto representa, na maioria das vezes, a necessidade de alterar o modo como as partes comunicam suas opiniões e sentimentos, produzindo um arrefecimento do comportamento adversarial existente. O autor esclarece também que o oposto pode acontecer. Algumas vezes, a presença do mediador proporciona aos participantes maior segurança em expressar seus sentimentos, permitindo o desvelar de comportamentos negativos.

O mediador, ao ingressar na tarefa de administrar um conflito, traz consigo o conhecimento sobre o potencial da intervenção mediadora e seus benefícios, traz o seu compromisso em assistir as partes no processo e apresenta o modo de proceder. As características pessoais do mediador – empatia, senso de humor, otimismo e a capacidade de estabelecer diálogo entre as partes – contribuem positivamente para a efetividade da intervenção.

O procedimento da mediação e as habilidades pessoais do mediador – de comunicação, em ressignificar conteúdos, analisar o conflito, solucionar problemas, manter

---

[75] MAYER, Bernard. *The dynamics of conflict resolution:* A practitioner guide. San Francisco: Ed. Jossey-Bass. 2000. p. 192-193.

a neutralidade – podem ser obtidas através de treinamento formal ou da experiência. Para o mediador, estas habilidades são agregadas a um conjunto de procedimentos, ressaltando que a realização do procedimento em si não é o ponto principal da intervenção.

O mediador também traz para a intervenção mediadora um conjunto de valores morais e éticos. Mayer enfatiza que estes valores talvez sejam a maior contribuição do mediador ao procedimento e que eles afetam profundamente o processo de administração, representando o fundamento sobre o qual as partes poderão desenvolver confiança, respeito e conforto com o procedimento mediador.

2.5.2. Mediação diante do ideal do acesso à justiça

O estudo da mediação deve ser observado, entre suas diversas perspectivas, por uma em especial: a sua capacidade de promover o acesso ao direito fundamental da justiça. As dificuldades neste tema já podem ser encontradas em um primeiro olhar. O conceito de acesso à justiça é plurívoco e pode representar ideias diversas. Quando o termo é referido, o intérprete deve ter em conta o acesso enquanto capacidade de postulação de seus interesses perante os órgãos competentes, ou o acesso à justiça deverá representar a capacidade do exercício eficiente dos meios disponíveis para a obtenção de uma solução justa para as relações de conflito que afligem as partes? A resposta para tal questão envolve a análise retrospectiva da evolução dos meios de administração de conflitos e também das políticas públicas desenvolvidas neste sentido. O tema do acesso à justiça foi objeto de conhecido estudo de Cappelletti e Garth[76], que trataram das principais questões e do desenvolvimento dos meios de acesso à justiça. O relatório por eles produzido aponta a importância que os meios de postulação de direitos exercem sobre o corpo social através da análise detalhada das três ondas[77] de desenvolvimento surgidas como meios de atenuação dos problemas do sistema jurídico.

A primeira noção de acesso à justiça compreende o aspecto formal: a capacidade que o ator social possui em postular suas pretensões perante um Poder Judiciário constitucionalmente estabelecido para quem, através das diversas normas procedimentais, o postulante pode invocar a tutela jurisdicional do Estado e receber uma resposta que

---

[76] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

[77] Descritas pelos autores como: 1ª Onda: Assistência Judiciária para os pobres; 2ª Onda: Representação dos interesses difusos; 3ª Onda: Um novo enfoque de acesso à justiça.

qualifique ou que desqualifique a sua pretensão e estabeleça em consequência resultados práticos na sua esfera de direitos e deveres. Esta primeira visão possui uma aparente profundidade; *aparente* por permitir postular um entendimento que não reflete as complexidades da ideia que retrata. Existe na singularidade desta proposição uma capacidade em fazer o receptor acreditar que a mera existência de um órgão judicante e de um conjunto de regras que instrumentalizem o direito material é capaz de atender ao seu reclamo primário, o de prover pacificação social. A postulação de uma pretensão perante o Poder Judiciário não é tarefa simples. A imensa quantidade de regras, muitas vezes de difícil interpretação em face da baixa qualidade da atividade legislativa, aliado à morosidade dos órgãos jurisdicionais, aos altos custos das operações jurídicas, como taxas e honorários dos operadores, tornam proibitivo aquilo que deveria ser cotidiano. Ademais, a incapacidade de reconhecimento – por parte da população – que existe uma violação ao seu patrimônio jurídico e que esta violação pode ser corrigida mediante a intervenção do Estado-Juiz importa em aumentar significativamente a falta de procura por tal solução. Os problemas, no entanto, não se resumem aos apontados. Certos direitos possuem características difusas e embora possam ser protegidos de ofensa por qualquer pessoa capaz, foi necessário o estabelecimento de meios jurídicos próprios para que tais violações recebessem reprimenda.

Os autores[78] informam que a dominância desta perspectiva formal, proveniente dos estados liberais *burgueses* dos séculos dezoito e dezenove, decorre do entendimento de que o direito de propor uma ação para a proteção contra um determinado agravo era *natural* e que para a proteção de um direito natural não era necessária a intervenção do Estado, que permanecia inerte, e o agravado ficava com dificuldades para ter reconhecidos e defendidos os seus direitos *na prática*. O entendimento neste período era o de que a justiça era um bem como os demais e "só podia ser obtida por aqueles que podiam enfrentar os seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva."

Com a evolução da sociedade, os direitos do homem passaram de uma ótica individual para uma visão coletiva, e as relações assumiram cada vez mais uma posição onde a efetividade dos direitos era valor a ser perseguido. A percepção geral de que a

[78] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, Op. cit. p. 8

atuação do Estado, de forma positiva, é necessária para a garantia do exercício dos direitos tomou corpo e o direito de acesso à justiça recebeu particular atenção.

O direito ao acesso efetivo à justiça "tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação."[79]Atualmente, o entendimento que se tem consolidado é o de que "o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."[80]

A observação da orientação conceitual proposta para o acesso à justiça aponta para uma busca do estabelecimento de uma ordem jurídica capaz de atender ao sentimento social de justo, e que este valor esteja evidente no exercício das atividades de administração de conflitos. Apesar da noção de justiça ser marcada pelo entendimento subjetivo, uma vez que decorre da expressão do desenvolvimento da personalidade humana, e permeada por todos os fatores que nela deixam a sua impressão, existe um entendimento razoavelmente uniforme acerca do que é justo e do que efetivamente representa o valor de justiça. Fernanda Tartuce[81] cita Otto Bachof, que traduziu este entendimento ao afirmar que:

> "(...) o pressuposto da ideia de justiça para o direito é a existência de um consenso social acerca, pelo menos, das ideias fundamentais da justiça. Assim, são postulados da justiça, de evidência imediata: o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem; a proibição da degradação do homem em objeto; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio."

Nesse sentido, convém ressaltar que para Watanabe[82] "a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já

---

[79] Ibidem. p. 11/12
[80] Ibidem. p. 12
[81] TARTUCE Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.
[82] WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.) *Participação e Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu através do artigo 5°, XXXV, no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais que a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, chamado por alguns de Direito de Ação, ou ainda Princípio do Livre Acesso ao Judiciário. O princípio estabelece uma garantia de acesso formal, com as deficiências já mencionadas. Apesar de o dispositivo oferecer menos do que o esperado, ele representa uma evolução ao reconhecer a necessidade da universalização deste acesso. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004, dá um passo além e reconhece através da redação do inciso LXXVIII que a prestação jurisdicional deve atender aos reclamos dos jurisdicionados com um processo que obedeça a um critério de "duração razoável" e com a adoção de medidas que garantam a celeridade da sua tramitação. O reconhecimento da necessidade de atender aos postulantes do sistema sob um lapso temporal condizente com as expectativas sociais traduz a noção de que justiça tardia é injustiça. Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e Miguel José Arruda Medina[83] afirmam que "(...) a garantia de razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio estabelecido no art. 5º, XXXV. É que, como a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, é natural que a tutela a ser realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficazmente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte. E eficaz é a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente".

A crítica que se pode trazer ao texto constitucional está justamente na obscuridade e na dificuldade de apresentar sentido ao critério subjetivo sobre o que seria "duração razoável" do processo. Os autores na obra mencionada traduzem o conceito de razoável duração do processo como sendo:

> "A duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência

[83] WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001. 3. ed., rev., atual., ampl. da 2. ed. da obra Breves Comentários à 2. fase da Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 26.

> foi reconhecida pelo juiz. A equação destinada a definir o que é duração razoável deverá levar em consideração diversos fatores, tais como: (a) Importância do bem jurídico em jogo: (...) (b) Repercussão da solução jurídica para a sociedade: (...) levando em consideração não apenas a solução de "um" litígio, mas a repercussão que a sua decisão terá para os demais jurisdicionados. (...) (c) A concessão de limiar fundada em cognição sumária não esgota a tutela jurisdicional, mas inverte o interesse na solução rápida do litígio, que antes era do autor e, após a concessão da liminar, passa a ser do réu. (...) Nas causas em que foi concedida a liminar, a resolução rápida do litígio impõe-se, sob pena de onerar-se excessivamente o réu com a demora da prestação jurisdicional. (...) (d) A criação legislativa de mecanismos que propiciem a realização mais rápida da tutela jurisdicional, naturalmente, atribui maior poder de interpretação ao juiz, já que o legislador não é capaz de regular especificadamente todas as situações carentes de tutela que emergem da sociedade."[84]

2.5.2.1. Principais obstáculos para o efetivo acesso à justiça

2.5.2.1.1. Custas judiciais, taxas e honorários dos operadores

A primeira onda de acesso à justiça procurou estabelecer mecanismos para que aqueles que não eram capazes de suportar os custos da postulação dos direitos perante os órgãos judiciários não ficassem desprovidos de atendimento. Os custos de uma demanda são sempre consideráveis, envolvem custas e taxas judiciais, honorários de advogados, honorários de peritos, custos com documentos, entre inúmeras outras despesas que serão suportadas nos anos de trâmite da ação. Um reflexo imediato destas custas é que elas por si já podem ser apontadas como causa de relevo para que muitas das pretensões, que poderiam ser levadas perante o órgão jurisdicional, não sejam apresentadas pelo simples motivo de que seu custo excede o proveito que seria obtido pelo postulante. Outro efeito nocivo da onerosidade judiciária está na diferença que se pode estabelecer entre aquele litigante que pode ser caracterizado como um postulante eventual, em comparação com os

---

[84] WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 20/30.

chamados litigantes habituais. A litigância eventual importa na busca esporádica, desprovida de um caráter estrutural, comum àquele postulante que se vê obrigado por circunstâncias da vida civil a procurar o órgão jurisdicional que lhe atribuirá uma solução; o litigante habitual, por outro lado, tem à sua disposição capacidade financeira, corpo técnico habilitado ao exercício das pretensões que cercam sua atuação perante a sociedade, o que certamente lhe concede uma posição de vantagem sobre aquele litigante eventual. As expressões litigantes *"eventuais"* e litigantes *"habituais"* apresentada por Cappelletti e Garth foram desenvolvidas no estudo realizado por Marc Galanter[85], que apontou as diversas vantagens mencionadas, a saber: 1) a maior experiência no trato das questões do Direito permite melhor planejamento do litígio; 2) estrutura econômica de escala em razão da grande quantidade de demandas; 3) a possibilidade do desenvolvimento de relações informais com os membros dos órgãos julgadores; 4) a diluição dos riscos da demanda pelo grande número de casos; e 5) a possibilidade de experimentação de abordagens e estratégias em certos casos com vistas à garantia da expectativa favorável em casos futuros.

A incapacidade de operar as suas pretensões em razão dos altos custos da justiça provocou a primeira resposta na busca da garantia de acesso. A primeira onda renovatória trouxe o ideal de Assistência Judiciária como forma de prover aos pobres o exercício dos seus direitos – e pobreza no sentido da incapacidade de arcar com às custas do processo, senão em detrimento de suas próprias necessidades. Vários sistemas de intervenção foram instituídos[86] e produziram efeitos, ainda que maculados de imperfeições[87]. O custo da justiça, no entanto, não se manteve apenas na adoção da assistência judiciária. Algumas demandas possuem valor ínfimo se comparado com as despesas da sua concretização. Tais pretensões eram normalmente abandonadas pelos postulantes pela simples razão de o proveito a ser obtido ser inferior aos custos que seriam suportados durante o seu processamento. Para tais pretensões foram instituídos os juizados de pequenas causas através da Lei nº 9099 de 26 de Setembro de 1995 (Juizado Especial Cível) com o objetivo

---

[85] GALANTER, Marc. *Do the 'haves' still come out ahead?*. Institute for Legal Studies, University of Wisconsin Law School, Madison, 1994.

[86] Sistema *Judicare* utilizado na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha; Sistema de remuneração do advogado pelos cofres públicos (Estados Unidos) e um Sistema de modelos combinados como na Suécia e na Província Canadense de Quebeque.

[87] As críticas ao Sistema *Judicare* reportam que o sistema busca atacar apenas a barreira dos custos, não permitindo que os pobres adquiram a perspectiva da reivindicação de novos direitos e estejam limitados às situações de família ou aquelas que envolvem o crime. Em relação ao sistema de remuneração pelos cofres públicos, a principal crítica está na dependência do governo para o exercício das suas atividades que se revestem muitas vezes de natureza política, dirigida muitas vezes contra o próprio governo.

de processar e julgar causas que não ultrapassem o valor de 40 salários mínimos[88], sendo que a representação por advogado é facultativa se o valor da causa não exceder a 20 salários mínimos[89]. A esfera federal passou a contar com o Juizado Especial Federal a partir de 2001, com a edição da Lei dos Juizados Especiais Federais, Lei nº 10.259 de 12 de Julho daquele ano.

A adoção de sistemas de Assistência Judiciária e a criação de Juizados Especiais representaram um sensível aumento na capacidade de postulação da parcela da população que permaneceria à margem do sistema oficial de administração de conflitos. As iniciativas, todavia, apesar de mitigarem a problemática do acesso à justiça, ainda carecem de limitações. A procura de profissionais pelos convênios de assistência judiciária é pequena, devido aos baixos honorários pagos, ressaltando, por outro lado, que o atendimento da população carente importa para o governo em crescentes dotações orçamentárias destinadas à cobertura dos programas. A assunção da representação dos pobres por um profissional que aceite a remuneração normalmente praticada permite distorções: existe a tendência de menor rigor no desempenho técnico deste profissional e a procura normalmente é feita por aqueles em início de carreira, nem sempre experientes ao ponto de apresentar a devida desenvoltura em questões um pouco mais complexas.

2.5.2.1.2. Representação dos interesses difusos

A adoção de meios de acesso à justiça para a garantia da representação dos interesses difusos é apresentada como a 2ª onda renovatória. Tem como objetivo garantir mecanismos jurídicos aptos à promoção da tutela estatal sobre aqueles direitos que são de interesse de toda a coletividade ou de grupos específicos de pessoas ligadas por uma situação jurídica em particular. A representação dos interesses difusos ou de grupos permite que interesses sociais sejam representados de maneira eficaz mesmo contra litigantes habituais ou o próprio governo. A atividade dos defensores desta classe de interesses está acompanhada de atividades estranhas à jurisdição e avança por sobre um ideário ativista, que litigantes individuais normalmente não estariam dispostos a suportar.

---

[88] Artigo 3º, I, Lei nº 9.099/95.
[89] Artigo 9º, Lei nº 9.099/95.

A busca por meios competentes para a representação dos interesses difusos levou ao estabelecimento de ações governamentais que são reportadas por Cappelletti e Garth[90] como não tendo sido amplamente sucedidas. A afirmação dos autores esclarece que "a triste constatação é que, tanto em países de *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua natureza incapazes de fazê-lo." O que os autores reforçam através da afirmação é que os órgãos governamentais destinados a esta tarefa possuem uma singular fraqueza: estão sujeitos à pressão política, considerando-se que os interesses difusos têm, por diversas vezes, sua defesa voltada contra o próprio governo. Outro aspecto importante é que estes interesses envolvem, com sensível constância, uma necessária expertise em áreas do conhecimento distantes da seara jurídica, o que impede que profissionais da área jurídica possam, sem dependência externa, transitar livremente e realizar sua vocação com a esperada eficiência.

Outros modelos de intervenção buscando a defesa de interesses difusos foram estabelecidos, como a "técnica do Procurador-Geral privado", que permite a propositura de ações para a tutela de interesses coletivos por indivíduos, e a "técnica do advogado particular do interesse público", que se apoia no reconhecimento de grupos estabelecidos para a defesa de direitos coletivos. As reformas criadas para a proteção dos direitos difusos em outros países ensejaram o reconhecimento destes direitos na Constituição Federal de 1988, que através do artigo 129, III, ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público, ressaltou a legitimação para a defesa do patrimônio público e social, a defesa do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos por meio da promoção de inquérito civil e da ação civil pública. A legitimação concedida para o Ministério Público, no entanto, não é exclusiva. O texto constitucional atribui no artigo 5º, LXXIII, que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência". Apesar do reconhecimento constitucional dos direitos difusos, a definição do que são direitos difusos está fora do

[90] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 51.

texto magno e inserido no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078 de 11 de Setembro de 1990, no artigo 81, I[91].

A representação dos interesses difusos, embora possa ser objeto de críticas por suas naturais deficiências, como os interesses governamentais, pressões políticas, as dificuldades para o reconhecimento e a formação de grupos capacitados para a defesa de interesses coletivos, importa em significativo avanço na defesa destes direitos que conjugados a políticas e programas de redução de custos judiciais traduzem maior capacidade de efetivo acesso à justiça.

2.5.2.2. Justiça como valor: A 3ª onda e o acesso como um novo paradigma

As ondas renovatórias de acesso à justiça anteriormente mencionadas contribuíram e têm contribuído para o crescimento dos meios de tutela de direitos e para atores sociais que estavam à margem do sistema de administração de conflitos. As inovações trazidas por estes mecanismos são salutares, mas podem ainda receber implementos. O ideal de distribuição de justiça, no entanto, pode ir além e representar o ingresso em uma nova percepção de como operar os meios de administração de conflitos na busca de um sentido de justiça que suplante efetivamente o sentido formal e se traduza em vantagens concretas. A adoção de um novo paradigma de acesso à justiça está em andamento e importa na reforma de instituições, ritos e formas e de relacionamento entre os operadores do direito e partes com o objetivo de processar e "mesmo de prevenir disputas nas sociedades modernas"[92]. A visão desta nova forma de atuação da justiça como meio para a administração eficaz dos conflitos intersubjetivos é chamada por Cappelletti e Garth de "o enfoque do acesso à Justiça"[93].

É neste cenário que surgem as ideias para a adoção de métodos alternativos para a prestação de serviços de administração de conflitos e a busca por esses meios está apoiada nas limitações que as reformas dos sistemas tradicionais encontram. A adoção de formas para administrar fora dos tribunais os conflitos decorrentes das interações sociais tem

---

[91] Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
[92] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Op. cit. p. 68.
[93] Ibidem.

crescido em importância, embora estejam sob um claro viés institucional, o de servir de aporte para a solução de uma desmedida crise do poder judicante. As possibilidades virtuosas dos meios alternativos devem estar desvinculadas destas questões, até mesmo porque se a observação de suas qualidades estiver sob a ingerência desta perspectiva, elas estarão maculadas por uma matéria que lhes é estranha e que, não obstante tenha reflexos positivos na já mencionada crise, não permitirá que suas reais qualidades sejam objetivamente verificadas.

Os meios alternativos de administração de conflitos devem levar em consideração a sua natureza (do conflito), já que alguns podem apresentar maior complexidade do que outros – seja em razão da matéria ou dos fatos –, a relação existente entre as partes, se portadoras de uma relação duradoura ou de uma relação eventual, e também ter em conta se o conflito repercute apenas na esfera do indivíduo ou da coletividade da qual ele se faz integrante. A análise destas características permite que a adoção de um dos diversos métodos seja considerado o mais indicado em detrimento de outros.

A adoção dos meios alternativos de administração de conflitos difere primordialmente na aproximação que se faz do conflito. A busca por uma solução construída pelas partes tem um aspecto virtuoso ao minimizar a possibilidade de inconformismo com a decisão prolatada – ao contrário do processo judicial –, uma vez que a própria parte atuou de forma ativa na resolução do problema. A noção de justiça coexistencial, consensual ou conciliatória, também desenvolvida por Mauro Cappelletti[94], tem como ponto focal a cura da situação conflituosa e não a sua exasperação como normalmente ocorre no processo judicial. Nota-se que a nova abordagem na administração dos conflitos tem se desenvolvido em muitos países e demonstram a formação de uma tendência. O entendimento de que a via conciliatória – em sentido amplo – pode também servir como fiel à balança da justiça, em lugar da cultura adversarial do processo judicial tradicional, tem como principal benefício o recrudescimento do diálogo entre as partes, enquanto o sistema tradicional, criado para fazer atuar a vontade da lei[95], intensifica a atmosfera de animosidade dando margem ao aparecimento de novas demandas decorrentes da litigiosidade remanescente, que resulta do inadequado tratamento de determinados aspectos do conflito que permaneceu inalcançado pelo provimento jurisdicional.

---

[94] CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARIONI, Luiz Gulherme (Coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
[95] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

A característica essencial dos meios heterocompositivos é a atribuição (adjudicação) por um terceiro que irá impor uma decisão às partes, sendo ela prolatada de forma a atender o binômio: vencedor *versus* perdedor. A lógica desta formulação, consubstanciada nas proposições da regra de soma-zero da teoria dos jogos, limita o escopo comunicativo entre as partes e a apreciação de mérito decorrente da análise da verdade meramente formal estabelecida nos autos oferece margem para a insatisfação e o surgimento de novos conflitos. Os meios autocompositivos, ou não-adjudicatórios, não estão limitados a esta visão de um terceiro estranho à relação conflituosa e sua característica comunicativa aponta essencialmente para a proposição da regra de ganha-ganha da teoria dos jogos. A aproximação das partes, o diálogo que entre elas se estabelece, a observação da verdade real, o controle que os participantes exercem sobre o procedimento e a satisfação obtida pela solução que os próprios contendores cooperaram em construir são diferenciais relevantes na obtenção da desejada eficiência.

Não se afirma, no entanto, um par de opostos em que a jurisdição representa algo superado a ser substituído pelas vias suasórias ou pela mediação em especial. A alternatividade da mediação é a regra e o seu funcionamento depende da existência de um Poder Judiciário estruturado e capaz. Os meios de administração de conflitos – sejam eles adjudicatórios ou não-adjudicatórios – são intrinsecamente diferentes e possuem qualidades, limitações, hipóteses de cabimento e regramentos que os tornam suscetíveis de produzir resultados em condições determinadas.

2.5.2.3. Poder Judiciário como órgão central na administração de conflitos

A adoção no Brasil da primazia do Poder Judiciário como órgão central na resolução de conflitos entre os jurisdicionados ou entre os jurisdicionados e o Estado – em sentido amplo –, estejam as questões postas sob seu poder decisório na esfera do litígio, ou na administração de interesses privados, como aqueles de jurisdição voluntária, revelam que a postura do legislador pátrio foi a de estabelecer um monopólio, uma justiça unitária, praticada apenas pelos órgãos relacionados taxativamente pela Constituição Federal em seu artigo 92.

O sistema unitário não permite que os órgãos do contencioso administrativo, enquanto agentes decisórios, como Tribunais de Contas, Justiça Desportiva, Conselhos,

entre outros, estejam revestidos do poder necessário para conferir às suas decisões a imutabilidade característica da coisa julgada material, que representa a essência da função judicante.

A tese de Mancuso[96] afirma que:

> "a atribuição genérica ao Poder Judiciário para dirimir com definitividade os conflitos tornados incompossíveis entre contraditores, abrange vasta gama: desde aqueles julgados pelas instâncias para-judiciais em que o vencido não se deu por... *convencido*, até os processos em jurisdição voluntária (interesses convergentes cuja relevância, todavia, exige uma passagem judiciária), passando pelas ações *necessárias*, onde o resultado prático só pode ser alcançado via judicial. Todo esse vasto contexto tem dado margem a uma leitura da garantia de acesso à Justiça (ou princípio da ubiquidade da Justiça, ou da indeclinabilidade da Jurisdição), que se diria exagerada e mesmo sem aderência à realidade judiciária nacional."

A interpretação do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição traz um direito de acesso à justiça com uma *acessibilidade ampla, irrestrita e incondicionada* – nos termos de Mancuso[97] – e que não corresponde à realidade, já que o direito à ação é um direito condicionado, em que se distingue o direito na obtenção de uma decisão que pugne pelo mérito, da mera interposição de pedido e o consequente movimento da máquina jurisdicional. A pretensão dedicada a um órgão jurisdicional deverá observar a presença de diversos requisitos legais para que o objeto da ação venha após o seu regular processamento receber o pronunciamento decisório acerca do pedido. O atendimento dos chamados pressupostos processuais e das condições da ação é requisito primordial e sem a atenção a estas disposições o acesso à jurisdição está impedido, resultando na extinção da ação sem julgamento do mérito nos termos dos artigos 267, IV e VI do Código de Processo Civil[98]. O que se deseja demonstrar é que a própria lei se ocupa em não conceder acesso

---

[96] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A conciliação em segundo grau no e. tribunal de justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da fazenda pública*. Revista autônoma de Processo. Curitiba: Juruá, n. 1, out./dez. 2006.
[97] Ibidem p. 138.
[98] São também impedimentos à decisão de mérito as disposições constantes do artigo 295, parágrafo único do Código de Processo Civil.

irrestrito e incondicionado ao Poder Judiciário, e o faz com o objetivo de garantir que apenas as pretensões de urgência, ou aquelas que não podem ser compostas amigavelmente pelas partes (seja porque haveria impedimentos quanto à transação, ou por se tratar de lides de cuja natureza a própria lei determina a apreciação pelo Judiciário), sejam efetivamente recebidas.

O princípio da ubiquidade estabelecido na Constituição Federal, se interpretado como a determinação pelo acesso irrestrito e incondicionado ao Poder Judiciário, estará trazendo para este Poder a obrigação de servir como aporte inicial para toda e qualquer disputa, quando a sua intervenção deveria ser residual. Este entendimento tem como consequência a perda desta qualidade e, sob os vapores de uma animosidade crescente, típicas da cultura adversarial, as partes entregam o objeto da sua pretensão a um momento futuro, dependente de uma máquina judicial sobrecarregada.

O que se pretende demonstrar é que um Poder Judiciário eficiente nas suas atribuições, descongestionado de pretensões que podem ser satisfeitas através de outras medidas de administração de conflitos, terá a possibilidade de exercer sua missão institucional com redobrada propriedade. Nesse sentido, Mancuso[99]afirma que:

> "à medida que se vai esvanecendo a ideia da distribuição *monopolística* da justiça pelo Estado e, em paralelo, vai ganhando corpo a ideia-força da *prevenção ou da resolução dos conflitos com justiça*, ainda que por *outros meios*, auto e heterocompositivos (dito equivalentes jurisdicionais), com certeza tenderão a diminuir algumas mazelas que hoje tisnam a função judicial do Estado brasileiro: o retardo na resposta jurisdicional, a baixa efetividade prática das decisões, a imprevisibilidade dos julgamentos. No ponto, o sábio aviso de José Renato Nalini: 'O juiz brasileiro não pode ignorar – ao contrário – precisará conviver com inúmeras formulações – novas ou não tão recentes – de realização do justo concreto. Assim como a normatividade não é monopólio do Legislativo, a realização do justo não é monopólio do Judiciário. Há lugar para a *mediação*, para a *arbitragem*, para a *negociação*,

[99] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 54.

> para o *juiz de aluguel* e outras modalidades de solução dos conflitos'.

A aceitação do monopólio da prestação dos serviços de administração de conflitos pelo sistema judicial tradicional traduz, segundo o entendimento dos autores citados – a quem rendemos concordância –, um equívoco de interpretação dos dispositivos legais, restringindo a uma única opção aquilo que deve ser plural. Como exemplo podemos mencionar a recente lei nº 11.441, de 04 de Janeiro de 2007, que autoriza o tabelionato a realizar divórcio e inventários, desde que estejam atendidos determinados requisitos. A edição de leis com este teor revela que o próprio legislador optou por estimular o diálogo entre as partes na busca de uma solução consensuada, antes que a busca pelo provimento jurisdicional se tornasse a única forma capaz de atender aos reclamos das partes.

A ruptura do monopólio da jurisdição e a aceitação das formas alternativas de administração de conflitos como meios eficientes de acesso à justiça não é um caminho de mudanças, mas de resgate de um paradigma de justiça anterior ao próprio sistema judicial, sendo oportuno considerar que os meios heterocompositivos (realizados de forma privada), autocompositivos e a autotulela antecedem historicamente o sistema judiciário estatal que, na forma e organização atual, se estabeleceu nos meados do século XIX.

A partir da concepção de que o Poder Judiciário não representa o monopólio da prestação dos serviços de administração de conflitos, é oportuno observar se os meios alternativos, defendidos como suficientes à prestação deste desiderato, estão de fato a representar uma escolha viável. A mediação diante do conceito de acesso à justiça examinado, está, sob nosso ponto de vista, apta a apresentar vantagens aos destinatários da prestação jurisdicional de forma a justificar a sua adoção.

As principais críticas estabelecidas aos mecanismos tradicionais de administração de conflitos envolvem o aspecto cultural dos demandantes e a sua capacidade de reconhecer as violações de seus direitos e a percepção de que existem mecanismos estabelecidos para a sua administração; os custos elevados dos processos judiciais, incluindo aí custas iniciais e taxas judiciais, honorários de auxiliares técnicos e de advogados; além das dificuldades de representação de interesses metaindividuais.

Somando aos já elencados, torna-se necessário acrescentar o fator temporal, que importa em repercussões negativas na percepção objetiva e subjetiva dos destinatários. O

fator temporal é afetado objetivamente pelo longo intervalo compreendido entre a propositura da demanda e o conhecimento da decisão definitiva prolatada pelo órgão competente (que por si só é capaz de postergar providências urgentes). Em termos subjetivos, o lapso temporal permite que as partes fiquem restritas a um panorama de sofrimento emocional decorrente da incerteza que sua situação jurídica projeta. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, "a indefinição de situações de pessoas perante outras, perante bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social."[100]

Cumpre ressaltar que a mediação não está restrita ao formalismo que permeia o processo judicial; esta informalidade estende efeitos positivos em relação aos custos do processo e também se reflete como um aumento na credibilidade e na satisfação das partes, já que os trabalhos serão materializados mais rapidamente e com maior grau de eficácia devido à participação ativa das partes na construção da solução. As vantagens da mediação, no entanto, não se resumem a estas. É possível mencionar também que no processo de mediação são as próprias partes que constroem a decisão e isso concede oportunidade para que elas tragam elementos subjacentes ao conflito, que no processo judicial seriam descartados. A apreciação destes elementos de fundo, equacionadas pelas técnicas do mediador, os objetivos da mediação (de atuação sobre a relação intersubjetiva), aliada à soberania das partes, permite que elas estabeleçam uma decisão adstrita ao senso pessoal de justiça que a torna mais real e aceitável, evitando o desgaste emocional diante das incertezas do processo judicial.

A mediação atua sobre a relação das partes e estabelece o diálogo entre elas, propiciando uma disposição à cooperação. Esta forma de integração torna a mediação meio capaz de atender aos reclamos de comunidades e de grupos motivados por interesses consentâneos como no caso dos conflitos coletivos de trabalho.

A mediação pode ser visualizada como parte do ideal de novas formas de acesso à justiça delineada na exposição sobre a terceira onda renovatória: o acesso como paradigma. As vantagens da mediação, neste sentido, são óbvias. A mediação estimula a construção cooperativa da solução pelos próprios destinatários desta decisão, o que a torna menos propensa à corrosão, não havendo imposição ou a distinção binária de vencedor *versus*

---

[100] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

perdedor. A mediação tem por princípio a confidencialidade – em oposição à publicidade do processo judicial tradicional – e esta garantia serve de fundamento não apenas para uma adesão ao processo, mas também como meio de proporcionar a desejada abertura ao diálogo. A atmosfera cooperativa e abertura ao diálogo propiciam a melhora no relacionamento entre as partes, permitindo a sua continuidade, que por sua vez apresentará efeitos positivos na prevenção de futuros litígios, por permitir a apreciação de questões de fundo e não impor limites precisos ao processo através da formulação de um pedido ou da declaração prévia de uma posição.

Os fatores elencados, aliados à percepção de que o conflito não é um mal a ser combatido ou a ser encarado apenas como algo intrinsecamente prejudicial, oferece à mediação um amplo espectro de atuação na administração dos conflitos, podendo certamente ser considerada como mais uma vereda de pacificação social.

2.5.3. Mediação e a conciliação: outras diferenças

Havendo a busca por outras diferenças entre mediação e conciliação – e considerando-se para isto o conceito amplo trazido pelo CNJ e já apontado –, a principal delas está na busca final da obtenção do acordo entre as partes, o que não ocorre na mediação. Pela observação do conceito restrito apontado pela doutrina, a mediação e a conciliação diferem essencialmente na presença de um terceiro neutro e despojado de poderes decisórios. A conciliação, normalmente, é praticada por terceiro, que diante do insucesso na realização de um acordo, porá termo ao conflito através de uma sentença que adjudicará o objeto sobre o qual recai a animosidade das partes. A sentença é o ato final da disputa e nela estará a expressão do binômio: vencedor *versus* perdedor. As diferenças entre mediação e conciliação, no entanto, não se resumem apenas ao fato da presença do terceiro desprovido de poder decisório. A mediação não tem como objetivo finalístico a realização de um acordo de vontades entre as partes, mas busca aproximá-las, estabelecer diálogo de forma a propiciar a reconstrução da relação intersubjetiva, alterando a percepção dos envolvidos sobre pontos essenciais do conflito e, a partir desta reconstrução, permitir que as próprias partes desenvolvam uma solução. A conciliação, por sua vez, é instrumento destinado à obtenção de um acordo; se ele não ocorre em consequência da intervenção, diz-se que a “conciliação restou infrutífera”. Existe ainda a necessidade de informar que construir acordos é diferente de reconstruir relações. A obtenção de um

acordo, muitas vezes, aprofunda a disputa entre as partes e o inadequado tratamento pode dar margem ao surgimento de novos conflitos.

Outro ponto de relevo para a distinção dos institutos está na busca da satisfação dos interesses pessoais na conciliação, em oposição à satisfação mútua preconizada pela mediação. A conciliação está pautada pela defesa de interesses pessoais; as partes, durante o procedimento, estão dispondo de seus interesses de forma gradativa, aferindo a adesão da parte contrária à proposta, com o objetivo de ceder minimamente em sua pretensão original. Almeida[101] ressalta que "algumas vezes, até, os sujeitos das mesas de conciliação entendem como ganho a insatisfação que o resultado possa provocar na outra parte." É possível observar a presença de um claro elemento adversarial no exercício da conciliação. A mediação, por sua vez, tem por definição a busca de uma "solução mutuamente aceitável", é a procura por uma satisfação conjunta, distante do paradigma adversarial. A mediação, por trabalhar sobre a relação entre as partes, não está focada na obtenção de primazia dos interesses de um por sobre os do outro. Ademais, a busca pela primazia dos interesses e satisfação pessoal na conciliação leva em conta um evento passado, em que a culpa de uma das partes na sua deflagração conduz a uma responsabilização do ator social.É interessante notar que as concessões recíprocas realizadas durante a conciliação estão sempre sob a sombra do provimento jurisdicional. As partes, durante todo o tempo, levam em conta a apreciação que o magistrado fará dos fatos, da carga probatória existente e da intensidade da declaração formal de que a procedência do pedido estará revestida, se totalmente ou parcialmente procedente. Os acordos firmados na conciliação estão balizados por estes vetores, e explicam o porquê da possibilidade da geração de insatisfação dos atores durante o procedimento.A atenção da conciliação está focada no passado, os atores levam em consideração um evento passado e as consequências deste episódio se estendem apenas ao momento presente, sem se ocupar de qualquer preocupação com a relação que os atores venham a integrar, considerando, assim, que o conflito foi pacificado, enquanto a mediação tem caráter prospectivo e almeja impedir que as razões de fundo, a motivação de um evento passado, venham a ser utilizadas na criação de um desacordo futuro, preservando, assim, as relações.

---

[101] ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 95.

2.5.4. Mediação e a jurisdição: características

A mediação e a jurisdição são métodos de administração de conflitos absolutamente distintos. A aproximação que se faz do conflito, a participação dos envolvidos, seus deveres, postura, atos e o caminho desenvolvido até o ato final do procedimento são, em essência, incomparáveis. No entanto, apesar da impossibilidade de estabelecer uma comparação entre os institutos, existem aspectos passíveis de observação e a sua análise permite uma maior compreensão de cada um deles. Um primeiro aspecto a ser mencionado está na comum diferença que ainda existe na dogmática jurídica entre processo e procedimento. A palavra "processo" está conceitualmente ligada à relação jurídica formada entre as partes e os terceiros que desta relação vierem a participar e que estarão percebendo – em suas esferas jurídicas – os efeitos do provimento jurisdicional que os vinculam. O "procedimento" é a forma pela qual ocorre a exteriorização da relação processual. Nesse sentido, para Wambier[102], "processo é conceito de cunho finalístico, teleológico, que se consubstancia numa relação jurídica de direito público, traduzida num método de que se servem as partes para buscar a solução do direito para os conflitos de interesses(...)". Adiante revela: "já o procedimento, embora esteja ligado ao processo, é meramente o mecanismo pelo qual se operam os processos diante da jurisdição".[103]

Para Freitas Jr.[104], "(...) em razão do caráter paradigmático expresso pelo processo judicial, por muito tempo predominou entre os juristas a orientação de reservar a predicação de processo às disputas submetidas a intervenções adjudicatórias. Desse modo, o termo "processo" foi, por convenção, originariamente confinado <u>exclusivamente</u>[105] aos predicados da jurisdição."

Apresentar a mediação, sob esta ótica, como um processo e observar a sua exteriorização através de um procedimento para alguns pode ser considerado como impróprio. A maioria da doutrina, no entanto, hoje se inclina para o entendimento de que a relação jurídica processual também pode estar presente em outros ambientes institucionais, em que a administração de conflitos seja uma prática comum, o que torna "igualmente

---

[102] WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000. v. 1. p. 155.
[103] Ibidem. p. 156.
[104] FREITAS JR. Antonio Rodrigues de; ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Mediação de Conflitos e Promoção da Cultura da Paz*. Grey version. p. 108.
[105] grifo do autor.

aceitável falar em processo – e nessa medida, em procedimento – relativamente à mediação e aos outros mecanismos extra-judiciários."[106]

A mediação, em oposição ao que ocorre no processo judicial, não possui um procedimento rígido, sendo a flexibilidade procedimental uma de suas características mais importantes.

A mediação não possui regramento legal, não tem fases ou etapas obrigatórias. A mediação tem uma estrutura espiralada com recorrentes contextualizações, enquanto o processo judicial tem uma estrutura linear, em que a movimentação ocorre em uma única direção: a sentença. A flexibilidade da mediação permite que as questões já discutidas venham posteriormente à tona durante o procedimento. Estas questões estarão a cada nova inserção ambientadas em um novo contexto e com uma nova percepção das partes sobre ela. A estrutura linear do processo judicial, por outro lado, tem os momentos oportunos – e as formas – para que as partes estabeleçam suas perspectivas sobre cada um dos pontos que envolvem o conflito; trata-se de um ônus que recai sobre as partes no exercício dos meios que o ordenamento lhes confere para alcançar o convencimento do magistrado. De fase a fase, a preclusão surge como óbice ao reexame do que foi apresentado.Define-se a preclusão como "(...) o fenômeno exclusivamente processual, vinculado à ideia de que passo a passo os atos processuais vão acontecendo subsequentemente no processo, realizando o modelo procedimental que se tenha adotado em cada caso."[107] Arruda Alvim[108] complementa a ideia ao afirmar que a preclusão é um dos "aspectos através dos quais se exterioriza a disciplina do tempo no processo, em função da ideia de o processo dever marchar em direção à sentença, irreversivelmente."A função desta estruturação linear do processo judicial tem por fundamento a atribuição de iguais oportunidades para as partes na defesa de seus interesses. Freitas Jr. expressa este conceito ao afirmar a "estruturação específica desse fluxo repousa no propósito de confiar às partes, <u>equidade na</u> e <u>para</u> a <u>disputa</u>, vale dizer, 'arsenal equilibrado' e previsível para que seja utilizado, num

---

[106] FREITAS JR. Antonio Rodrigues de; ZAPPAROLLI, Célia Regina. Op. cit. p. 109.
[107] WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000. v. 1. p. 200.
[108] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

campo de adversidade argumentativa equivalente, visando ao convencimento do magistrado e à derrota da contra-parte."[109]

A característica marcante do processo judicial está na criação de um ambiente ritualizado, em que as partes, municiadas de iguais oportunidades, estabelecem um duelo pela prevalência de sua posição, saindo do cenário do exercício da força bruta e posicionando-se entre regras pré-estabelecidas que institucionalizam o conflito.

A estrutura em espiral, através da qual a mediação se exterioriza, por sua vez, não tem portas estanques para impedir a reapreciação de questões já debatidas, e nem mesmo com o objetivo de estabelecer uma disciplina de tempo no andamento do processo. A ausência de rigidez permite que as questões sofram um progressivo aprofundamento, em que a descontextualização do conflito acontece. É no novo cenário composto pelas partes que a procura por uma solução ocorre, e esta se dá atendendo aos preceitos pessoais e ao entendimento das partes acerca do que é o justo na situação concreta. A ausência de uma figura que atendesse à mesma função exercida pela preclusão é que permite a maturação das questões subjacentes do conflito. É necessário ressaltar que a porção do conflito que é judiciarizada pelo processo existe dentro de um recorte pré-concebido pelo autor da ação judicial. O autor não traz ao processo todos os elementos que de fato compõem o conflito, mas seleciona criteriosamente aqueles aspectos que são, sob seu ponto de vista, mais eficazes no convencimento do juiz. A sentença, ao final de todo o encadeamento de atos, trará uma decisão que atribui valor de "certo *versus* errado", de "vencedor *versus* perdedor", tendo por base uma pequena porção da realidade, que no processo é a verdade formal. A mediação, ao permitir a maturação dos elementos do conflito através dos múltiplos estímulos realizados pelo mediador no aprofundamento e recontextualização dos elementos do conflito, pode alcançar muito além do mero recorte factual ofertado pelos atores no início do processo.

Freitas Jr. observa que esta estrutura promove "condições equitativas no e para o entendimento recíproco"[110], perspectiva absolutamente diversa do processo judicial. Por fim, um último aspecto deve ser observado. O desenvolvimento do processo judicial tem por base um conjunto de valores de justiça pré-ordenados pelas normas positivadas no direito material. Isso importa em afirmar que as questões existentes no processo serão

---

[109] FREITAS JR. Antonio Rodrigues de; ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Mediação de Conflitos e Promoção da Cultura da Paz*. Grey version. p. 110/111.
[110] FREITAS JR. Antonio Rodrigues de; ZAPPAROLLI, Célia Regina. Op. cit. p. 112.

comparadas com estes valores e a partir desta comparação haverá a prolação de uma decisão, o que lhe dá um caráter retrospectivo. O processo de mediação, no entanto, atende à percepção pessoal dos envolvidos sobre os valores pessoais do justo e não à sua subsunção aos valores do repertório jurídico positivado. Esta construção importa em um caráter prospectivo.

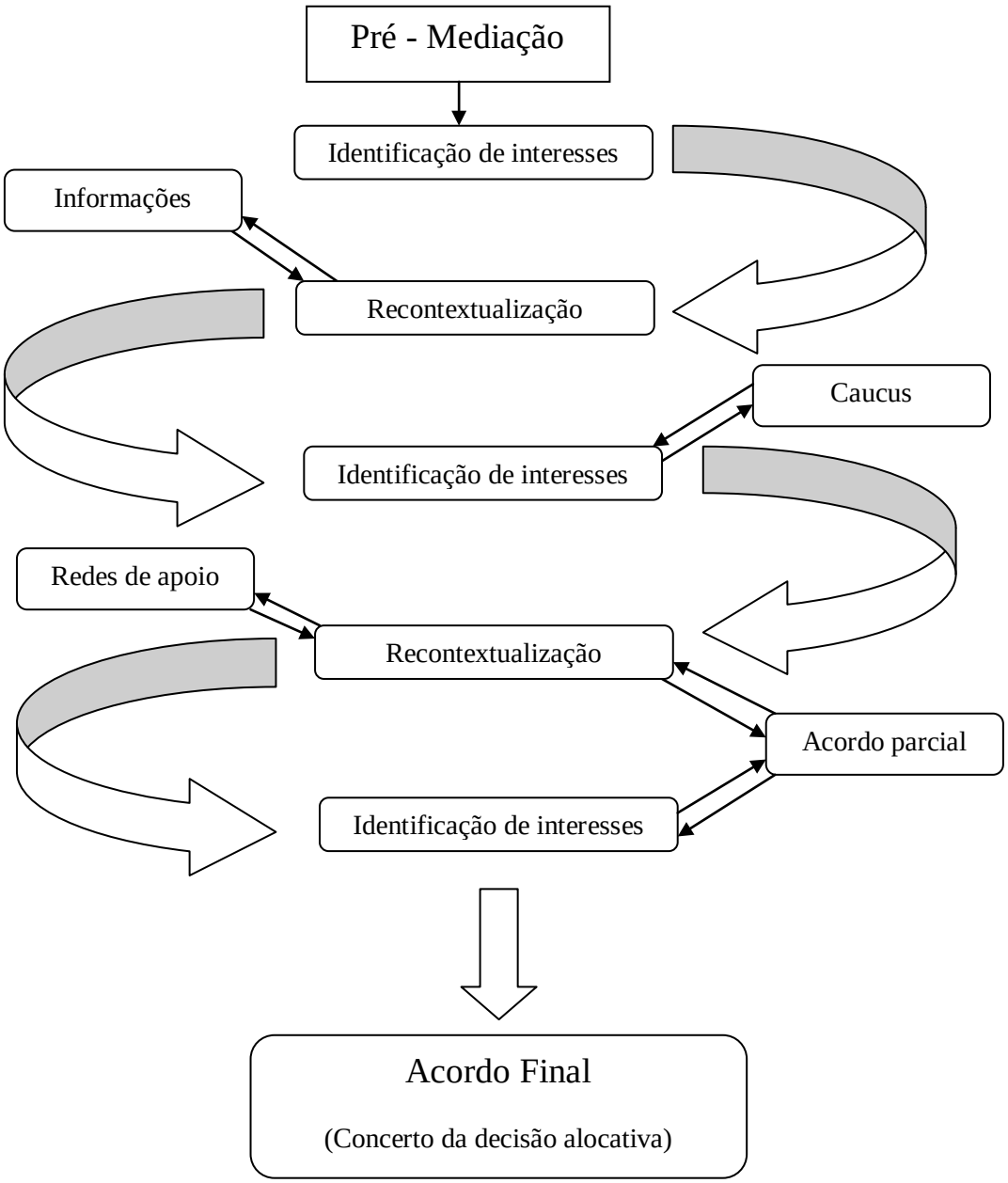

Figura 1 - Estrutura espiralada do processo de mediação.

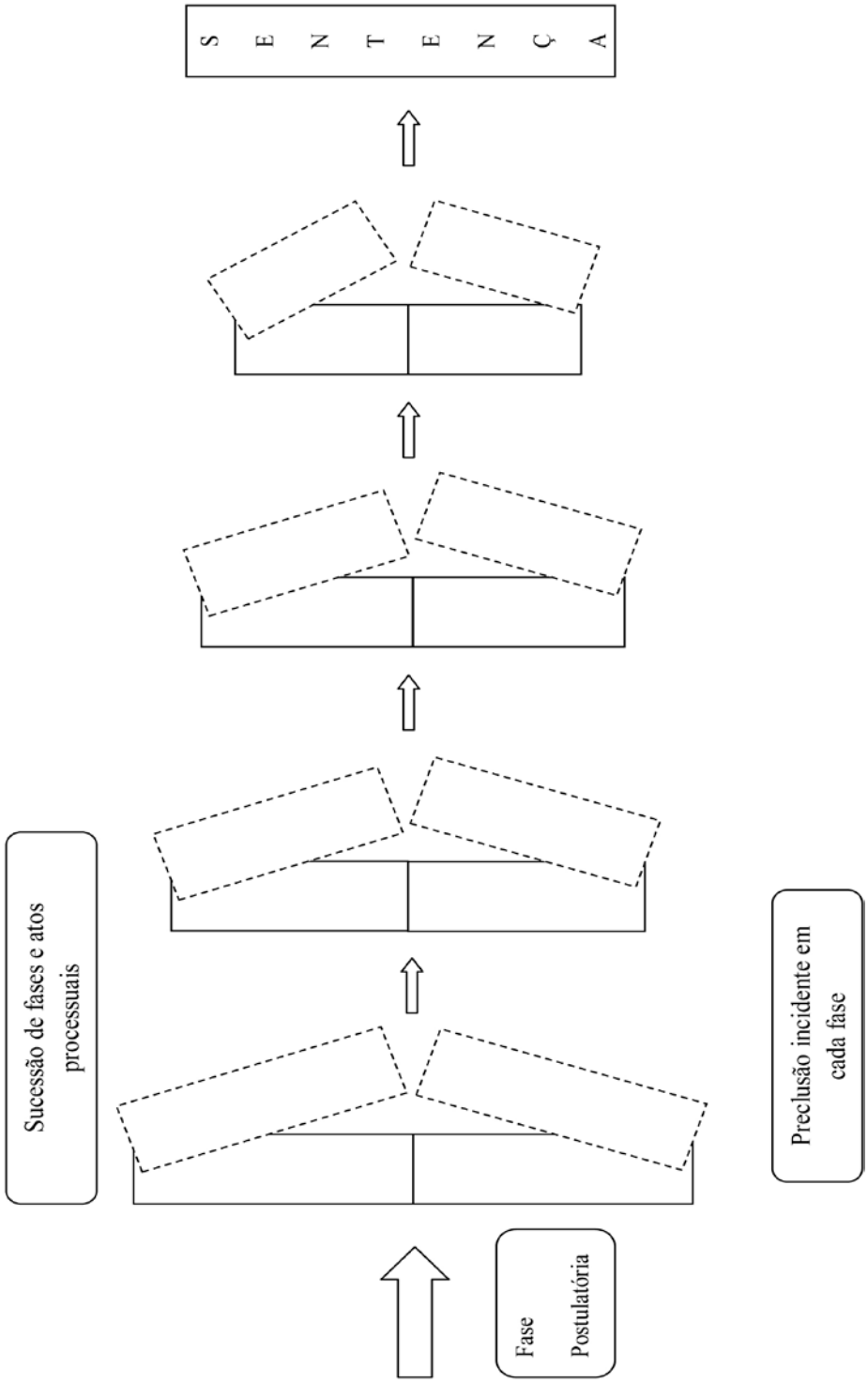

Figura - 2 Estrutura linear do processo judicial.

2.5.5. Etapas da mediação

A mediação, como já afirmado, não possui uma estrutura procedimental rígida. Não possui fases obrigatórias ou um *"iter"* por onde as partes deverão necessariamente transitar durante o processo. A afirmação, no entanto, não significa que a mediação se desenvolva sem um direcionamento, ou não possua etapas de desenvolvimento. É possível observar no processo de mediação uma regularidade na condução destas etapas.

Para Adolfo Braga Neto e Lia Regina Castaldi Sampaio, as etapas da mediação representam uma expressão da sua dinâmica e os autores a definem afirmando que "o processo de mediação possui intrinsecamente um dinamismo que para ser bem compreendido e situado, precisa ser decomposto em etapas."[111] O conhecimento destas etapas permite a compreensão dos meios e das ferramentas disponíveis ao mediador para a condução do procedimento.

A mediação pode ser observada e praticada através de entendimentos diversos. Mediadores experientes podem, inclusive, seguir um procedimento pessoal para conduzir a mediação. Contudo, apesar da ausência de formas fixas, o mediador deverá, ao menos, realizar uma sessão de pré-mediação antes de declarar a sua abertura e prosseguir nas sessões marcadas para o procedimento[112].

2.5.5.1. Pré-mediação

A primeira providência a ser tomada, quando da busca pelos serviços de mediação como meio de administração de conflitos, é trazer aos interessados todas as informações pertinentes, uma vez que a adesão voluntária ao processo é absolutamente necessária para a sua realização. A mediação importa pela vontade das partes em participar. Esta adesão voluntária só pode ser captada através do amplo conhecimento da parte sobre o que é a mediação e como ela se desenvolverá. Com este objetivo, é realizada a pré-mediação.

A pré-mediação é um encontro preliminar em que as partes terão o seu primeiro contato com o processo de mediação e serão informadas acerca das suas características. É

---

[111] SAMPAIO, Lia Regina Castaldi, BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos.* São Paulo: Brasiliense, 2007. (Primeiros passos) p. 44.

[112] Para os autores, o processo de mediação se desenvolve em "oito etapas que devem ser percorridas pelo mediador em conjunto com os mediados" e estão assim identificadas: pré-mediação; abertura; investigação; agenda; criação de opções; avaliação das opções; escolha das opções; e solução. Op. cit. p. 44.

um momento de grande importância, porque é nele que as partes tomarão conhecimento sobre as regras de conduta que as vincularão, como por exemplo, a confidencialidade quanto aos fatos, quanto às narrativas e intenções das partes e suas eventuais propostas para a solução do conflito. As partes também serão informadas sobre as ferramentas disponíveis ao mediador na condução do processo[113], e sobre os efeitos legais da eventual formulação de um acordo. Apesar de estar elencada como uma das etapas da mediação por Braga Neto[114], o próprio autor informa que existe o entendimento de que a pré-mediação não integra propriamente o processo; porém, a sua realização permite que as partes firmem um entendimento sobre a conveniência – ou não – em aderir ao procedimento. Durante a pré-mediação, as partes serão instadas em expor ao mediador as questões que originaram o conflito, o que lhe dará oportunidade de observar se a mediação é a melhor escolha para a administração do conflito que envolve as partes.

Pressupondo a adesão voluntária das partes e a adequação da mediação para o conflito apresentado, o mediador auxiliará as partes na escolha do profissional que conduzirá o processo, podendo este profissional ser outro mediador habilitado e não aquele que realizou a pré-mediação. As partes estarão, a partir deste instante, cientes de como o processo se desenvolverá, haverá conhecimento das datas e dos locais das sessões, das obrigações pelo comparecimento, das despesas do processo e de seu rateio.

As despesas no processo de mediação têm um tratamento diverso daquele dispensado ao processo judicial. O provimento jurisdicional se caracteriza por apreciar o pedido que lhe é direcionado e atribuir a uma das partes o objeto da demanda, através da declaração de procedência do pedido; ao perdedor, a sentença estabelece a obrigação de custear os encargos financeiros realizados para que a decisão de mérito fosse prolatada.

A mediação, por outro lado, cuidadas questões financeiras de forma aberta, o que lhe confere diversas possibilidades de tratamento, estipuladas ao consenso das partes. Os encargos financeiros relacionados com o trabalho do mediador deverão ser objeto de previsão antes do início do processo, ressalvados os serviços de mediação públicos ou privados gratuitos, que não importarão em despesas para as partes. A remuneração do trabalho do mediador e dos assistentes técnicos e advogados (se necessários) deverá ser calculada por hora trabalhada, seguindo uma orientação de ordem ética, uma vez que os

---

[113] Como por exemplo, a possibilidade da oitiva em separado de cada parte, o chamado *"caucus"*.
[114] SAMPAIO, Lia Regina Castaldi, BRAGA NETO, Adolfo. Op. cit. 47.

critérios comumente utilizados de aferição do “quantum” patrimonial envolvido, ou ainda a adoção de critérios “ad êxito” se revelam inadequados por representar severa distorção das características primárias da mediação.

Tendo em vista que a mediação não possui um procedimento solene erigido sobre regras de natureza pública, de caráter cogente, é salutar que as partes não estejam praticando nesta etapa atos vinculantes ou direcionados ao conhecimento do conflito.

2.5.5.2. Abertura da mediação

A abertura da mediação ocorre com a chamada das partes para a “primeira sessão”. Neste primeiro encontro, as partes terão reiteradas as regras pelas quais o mediador conduzirá o procedimento, o que mantém em aberto a agenda da adesão voluntária ao processo. É neste primeiro encontro que o mediador recebe os relatos iniciais das partes sobre o conflito que as aflige. O mediador recebe e analisa estes relatos de forma objetiva e, através da técnica de *escuta ativa*, procura alcançar além do recorte visível do conflito, atingindo a real – em oposição à meramente formal – dimensão do problema alocativo que lhe é proposto.

Este primeiro relato das partes frequentemente está manchado com a valoração típica “certo *versus* errado” da conduta adversarial. O mediador irá, então, procurar estabelecer uma abertura ao diálogo entre as partes, arrefecendo a atmosfera de contenda e criando uma descontextualização que servirá para estabelecer as bases onde a recontextualização se desenvolverá.

2.5.5.3. Sessões de mediação

As sessões subsequentes à abertura da mediação – os encontros de *prosseguimento* – serão realizadas de maneira a atender as particularidades do caso, devendo refletir à disponibilidade das partes em atender ao procedimento e também à forma pessoal de condução do processo pelo mediador. Durante o desenvolvimento destas sessões o mediador poderá utilizar das técnicas que lhe são disponíveis para alcançar um aprofundamento do diálogo entre as partes, em um sucessivo esforço para romper os limites contextuais do conflito e co-construir um novo cenário para a relação. É no decurso destes encontros que o mediador pode vir a utilizar uma das ferramentas mais importantes

para o desenvolvimento do processo: o *caucus*. Esta técnica consiste na oitiva em separado das partes[115] e tem por objetivo a obtenção de uma percepção detalhada e unilateral sobre o conflito. As informações assim obtidas poderão fornecer ao mediador elementos adicionais sobre o conflito que não foram trazidos durante o discurso das partes. Importa mencionar que as informações reveladas ao mediador durante o *caucus* não poderão ser por ele apresentadas à outra parte sem que haja expressa e prévia autorização de seus participantes.

Outras ferramentas estão disponíveis ao mediador para oferecer às partes uma percepção mais abrangente sobre o conflito. É possível a consulta a um técnico externo, que trará aos participantes um alcance diferenciado sobre as qualidades do conflito e suas implicações, permitindo acrescer um novo referencial, notadamente prospectivo, que as partes poderão utilizar em uma eventual composição.

Um aspecto de relevo pode aqui ser considerado: a utilização de um técnico externo permite dar às partes uma informação qualificada sobre o conflito e seu desenvolvimento e, ao mesmo tempo, resguardar a neutralidade do mediador, garantindo uma precisa delimitação de sua atuação junto às partes. Esta delimitação não apenas permite a manutenção da sua neutralidade, mas confere também credibilidade à informação técnica trazida, garantindo uma liberdade de interpretação e de "apropriação conceitual" a ser realizada pelas partes.

Considerando que a mediação procura restabelecer a comunicação rompida e que seu foco está na relação intersubjetiva dos sujeitos, uma eventual composição deverá ser construída de forma conjunta. É importante que o mediador não receba sobre si a carga de responsabilidade pelo exercício interpretativo que as partes farão sobre as informações técnicas prestadas.

As partes, no curso do processo, poderão realizar entendimentos parciais sobre aspectos determinados do conflito que necessitam ser vencidos ou ao menos receber um tratamento transitório. É uma forma de garantir que aspectos secundários do conflito sejam observados e não venham, posteriormente, a representar um óbice ao desenvolvimento exitoso do processo. Estes "acordos" parciais podem, inclusive, ser objeto da incidência de outras formas de administração de conflitos, como uma arbitragem incidental ou até mesmo uma decisão judicial. Importa considerar que tais agendas paralelas ou coadjuvantes devem participar na exata medida em que prestam auxílio no

[115] Ou da parte em conjunto com alguém do seu círculo direto de relações.

desenvolvimento da mediação, não podendo ingressar na temática nuclear do processo de mediação. A formulação de acordos incidentais sobre partes do conflito não se confunde com a fixação de valores hipotéticos – desprovidos de qualquer vinculação para as partes – ou de cenários de composição que o mediador trabalha com o objetivo de facilitar a convergência; estes sim poderão versar sobre temas nucleares.

As sessões de mediação incluem ainda a possibilidade do encontro de circunstâncias em que a continuidade do procedimento não é recomendável sem uma intervenção externa que servirá de apoio. É o caso do direcionamento das partes, para que recebam o acolhimento por redes sociais, seja de natureza terapêutica ou alguma outra espécie de auxílio. Pode inclusive acontecer que determinadas situações recomendem ao mediador a suspensão da mediação, até que as causas que originaram o acolhimento externo estejam solucionadas ou ao menos minoradas.

2.5.5.4. Conclusão da mediação

A mediação pode vir a ser concluída com a formulação de um acordo pelas partes. No entanto, a conclusão através de um entendimento formal pelas partes não é necessária e nos parece impróprio que a mediação seja entendida como uma ferramenta destinada à produção de acordos como sua vocação finalística. A mediação tem por objetivo restaurar a comunicação rompida entre as partes e dar a cada um a percepção ampla a respeito das posições e interesses alheios em dada circunstância. É deste tratamento que poderá emergir ao final uma composição consubstanciada em um acordo de vontades.

Aguardar o acordo, em princípio, como objetivo a ser alcançado – como fiel ao êxito ou fracasso do processo – produz uma expectativa capaz de induzir uma motivação que propicie a formulação de um acordo. O mediador experiente deve observar de forma cautelosa a sua produção. É possível que o entendimento esteja, de fato, reproduzindo apenas uma situação de ascendência de uma parte por sobre a outra. Mediadores relatam que não é de todo incomum a apresentação de um acordo prévio formulado entre partes que apenas iniciaram os procedimentos. O acordo, se obtido, deverá corresponder a uma manifestação genuína das partes, em que a convergência obtida durante o processo antecipe de forma virtuosa a execução da avença. Esta convergência de posições e interesses é que serve de motivação para que as partes a cumpram. Isto não que dizer necessariamente que acordos formulados em dado cenário não possam vir futuramente a

sofrer com situações supervenientes, cuja influência promova em consequência uma inobservância dos termos iniciais.

Assim, resta claro que a expectativa pela obtenção de um acordo é descabida, porque a sua produção não constitui um resultado seguro e previsível. Ademais, como já dito, o acordo não representa a finalidade única da mediação, muito embora a sua produção seja desejável; por fim, cabe ainda, no caso da obtenção de um acordo, que ele informe uma legitimidade jurídica, atendendo a este particular por intervenção do mediador ou de auxiliares técnicos, com o cuidado de cumprir o ordenamento jurídico pátrio e respeitar os contornos da administração integral do conflito, o que compreende mais do que apenas a projeção de uma eventual disputa.

O termo de acordo deverá ser redigido de forma clara, se possível atendendo ao nível de escolaridade dos destinatários, para que eles possam inferir da apreciação uma percepção inequívoca acerca dos vetores de conduta que deles se esperam.

2.5.6. Características da mediação

Conhecido o conceito de mediação, podemos extrair vários elementos constitutivos para observação.

1) Quanto ao mediador;

    Equidistância das partes, neutralidade;

    Ausência de poder decisório sobre o objeto do conflito ou da conduta das partes;

    Intervenção pró-ativa;

    Dever de confidencialidade.

2) Quanto às partes;

    Aptidão psíquica (capacidade jurídica na acepção civil);

    Adesão voluntária;

    Conduta de boa-fé e observância das regras do procedimento de mediação fixadas previamente.

2.5.6.1. Equidistância das partes, neutralidade

O mediador, ao conduzir o procedimento de mediação, deverá manter postura equidistante em relação às partes em conflito, conservando uma desejável postura de neutralidade, não permitindo que seus conceitos e preferências pessoais interfiram em sua condução ou que sejam estabelecidos vínculos capazes de turvar a objetividade, dando margem ao favorecimento de qualquer dos atores. A equidistância poderia ser referida como um dever de imparcialidade do mediador, como ocorre no processo judicial. A preferência pelos vocábulos equidistância e neutralidade ocorre em virtude do entendimento já apontado, em que as partes são reconhecidamente desiguais e a condução do mediador atuará no sentido de *empoderar* uma das partes, estabelecendo o equilíbrio entre eles.

2.5.6.2. Ausência de poder decisório sobre o objeto do conflito ou da conduta das partes

O mediador está investido pelas partes do poder de condução do procedimento. Este *"poder"* – termo aqui empregado em sentido estrito – decorre da adesão das partes ao procedimento mediador e está plenamente estabelecido e conhecido em detalhes, desde o momento em que as partes admitiram a possibilidade da escolha desta via como a adequada para a administração do conflito em que se envolveram. Este poder não representa em qualquer medida uma forma de ascendência sobre os interesses de qualquer dos participantes ou sobre o objeto do conflito.

2.5.6.3. Intervenção pró-ativa

Para realizar o procedimento que está sob seus cuidados, o mediador deve manter uma postura pró-ativa, realizando reuniões, marcando sessões, atuando de modo a permitir que as partes estabeleçam diálogo, favorecendo a formulação de propostas, realizando intervenções por ocasião da formulação de propostas contrárias ao ordenamento legal, ou que notoriamente não possam ser cumpridas, ou ainda optando por concluir o procedimento diante da sua improdutividade.

2.5.6.4. Dever de confidencialidade

Ao aceitar a condução do procedimento, o mediador assume que todas as informações trazidas previamente pelas partes, revelações durante o curso do procedimento, registros, propostas ou tentativas realizadas são absolutamente confidenciais e não poderão ser utilizadas posteriormente para qualquer finalidade, em especial na instrução de qualquer ação judicial posterior ao término da mediação. O dever de confidencialidade – dentre as características essenciais da mediação – exerce papel de real importância na adesão voluntária das partes ao procedimento.

2.5.6.5. Aptidão psíquica

As partes, ao aderirem ao procedimento mediador, deverão fazê-lo em atmosfera de plena capacidade psíquica. A capacidade de ser parte pressupõe que o indivíduo não esteja impossibilitado de se orientar segundo suas convicções e interesses e também que compreenda as consequências de seus atos e da formulação de acordos.

2.5.6.6. Adesão voluntária

No procedimento mediador – diferente do que ocorre no processo judicial –, as partes participam voluntariamente. A adesão voluntária é de tal importância para a condução, que se em algum momento do procedimento qualquer das partes demonstrar a sua falta de adesão aos trabalhos, a mediação será interrompida. A responsabilidade na construção do entendimento – seja representada por um acordo ou não – é mútua e não pode ser entregue nas mãos de apenas um dos participantes.

2.5.6.7. Conduta de boa-fé e observância das regras do procedimento de mediação fixadas previamente

A participação dos atores que buscam a administração de um conflito através da mediação importa na aceitação das regras intrínsecas do procedimento. A mediação está estabelecida sob a gerência de uma série de regras procedimentais – e que não se confundem com o formalismo procedimental do processo tradicional – e que são conhecidas pelos atores desde o primeiro contato com o procedimento. Estas regras implicam na aceitação da confidencialidade, no conhecimento e aceitação da oitiva em

separado das partes à conveniência do mediador[116], do dever de participar das sessões e de veracidade nas informações prestadas. Ademais, espera-se dos participantes uma atuação permeada pela boa-fé, em que estejam presentes padrões de comportamento condizentes com a ética, a confiança e a lealdade.

2.5.7. Ferramentas da mediação

A mediação possui à sua disposição inúmeras ferramentas e métodos de intervenção. O mediador trabalha essencialmente através da identificação dos elementos do conflito trazidos pelas partes e, através de questionamentos retrospectivos e prospectivos, estabelece uma descontextualização e posterior recontextualização, que pode conduzir a um acordo.

A principal ferramenta à disposição do mediador são as perguntas. Elas são realizadas de forma a retirar a parte da sua narrativa usual sobre o conflito. As partes estabelecem, de acordo com seu entendimento pessoal sobre determinada circunstância, uma construção que privilegia determinados aspectos dos fatos em detrimento de outros. É comum que a interpretação daqueles que presenciaram um mesmo evento enfoque características diferentes do ocorrido. As perguntas do mediador procuram retirar a parte desta narrativa construída e proporcionar um resgate da experiência original, no qual as distorções ou eliminações de conteúdo são convertidas em informação que o mediador utilizará para estimular as partes em uma reflexão positiva e posterior recontextualização.

Através dos questionamentos, o mediador pode encontrar inconsistências nas narrativas e auxiliar as partes na obtenção de uma reformulação do conteúdo apresentado. O mediador pode ao reformular a narrativa, permitir que a parte observe o seu conteúdo por outro ângulo, abrindo um novo contexto. A reformulação de conteúdo procura apresentar uma percepção positiva das características dos fatos, pessoas e seus atos, permitindo que aconteça uma revalorização que servirá de base para a reconstrução do diálogo.

A mediação não exige que os mediadores sejam profissionais de formação primariamente jurídica. Profissionais de outros ramos do conhecimento também poderão

---

[116] Esta oitiva em separado é uma das técnicas disponíveis ao mediador durante o procedimento. Referida habitualmente pelo nome de *Caucus*.

ser devidamente habilitados ao exercício da mediação[117]. Esta característica multidisciplinar permite um amplo espectro de atuação nas diversas regiões temáticas e também de colaboração entre os mediadores. Uma das formas usuais de colaboração entre mediadores é a chamada co-mediação.

A co-mediação é aquela praticada por mediadores que atuarão em conjunto durante todo o processo, buscando a administração do conflito existente entre as partes. A mediação, quando praticada nesta modalidade de colaboração, pode envolver mediadores de formação originária distintas, como por exemplo, o profissional da área jurídica e outro oriundo da psicologia. A co-mediação multidisciplinar permite que o processo receba um conhecimento agregado decorrente da percepção de saberes distintos. A co-mediação também é útil na manutenção do distanciamento do mediador e das partes, evitando, assim, que ocorra a captação e formação de alianças indesejadas. A co-mediação pode ser realizada também por profissionais não apenas de formações originárias diversas, mas também por distinção de sexos. A adoção de um modelo de co-mediação em que estejam presentes um mediador e uma mediadora pode vir a ser útil em questões familiares ou em outras em que a parte possa se sentir mais confortável ao tratar de eventos ou problemas pessoais com pessoas do mesmo sexo.

A co-mediação pressupõe uma capacitação do mediador na condução do processo em conjunto. Espera-se que o mediador envolvido nesta modalidade de intervenção possa, de fato, trabalhar em conjunto. De nada vale a adoção desta modalidade se os próprios mediadores – na busca da retomada do diálogo entre as partes – são incapazes de construir um ambiente de colaboração. Os mediadores poderão trabalhar em sucessão, procurando estabelecer um complemento à atuação daquele que está na condução do processo. Os co-mediadores poderão também atuar em revezamento, realizando cada qual uma parte da dinâmica da intervenção, ou poderão atuar de forma indistinta, trazendo sua colaboração às particularidades do processo em pauta.

O mediador, conforme já mencionado, poderá realizar a oitiva *em separado* das partes do processo de mediação. Esta reunião denominada de *caucus* permite que o mediador possa colher dados e impressões sobre o conflito existente entre as partes e que não estão claramente expressos em suas narrativas. O *caucus* separa as partes em uma

[117] O profissional da área jurídica também deverá ser habilitado para a prática da mediação. A formação jurídica tradicional por si só não o capacita.

reunião privada com o mediador e, a parte distante da pressão exercida pela contraparte, pode se sentir à vontade para relatar integralmente sua percepção dos fatos e o seu lugar na dinâmica das relações em discussão. O mediador poderá utilizar estes encontros privados para permitir a expressão livre das partes sem que com isso possa haver um recrudescimento da animosidade entre elas, ou ainda para restabelecer o equilíbrio do processo diante de comportamentos inadequados das partes. As possibilidades da realização destes encontros deverão estar previamente ajustadas na pré-mediação e a revelação do seu conteúdo deverá ser autorizada expressamente pelo participante.

2.5.8. Natureza Jurídica

A mediação apresenta natureza jurídica de contrato. As partes envolvidas na mediação reúnem-se com vistas à obtenção de um ponto em comum e para tal são auxiliados por um terceiro contratado que exercerá seu mister orientando-os na produção de consequências jurídicas. Braga Neto[118] informa neste particular que o terceiro ao auxiliar as partes na extinção ou criação de direitos se apóia nos *"princípios da boa-fé e da autonomia das vontades, preservando durante seu procedimento o da igualdade das partes"*.

Segundo o autor[119], pode-se classificar o contrato de mediação como (i) plurilateral, (ii) consensual, (iii) informal e (iv) oneroso. É plurilateral envolvendo um mínimo de três participantes, os mediandos e o mediador; É consensual, pois nasce da vontade conjunta das partes dirigida ao uma finalidade; É informal porque não apresenta regras rígidas de procedimento como acontece na jurisdição; É oneroso porque haverá remuneração do mediador pelos serviços prestados.

Não obstante o entendimento de que a mediação tem natureza jurídica de contrato, entendemos que tal natureza não reflete as complexidades da modalidade e que tal adoção entrega um ideário sensivelmente menor do que realmente representa. Para nós, a mediação possui natureza processual.

---

[118] BRAGA NETO, Adolfo. Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto de. (coord.) *As grandes transformações do Processo civil brasileiro*: Homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 496.
[119] Ibidem.

2.5.9. Modelos de mediação

O procedimento mediador pode ser realizado através de métodos que atendem a concepções e ideologias distintas. Estes métodos são formas pelas quais o procedimento mediador será conduzido e não podem ser apontados como a abordagem correta ou não para a prática. Um dos aspectos de relevo da mediação é que o procedimento não está adstrito a uma forma rígida. A ausência de uma formalidade permite, inclusive, que o mediador venha a desenvolver sua própria metodologia. No entanto, três modelos se destacam por suas características intrínsecas e, segundo Marines Suares[120], podem ser focados na obtenção de acordos, na reconstrução da relação e na transformação da relação intersubjetiva produzida pela capacidade das partes em realizar a alteridade ultrapassando seus interesses pessoais e realizando um novo paradigma de relacionamento social.

2.5.9.1. Modelo Tradicional-linear de Harvard

O modelo de Harvard está basicamente destinado à produção de acordos. As partes desenvolvem – auxiliadas por um negociador – uma aproximação com vistas à descoberta de interesses comuns. Estes interesses são desenvolvidos para convergirem em uma solução que produza vantagens recíprocas. Os participantes são conduzidos pelo negociador a reconhecer seus interesses e suas posições; com estes pontos conhecidos as partes irão buscar soluções criativas que serão transformadas em propostas. O objetivo deste modelo é sempre a obtenção de um acordo que possa ser considerado viável pelas partes, sem que seja necessário colocar em pauta aspectos subjetivos do conflito. A tarefa do negociador está em estimular as partes ao diálogo e à formulação de soluções. O método se desenvolve de forma linear, buscando a resolução de situações que podem impedir o sucesso das tratativas.

2.5.9.2. Modelo Circular-narrativo de Sara Cobb

O modelo circular-narrativo está voltado primariamente para a reconstrução da relação intersubjetiva. Ele opera através de intervenções reflexivas, em que ocorre a ressignificação dos conteúdos trazidos ao procedimento. Os posicionamentos formadores da relação conflituosa estão estabelecidos e em interação antes de se tornarem conflitantes

---

[120] SUARES, Marines. *Mediación:* conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Piados, 1997. p. 41-66.

e são parte de uma complexa rede de fatores, crenças e interesses. Neste modelo de intervenção, o mediador irá, através da formulação de perguntas, conhecendo a opinião das partes e permitindo que elas se expressem livremente sobre os significados que as narrativas fornecem. Esta interação segue uma circularidade, devolvendo a cada parte um ponto de vista que não o seu próprio, o que é um aspecto essencial para o estabelecimento de uma aproximação. A transformação das narrativas permite às partes alterar as suas posições no evento conflituoso.

Francisco Diez e Gachi Tapia[121] afirmam que a perspectiva circular narrativa desenvolvida por Sara Cobb encontra sua origem nos trabalhos de Michel White, que busca conhecer os significados atribuídos, pelas pessoas, aos fatos e às atitudes de outras pessoas, as relações entre elas, o contexto cultural e seus valores. As narrativas que os indivíduos desenvolvem sobre si, e aquelas provenientes da realidade circundante, se relacionam com uma identidade pessoal construída. A alteração da narrativa de conflito, dentro desta perspectiva, interfere positivamente, pois para poder mudar a dinâmica do conflito, existe a necessidade de alterar a *narrativa* com a qual as pessoas chegam ao processo de mediação, com a geração de uma história alternativa que permita a mudança do foco do conflito.

2.5.9.3. Modelo Transformativo de Bush e Folger

O modelo transformativo afirma que, durante o procedimento mediador, as partes podem – através da possibilidade de crescimento moral que o conflito representa – ingressar em um novo paradigma de relacionamento social. Por meio do exercício da revalorização e do reconhecimento, as partes passam a assumir a capacidade de gestão de seus próprios problemas e se tornam responsáveis pelo cumprimento de suas proposições. A valorização estabelece ao participante da mediação um sentimento de clareza, de calma e de confiança em sua capacidade de resolução das dinâmicas que o conflito lhe impõe, permitindo que a sensação de debilidade e de confusão que estão normalmente associadas a este evento possam ser contornadas. O reconhecimento propicia à parte a capacidade observar o conflito de uma ótica onde a sensação inerente de autodefesa e de foco exclusivo em seus próprios conceitos seja ultrapassada e a partir de então seja capaz de

[121] DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. Op. cit. p. 26.

enxergar além de suas necessidades, alcançando o conhecimento das necessidades do outro.

Este aspecto transformativo, apesar de desejável, não é a busca do mediador. A proposição dos autores é que o mediador esteja consciente desta possibilidade e permita que as intervenções não sejam limitadas exclusivamente à obtenção de acordos.

Conforme anteriormente mencionado, os métodos de mediação não podem ser reciprocamente excludentes em um panorama onde um seria o modo correto de proceder em detrimento dos demais que estariam condenados ao erro. A observação da prática do mediador esclarece que em uma mesma intervenção podem ser utilizados ferramentas e conceitos próprios de modelos diferenciados. Esta diversidade de métodos permite que o mediador trabalhe com maior eficácia, além de propiciar um desejável aperfeiçoamento da própria mediação enquanto saber.

2.5.10. Formação e a ética dos mediadores

Existe uma sensata preocupação quando está em pauta a questão da formação e da ética dos mediadores. Enquanto os métodos de mediação estabelecem novas técnicas de intervenção e administração de conflitos, uma parcela de críticos afirma que a mediação pode representar apenas uma forma velada de manipulação e de opressão social. A *"história da opressão"*[122] retrata a utilização da mediação como instrumento para aumentar o poder dos mais fortes em relação aos mais fracos. A ausência de regras rígidas e de "neutralidade" do mediador poderia servir para esconder a coação do mais forte ou a inexistência de controle sobre a direção do procedimento, incluindo aí a indevida inserção dos conceitos pessoais e preferências do mediador no tocante à solução a ser obtida.

A primeira iniciativa legislativa em matéria de mediação data de 1998, mas apenas recentemente, com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, em 29 de novembro de 2010, é que uma regulação foi produzida sobre a matéria. É importante reiterar que duas iniciativas legislativas foram objeto de deliberação: o Projeto de Lei da Câmara nº 94 (nº de origem na Câmara dos Deputados 4827/1998), de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, com aprovação na forma substitutiva pelo Senado Federal, e retirado de pauta, e o Projeto de Lei nº 632/2007 da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

[122] BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. Op. cit. p. 50

sobre a instalação dos Setores de Conciliação para as Varas de Família, que faz referência marginal à mediação.

Durante o período em que os projetos estiveram em trâmite nas casas legislativas, a questão da formação do mediador esteve presente e foi objeto de acirradas discussões. O projeto de lei original estabelecia que a função de mediador pudesse ser exercida "por qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito".[123] O projeto substitutivo aprovado pelo Senado Federal alterou esta disposição e estabeleceu a competência 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[124].

A mediação é um procedimento dotado de caráter multidisciplinar. Profissionais de diversos ramos podem estar habilitados ao exercício do procedimento e não apenas aqueles da área jurídica. A referência do projeto de lei original a "qualquer pessoa capaz" como apto ao exercício da mediação é menos restritivo do que o dispositivo legal posteriormente aprovado.

O profissional do Direito é, sem dúvida, capacitado ao exercício da mediação, mas não sem antes receber um treinamento específico para tal. A formação do advogado, e do profissional do Direito em geral, está inserida em uma postura claramente adversarial. O profissional do Direito tem à sua disposição instrumentos com os quais ele exerce verdadeiro combate ritualizado, em que seu "único" interesse é sobrepujar as investidas que são lançadas contra o interesse que defende. Esta formação adversarial não se encaixa nos objetivos da mediação, motivo suficiente para que este profissional passe por treinamento teórico e prático antes de se poder considerar habilitado ao exercício da atividade.

A experiência de outros países é capaz de auxiliar no desenvolvimento dos programas de mediação e impedir que as iniciativas sejam pautadas pelas balizas de "tentativa e erro". A mediação não é uma expertise que se obtém através do conhecimento teórico apenas. Para Stulberg e Montgomery[125], "(...) as pessoas podem adquirir o

---

[123] Artigo 2º do Projeto de Lei da Câmara nº 4827/1998.
[124] Artigos 11, 12, 15 e 16 do Projeto de Lei nº 94/2002.
[125] STULBERG, Joseph B.; MONTGOMERY, B. Ruth. Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores. In: AZEVEDO, André Gomma. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* n. 1, v. 2. Brasília: Grupos de Pesuisa. 2003. p. 111.

conhecimento e o treinamento necessários ao desempenho dessa função. Alguns indivíduos podem ter tendências naturais a obterem sucesso nesse papel, mas ninguém nasce mediador."

Os autores revelam que na década de 60 e início da década de 70, houve grande desenvolvimento da metodologia utilizada nos programas de formação de mediadores, mas este desenvolvimento ocorreu em uma "nebulosa ininteligível"[126] e combinava conhecimento dos campos do direito, psicologia, antropologia, comunicação e sociologia de grupo, com o objetivo de capacitar as pessoas e atender as necessidades dos programas. O estudo por eles proposto relaciona e identifica os "pontos centrais necessários a qualquer programa de formação de mediadores", começando com uma análise dos deveres do mediador e os requisitos para que ele possa cumprir sua missão, passando pelas habilidades e estratégias utilizadas na condução dos trabalhos, como ocorre o treinamento do mediador e o modo pelo qual é possível promover uma avaliação da eficácia dos programas de mediação.

O trabalho do mediador é substancialmente o de aproximar as partes, estabelecer o diálogo entre elas e auxiliá-las no desenvolvimento de suas perspectivas – e também a observação em perspectiva reversa –, para que possam dar uma destinação ao conflito existente entre elas. O mediador estrutura a discussão e observa enquanto as partes examinam criativamente um amplo espectro de soluções razoáveis para o conflito, e cuida para que as propostas estejam inseridas em um contexto de legalidade. Existe no trabalho do mediador uma liberdade de atuação, uma vez que o processo de mediação não está submetido a regras rígidas.

O próprio Stulberg nos remete a outro texto[127] de sua autoria, em que ele descreve pormenorizadamente as funções do mediador:

> "(...) as principais funções do mediador incluem: presidir a discussão; esclarecer as comunicações; educar as partes; traduzir propostas e discussões em termos não polarizados; expandir recursos disponíveis para o acordo; testar a realidade das soluções propostas; garantir que as soluções propostas sejam capazes de ser

[126] Ibidem. p. 112.
[127] STULBERG, Joseph B. *The theory and practice of mediation*: A reply to professor Susskind. 6VT. L. REV. 85. 94-95 (1981).

> anuídas; servir como um bode expiatório para a veemência e frustação das partes; e assegurar a integridade do processo de mediação. A fim de desempenhar estas responsabilidades com eficácia, um mediador pode ser neutro, imparcial, objetivo, flexível, inteligente, paciente, persistente, enfático, um ouvinte eficaz, imaginativo, respeitado na sua comunidade, honesto, confiável, não superprotetor, perseverante, persuasivo, enérgico e otimista."

Em seguida, o autor conclui que "ao mesmo tempo em que estas parecem ser características de um santo, muitas pessoas, de fato, possuem a maioria dessas características em um nível suficiente para serem mediadores capazes".

Com um grande número de habilidades envolvidas, como apontado, torna-se necessário atentar para um meio eficaz de seleção. A procura dos candidatos à mediação envolve pessoas que se interessem em atuar como mediadoras, excluindo durante a seleção aquelas que não possuam o tempo necessário disponível ao programa, aqueles demasiadamente inexperientes, que possuam reputação que prejudique sua imagem de elemento imparcial ou neutro ou que sejam detentores de uma percepção amplamente equivocada sobre a mediação e seus fins. Realizada a seleção dos candidatos ao exercício da mediação, a proposta dos autores impõe a capacitação teórica através da participação em seminários, que para eles encerram significativa importância, já que são descritos como o "ponto principal do treinamento de mediadores", sendo constituídos normalmente de um mínimo de vinte e cinco horas-aula.

Os seminários serão constituídos de conceitos teóricos, que serão demonstrados através de exercícios e da realização de exercícios simulados, em que os conceitos aprendidos servirão para ilustrar praticamente o processo de mediação, auxiliando no desejado desenvolvimento das habilidades necessárias à atividade.

Um ponto interessante feito explícito é a questão da "experiência equivalente" em administração de conflitos, que permitiria ao candidato a mediador ser dispensado do conteúdo programático dos seminários.

Os autores colocam sob análise especificamente o caso dos advogados e dos terapeutas:

> "(...) Advogados, por exemplo, geralmente acreditam que não precisam de um treinamento em mediação por já possuírem uma experiência de trabalho diária que exige que lidem com partes em controvérsia; mas tal atitude interpreta erradamente a natureza do processo de mediação e as habilidades requeridas por um interventor para gerar acordos. É improvável que um advogado, por meio de seu treinamento ou prática jurídica formal, tenha prestado atenção para a maneira pela qual uma terceira parte neutra persuade as partes para entrar em um acordo. Similarmente, terapeutas, por meio de treinamento, podem ser eficientes, ouvintes empáticos, mas sua formação não os prepara adequadamente para desempenhar as tarefas do mediador de elucidar as questões, mover as partes energicamente para superarem impasses ou levá-las a formar compromissos concretos de ação."[128]

Com o aprendizado teórico e o início do desenvolvimento das habilidades desejáveis ao exercício da mediação, realizado através dos exercícios propostos, o candidato a mediador avançará para a etapa prática e nesta sequência irá, à semelhança de um pitagórico, aprender pela observação do trabalho de mediadores experientes, acompanhando as sessões que eles estiverem conduzindo. O aprendiz não participa ativamente da mediação em si, mas tem, ao final de cada sessão, uma reunião com o mediador que conduz o processo para avaliar os acontecimentos, reportar seu entendimento, expor suas estratégias de abordagem das questões suscitadas e avaliar criticamente os pontos favoráveis e fracos destas propostas, bem como expor seu entendimento sobre as técnicas empregadas pelo mediador durante a sessão. Apesar da aparente passividade da atividade de observação, a reflexão crítica induzida no aprendiz torna o processo de aprendizado essencialmente ativo.

O estágio seguinte será levado a efeito com a sua participação do processo de mediação na qualidade de co-mediador. Neste estágio, o aprendiz já apresenta um rol de habilidades para a condução de um processo em sua totalidade. A condução do processo

---

[128] STULBERG, Joseph B.; MONTGOMERY, B. Ruth. Op. cit. p. 123.

ficará totalmente sob a responsabilidade do aprendiz, mas um mediador experiente atuará na qualidade de co-mediador, estando a sua intervenção basicamente voltada para atender situações em que ele perceba a necessidade de manter o desenvolvimento construtivo do processo.

A habilidade do aprendiz durante este período recomenda que ele avance para a etapa seguinte em seu treinamento e a participação do co-mediador resta deslocada para a posição de expectador, ficando o aprendiz com a total responsabilidade pela condução dos trabalhos. Atingida esta fase, tem-se a certeza da capacidade do aprendiz em lidar com as diversas situações fáticas que possam surgir durante o processo.

O aprendizado da mediação no Brasil deverá ser realizado perante órgão competente e deverá compreender estudos teóricos e estágio prático. O FONAME – Fórum Nacional de Mediação – possui um Plano de Capacitação em Mediação, pelo qual o candidato a mediador poderá receber treinamento básico e, posteriormente, capacitação para atuar em áreas específicas, além de estudos avançados. É interessante notar que o FONAME apresenta um guia de boas práticas, um verdadeiro Código de Ética, de adesão obrigatória; medida salutar, uma vez que a Resolução nº 125 - que será comentada a seguir - regulamenta a mediação praticada em âmbito judicial.

O Conselho Nacional de Justiça, através da recente Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.[129]

A resolução estabeleceu normas sobre o tratamento adequado dos conflitos de interesses, considerando a mediação e a conciliação instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios; ela busca realizar a uniformização dos serviços de métodos consensuais de solução de conflitos, bem como estabelece requisitos para o exercício da função. A resolução ainda dispõe sobre os cursos de formação de mediadores destinados a magistrados e servidores, onde serão abordados temas pertinentes à administração de conflitos, preparando os profissionais para a prática da conciliação e da mediação. Os cursos estarão divididos em três módulos. Serão ministrados no Módulo I: Introdução aos meios alternativos de solução de conflitos; no Módulo II: Conciliação e suas técnicas e no Módulo III: Mediação e suas técnicas. Os módulos II e III serão

[129] Artigo 1º da Resolução CNJ nº 125 de 29 de Novembro de 2010.

seguidos obrigatoriamente de estágio supervisionado e os certificados de capacitação serão emitidos apenas após sua conclusão.

A atividade dos mediadores também será fiscalizada e os profissionais terão que observar nesse exercício as disposições estabelecidas em um Código de Ética.

Em período anterior à Resolução nº 125 do CNJ, as questões referentes à atuação dos mediadores e à ética estavam sendo observadas através da experiência em mediação existente em outros países. O Código Europeu de Conduta dos Mediadores estabelece aspectos importantes da relação entre o mediador e as partes e serve de orientação, pois o código é de adesão voluntária. A Resolução do CNJ deixa claro que o código de ética constante do Anexo III não dá margem para esta liberalidade que o código europeu concede e "institui o Código de Ética", que representa os "imperativos de sua conduta".

O código de ética estabelece em seu artigo 1º os princípios fundamentais regentes da atuação dos mediadores (e conciliadores) judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes. Ele define o valor de cada um dos princípios mencionados em interpretação autêntica nos §§ 1º a 6º do artigo 1º[130]. O anexo também traz as regras que regem o procedimento de mediação (e conciliação). O artigo 2º, seguindo a mesma conformação do artigo 1º, também realiza a interpretação autêntica dos conceitos de informação, autonomia da vontade, ausência de obrigação de resultado, desvinculação da profissão de origem e teste de realidade[131]. O código de ética ainda traz no artigo 3º a 8º (parágrafo único) as disposições sobre as responsabilidades e sanções a que estão sujeitos os mediadores e conciliadores judiciais.

A Resolução do CNJ nº 125 representa claro avanço no tratamento da mediação enquanto medida apta à administração de controvérsias. A resolução, no entanto, está disciplinando apenas a perspectiva da mediação realizada no âmbito do Poder Judiciário como política pública de prevenção e solução de litígios, restando ainda em aberto a regulação do exercício da atividade na esfera privada.

---

[130] O texto completo da Resolução do CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010 faz parte do corpo de documentos anexos.
[131] Artigo 2º, §§ 1º a 5º.

2.5.11. Conflitos afetos à administração mediadora

A possibilidade da administração de conflitos pela via da mediação está aberta para um amplo espectro de relações sociais. Importa ressaltar que, apesar da capacidade inata da mediação em auxiliar na administração de facetas diversas, a intervenção não deve ser encarada como uma espécie de "solução universal" a ser ministrada em todo e qualquer evento relacional problemático.

A mediação não pode ser realizada em conflitos em que exista violência atual – embora técnicas da mediação possam ser utilizadas como meios auxiliares em tais situações –, ou durante eventos marcados pela incapacidade psíquica ou jurídica dos atores, já que a capacidade nos termos da lei civil é requisito essencial. Alguns autores afirmam que a mediação também não pode ser utilizada em situações em que os sujeitos sejam constitutivamente desiguais, em que estejam presentes direitos indisponíveis ou quando o conflito esteja direcionado a ente de Direito Público.

A mediação, ao contrário da assunção legal da igualdade entre as partes, praticada no processo judicial, parte do pressuposto de que as partes são necessariamente desiguais e através do *empoderamento*[132] – ou revalorização – estabelece o equilíbrio entre elas durante o procedimento.

A questão da indisponibilidade dos direitos é, talvez, a mais polêmica. De fato, entre os princípios elementares do Direito do Trabalho, estão elencados o Princípio Protetor e o Princípio da Indisponibilidade dos direitos. É importante reconhecer que a indisponibilidade dos direitos significa que a sua renúncia ou transação importa em invalidade perante a ordem jurídica. Ora, se não é possível renunciar ou transacionar direitos durante o procedimento mediador, resta claro que isto também não poderá ocorrer durante o processo judicial. Por outro lado, o estabelecimento consensual voltado ao exercício de direitos não representa violação a esta indisponibilidade. O campo dos direitos sociais está repleto de direitos reputados como indisponíveis e a transação envolvendo tais direitos ocorre diuturnamente nas Varas do Trabalho. É possível citar como exemplo os termos de ajuste de condutas realizados pelo Ministério Público ao estabelecer formas diferidas para o cumprimento de disposições legais.

---

[132] Tradução livre do termo *"Empowerment"*.

Em relação ao uso da mediação nos conflitos estabelecidos entre administrados e o poder público, é possível ter em conta o potencial valor em sua utilização. Ao observar as relações de trabalho existentes entre o Estado e seus funcionários, podemos pensar em relações de longo termo, dada a natureza da contratação dos servidores. Relações entre funcionários e também destes com o próprio ente podem ser objeto da intervenção mediadora, com a finalidade de produzir uma melhora nas relações, permitindo reflexos na motivação destes servidores com indireto aumento na eficiência do serviço prestado ao usuário.

2.5.12. Experiências de mediação no direito estrangeiro

A mediação é um meio de administração de conflitos amplamente utilizado em diversos países, como por exemplo a União Europeia, os Estados Unidos, Canadá e até mesmo a América Latina, com uma legislação desenvolvida a respeito na Argentina. A experiência promovida por estes países representa uma rica fonte de recursos para o estudo da mediação, sendo possível observar e mensurar a sua eficiência no trato com conflitos envolvendo diversas questões afetas normalmente ao exercício da jurisdição. É interessante notar também que o desenvolvimento das respectivas legislações pode em muitos aspectos servir de lastro para a idealização de uma regulação nacional, adotando-se recursos e elementos existentes nestes países, já testados por uma extensa aplicação prática. Não se pretende, no entanto, realizar aqui um completo estudo de direito comparado, mas apresentar de forma sucinta alguns aspectos relevantes sobre o tratamento do tema.

2.5.12.1. Argentina

A mediação na Argentina foi instituída pela Lei Federal 24.573[133] de 14 de outubro de 1995, sendo que o processo tem caráter obrigatório e acontece previamente ao ajuizamento de qualquer ação judicial. Podem ser submetidas à mediação ações civis e comerciais, com exceção das ações que envolvam o Estado ou qualquer de seus entes, as falências, ações cautelares, sucessórias, ações de estado, matéria de família, ressaltando

[133] A Lei Federal nº 24.573, foi recentemente modificada pelas Leis nº 26.589 de 15 de Abril de 2010 (promulgada pelo Decreto 619/2010), a Resolução nº 1751 de 13 de Julho de 2010 do Ministério da Justiça, Seguridade e Direitos Humanos, que cria o Registro Nacional de Mediação e estabelece normas para o exercício da atividade e, a regulamentação da Lei nº 26.589 pelo Decreto nº 1467 de 28 de Setembro de 2011. A referência pela Lei Federal nº 24.573 se deve à sua condição de marco inicial sobre a matéria.

que as questões patrimoniais decorrentes destas relações podem ser objeto de mediação. Existe ainda a previsão da faculdade da mediação em ações de execução e de despejo.

A mediação na Argentina é praticada apenas por advogados com pelo menos três anos de exercício profissional, devidamente capacitados ao exercício do processo, e com o registro perante o Ministério da Justiça[134]. A limitação do exercício da mediação aos advogados não representa a melhor escolha legislativa. A mediação realizada por mediadores oriundos de diversos campos do conhecimento atenderia melhor ao ideal multidisciplinar do instituto.

As partes comparecem ao processo – obrigatoriamente acompanhadas de advogados – e podem livremente escolher o mediador dentre aqueles inscritos, ou poderão receber a indicação do mediador através da realização de sorteio no momento da distribuição da ação. A mediação deverá ocorrer dentro do prazo de noventa dias a contar do registro da reclamação e de trinta dias se a ação for executória, ficando a prescrição suspensa.

2.5.12.2. Canadá

A utilização da mediação no Canadá é prática difundida na administração de conflitos familiares. A legislação impõe, em determinadas questões de família, o preenchimento do chamado *"pink form"*, um documento que revela que as partes, antes de ingressarem com um ação judicial, participaram de uma sessão de esclarecimento sobre a mediação. Apenas após a apresentação deste documento é que as partes podem ingressar com uma ação judicial, servindo como uma espécie de condição de procedibilidade.

A legislação canadense prevê aspectos interessantes para evitar que a mediação seja utilizada como forma de manipulação de interesses, com o objetivo de obter vantagens indevidas, como por o exemplo a possibilidade de se demandar no Poder Judiciário pela totalidade dos direitos, como se não houvesse qualquer acordo entabulado no curso de um processo de mediação[135].

---

[134] Apesar da responsabilidade do registro de mediadores perante o Ministério da Justiça, existe também uma Comissão de Seleção e Fiscalização dos mediadores constituída por representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

[135] CANADÁ. ADR Institute of Canada, Inc. - National Mediation Rules, June 13, 2005. Courts of Justice Act – Regulation 194: 75.1.12 – (6) If a party to a signed agreement fails to comply with its terms, any other

A mediação pode ser também uma opção voluntária das partes, sendo possível a escolha de um mediador através de um cadastro particular de mediadores, que são aqueles profissionais qualificados ao exercício da mediação, ou recorrer aos mediadores mantidos pelo Poder Público através das Cortes de Justiça. A legislação canadense prevê o respeito a um código de ética mandatório para o exercício da atividade, da mesma forma que fez o CNJ.

2.5.12.3. Espanha

A mediação na Espanha, se comparada a outros países como os Estados Unidos, Canadá ou Inglaterra, tem desenvolvimento recente. Nos Estados Unidos a mediação começou a se desenvolver ainda na década de 70 através da prática direcionada aos conflitos familiares. O sucesso da mediação na matéria fez com que o Canadá adotasse a prática – desprovida de custos – na década de 80. Na Europa, a Recomendação nº R(98) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aconselha aos Estados-membros a implantação de meios alternativos de administração de conflitos que priorizem a manutenção das relações interpessoais com expressa menção às relações de família.

As leis que se seguiram nas diversas regiões da Espanha[136] foram estabelecidas sob o reconhecimento de que as relações duradouras devem ser preservadas e que as relações intersubjetivas dos membros de um núcleo familiar não se extinguem com a separação ou com o divórcio, mas que evoluem para novas formas de relacionamento.

O marco inicial da mediação (familiar) na Espanha está representado pela Ley de Mediación de Cataluña, Ley 1/2001, de 15 de marzo, que estabelece o seu âmbito de atuação aos conflitos familiares. A lei estabelece um caráter multidisciplinar no que tange à formação dos mediadores, estando aptos ao exercício do processo advogados, psicólogos, pedagogos, assistentes sociais ou educadores devidamente registrados em seus conselhos profissionais e também no *Centro de Mediación Familiar de Cataluña*; os acordos

---

party to the agreement may, (b) continue the proceeding as IF there had been no agreement. O. Reg. 290/99, s. 2.

[136]Ley de Mediación de Cataluña, Ley 1/2001, de 15 de marzo; Valencia: Ley 7/2001, de 26 de noviembre; Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo; Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril; Castilla La Mancha: Ley 4/2005, de 24 de mayo; Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril; Islas Baleares: Ley 18/2006, de 22 de noviembre; Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero; Asturias: Ley 3/2007, de 23 de marzo; Euskadi: Ley 1/2008, de 8 de febrero; Andalucía: Ley 1/2009, de 1 de febrero.

eventualmente realizados devem atender a direitos disponíveis suscetíveis de ratificação pela autoridade judicial competente.

A mediação na Espanha tem apresentado maior desenvolvimento junto às Comunidades Autônomas, não havendo ainda uma regulamentação específica em nível estatal. O Ministério da Justiça tem, no entanto, trabalhado no desenvolvimento da transposição da Diretiva 2008/52/CE, que proporcionará a necessária instrumentalização, bem como a regulamentação de um Estatuto dos Mediadores. A ordem jurídica espanhola contempla expressamente a mediação nas matérias familiar, penal e trabalhista.

Os conflitos coletivos de trabalho são habitualmente objeto da mediação, sendo que os conflitos individuais já são praticados em algumas comunidades autônomas – que possuem órgãos de mediação laboral aptos aos conflitos individuais. Os conflitos individuais que ultrapassem a competência das comunidades autônomas têm à sua disposição um serviço gratuito de mediação realizado pelo SIMA, *Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje.*

A capacitação dos profissionais que desejam exercer a mediação – em geral profissionais de nível superior – é obtida através de cursos de caráter prático com mais de cem horas de duração. Apenas algumas leis e regulamentos de algumas das comunidades autônomas fazem referência à formação necessária para realizar a mediação familiar. Os cursos de formação específica em mediação são normalmente realizados por universidades e por conselhos profissionais, como a Ordem dos Advogados e o Conselho de Psicologia.

3. MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A mediação, conforme se depreende dos argumentos trazidos, é um meio de administração de conflitos com largo espectro de possibilidades de intervenção. É uma abordagem alternativa ao processo judicial tradicional; mas é importante esclarecer que a mediação não pretende chamar para si ou apropriar-se da tarefa de dizer o direito. A mediação recebe, já na sua qualificação, o caráter de alternatividade. Não há que se falar em meio alternativo sem a presença de algo principal e ao qual a mediação se reputa alternativa.

A presença de um Poder Judiciário, consistente e apto ao exercício de sua vocação, é fator determinante na constituição de uma abordagem alternativa que se possa considerar sadiamente instalada. A mediação está capacitada a produzir efeitos virtuosos na administração dos conflitos, contudo não deve ser encarada como uma solução ao grande número de pretensões dirigidas ao Judiciário e nem deve funcionar como garrote a constranger o acesso daqueles que buscam a tutela de seus direitos.

A mediação dos conflitos trabalhistas apresenta para os atores envolvidos uma oportunidade valorosa de intervenção. Não obstante, sua prática ainda não está desenvolvida e é, para a maioria da doutrina, um exercício destinado apenas aos conflitos coletivos de trabalho. Ressalta-se que os conflitos coletivos de trabalho e sua administração não estão inseridos no contexto desta investigação e são apenas referenciados. O ponto de interesse está na busca pela validade, pelo cabimento e pela oportunidade da administração dos chamados conflitos em relações individuais do trabalho. No entanto, para que se possa ingressar no tema central proposto, é necessário que se faça primeiro uma análise – *sucinta* – sobre os antecedentes do Direito do Trabalho no Brasil e também de seus fundamentos,o que servirá para relacionar o atual cenário da prestação jurisdicional, seus aspectos norteadores, entraves e as possibilidades de inserção da mediação como uma alternativa de valor.

3.1. Justiça do Trabalho no Brasil

O Direito do Trabalho no Brasil pode ser objeto de pesquisa sistemática, no dizer de Delgado[137], desde a promulgação da Lei Áurea, pois foi a partir da sua elaboração e vigência que o Brasil, de formação colonial, de economia agrícola, consolidou

> "as premissas mínimas para a afirmação socioeconômica da categoria básica do ramo justrabalhista, a relação de emprego. Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, consequentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contar da extinção da escravatura (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil".

Com a necessidade de regular as relações de um crescente mercado de trabalho, passaram a surgir alguns diplomas legais esparsos. Esta fase, identificada por "fase de manifestações incipientes ou esparsas", representou um período de evolução do Direito do Trabalho, ocorrido entre 1888 e 1930. Foi uma época que se caracterizou pela presença de um movimento operário, mas ainda sem uma capacidade significativa de atuação ou de organização. A relação de emprego representava algum significado apenas no setor cafeeiro e de lá se estendendo para uma emergente industrialização da capital paulista e para o Distrito Federal, no Rio de Janeiro.

Diversos foram os instrumentos normativos criados para atender as relações de trabalho; contudo, o desenvolvimento foi lento diante da orientação liberal não intervencionista dominante no Brasil.

O segundo período de destaque nesta evolução histórica é conhecido por ser aquele em que houve a institucionalização do Direito do Trabalho. Esta fase surge durante o governo de Getúlio Vargas, que possuía uma visão corporativista da relação de trabalho,

---

[137] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 105.

sendo, por esta ótica, o conflito entre capital e trabalho um mal a ser suprimido. Essa fase de desenvolvimento teve origem em 1930 e estabeleceu a estrutura jurídica do novo modelo trabalhista que perdurou até o final da ditadura, em 1945. Segundo a lição de Otavio Pinto e Silva[138], a composição do órgão judicante era tripartite, com a presença de um representante do Estado, figurada através de um juiz togado, e com uma representação estabelecida para empregados e empregadores, nas pessoas dos juízes classistas. A forma institucional criada na década de 1930 permaneceu vigente por quase sessenta anos, sendo extinta a representação classista com a Emenda Constitucional nº 24 de 09 de Dezembro de 1999, que extinguiu as Juntas de Conciliação e Julgamento e instituiu em seu lugar as Varas do Trabalho.

A lei nº 9958 de 12 de Janeiro de 2000 incluiu o artigo 625-A na Consolidação das Leis Trabalhistas e criou as Comissões de Conciliação Prévia. As comissões condicionavam o acesso ao Poder Judiciário e foram julgadas inconstitucionais pelo supremo Tribunal Federal em 13 de maio de 2009 através das Adin nº 2139 MC/DF e 2160 MC/DF. É oportuno ressaltar que as comissões serviram, para alguns, como meio eficaz de desrespeito à ordem jurídica trabalhista, um meio de homologação da rescisão do contrato de trabalho em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Com o objetivo de possibilitar maior acesso à justiça e acelerar a prestação jurisdicional, foi criado, por meio da Lei nº 9.957 de 12 de Janeiro de 2000, o Procedimento Sumaríssimo, incluído no artigo 852-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, devotado ao julgamento de causas em que o valor não ultrapasse quarenta salários mínimos, notadamente através de um rito especial mais simplificado e que preza pela celeridade na sua tramitação.

A justiça do trabalho, antes da Emenda constitucional nº 45 de 08 de Dezembro de 2004, apresentava competência para o julgamento das ações referentes à relação de emprego. Os trabalhadores que estivessem inseridos em situações diversas daquelas em que o vínculo de emprego pudesse ser constatado deveriam postular as suas pretensões perante a justiça comum. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, a competência da justiça do trabalho foi ampliada para abranger não apenas os conflitos

---

[138] PINTO E SILVA, Otavio. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 185 e seguintes.

oriundos da relação de emprego, mas de todas as relações de trabalho. Para Mallet[139], "se é certo que a competência da Justiça do Trabalho já se vinha alargando gradualmente nos últimos tempos, quer por meio de esparsas modificações legislativas, quer mesmo por decisões judiciais, com a Emenda Constitucional nº 45, que deu nova redação ao artigo 114, da Constituição, esse movimento ganhou enorme impulso."

O período de institucionalização do Direito do Trabalho foi marcado por intensa atividade legislativa, segundo Delgado[140], "em seus primeiros treze ou quinze anos (ou pelo menos até 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho)". O Estado passou de uma postura de orientação liberal, para uma orientação largamente intervencionista, estendendo a sua atuação à chamada "questão social". O Estado "nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, através de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justrabalhista, estreitamente controlado pelo Estado."[141]

A história das relações de trabalho é marcada por grande brutalidade; pela luta dos trabalhadores para a conquista de melhores condições para o exercício das atividades laborais e para a obtenção de uma justa retribuição ao uso de sua força de trabalho. As conquistas obtidas representam hoje um *patamar civilizatório mínimo*, que compõe o núcleo estrutural de desenvolvimento do Direito do Trabalho, e justificam a adoção de princípios basilares repletos de rigidez, que serão adiante examinados.

Uma análise detalhada da legislação produzida foge ao objetivo deste trabalho, que não se funda em um argumento histórico. Todavia, um panorama da estrutura da justiça do trabalho é necessário para que seja possível observar aspectos virtuosos, viciosos, possibilidades ou entraves na adoção da mediação nesta seara.

---

[139] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da justiça do trabalho após a emenda constitucional nº 45. Revista do Departamento de direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, v. 1. n. 1, jan./jun. (2006-). p. 69-70.
[140] DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 109.
[141] Ibidem. p. 110.

3.2. Princípios basilares da Justiça do Trabalho

A justiça do trabalho tem por finalidade preservar as relações laborais, garantindo a proteção do trabalhador, os valores sociais representados pelo trabalho e a garantia da dignidade da pessoa humana. O Direito do Trabalho, bem como a Justiça do Trabalho, são portadores de um amplo conjunto de princípios que norteiam a atividade legislativa e a interpretação das leis, informando todo o ordenamento jurídico. Para Delgado[142], "(...) princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade." Em outro trecho podemos observar que "Princípios são grandes fachos normativos, que cumprem o essencial papel de iluminar a compreensão do Direito em sua regência das relações humanas."[143]

Os princípios do Direito do Trabalho não serão todos examinados neste trabalho. A análise que será realizada estará, ao fazer um sobrevoo sobre a matéria, buscando identificar os aspectos em que os princípios fundamentais se correlacionam com a sistemática da mediação, servindo para a demonstração do seu cabimento na administração de conflitos em relações individuais do trabalho.

3.2.1. Princípio do devido processo legal e da instrumentalidade

Para Humberto Theodoro Júnior[144], "Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito ao processo, como meio indispensável à realização da Justiça."

Conforme o autor, este caráter indissociável é o motivo pelo qual a Constituição Federal de 1988 garante o direito ao processo no artigo 5º, inciso XXXV, no título II – dos direitos e garantias fundamentais – capítulo I – dos direitos e deveres individuais e coletivos. O entendimento expresso é que a justa composição da lide só pode ser obtida através da prestação da tutela jurisdicional dentro das normas processuais, que proporcionam garantias à ampla defesa dos interesses das partes.

---

[142] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, 7 ed. p. 184.
[143] Ibidem. p. 212.
[144] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 24. ed. v. 1. p. 26-27.

O devido processo legal não apenas garante a preservação dos interesses das partes, como também oferece ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade. Este princípio se conecta com outros preceitos fundamentais do processo, como a garantia do juiz natural (CF, artigo 5º, inciso XXXVII), do juiz competente (CF, artigo 5º, inciso LIII), a já debatida garantia do acesso à justiça (CF, artigo 5º, inciso XXXV), a ampla defesa e o contraditório (CF, artigo 5º, inciso LV) e a fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX).

A argumentação do autor está voltada para a demonstração de que modernamente faz-se uma "assimilação da ideia de devido processo legal à de *processo justo*."

O processo, no entanto, não representa uma finalidade *por si*. O processo tem por objetivo fornecer meios para que as disposições de direito material sejam realizadas no caso concreto, revelando a sua característica instrumental. Nesse sentido, é possível comprovar a afirmação anterior com a disposição de que não haverá nulidade de determinado ato que a lei prescreve forma específica, se, embora realizado de outra forma, a sua finalidade for alcançada[145].

A finalidade do processo é atuar à vontade da lei e solucionar os conflitos que lhe são direcionados. Observando sob a ótica do princípio da instrumentalidade das formas, é possível afirmar que o objetivo *maior* do processo é revestir de efetividade as disposições contidas no direito material e que estão sendo violadas em determinada relação. Existe no ordenamento jurídico a preocupação voltada para a efetividade das normas, mais do que com a forma da atuação do direito. Este aspecto nos permite afirmar que o real interesse do legislador está na concreta realização da lei, independente da forma como esta atuação ocorra.

A esperada eficiência do sistema jurídico, colocada em xeque pelos críticos do Poder Judiciário e objeto de diversos estudos que apontam para uma crise institucional[146], justifica o interesse na adoção de outros meios para a administração de conflitos, lembrando que a finalidade última, seja do processo ou da mediação, é a obtenção da pacificação social.

---

[145] O Princípio da instrumentalidade das formas está expresso no artigo 244 do Código de Processo Civil.

[146] Reitero meu entendimento de que a mediação não deve ser encarada sob a perspectiva de uma solução para a crise do Poder Judiciário; a ideia subjacente expressa aqui é a de que o ideal de pacificação social pode ser obtido através de outros meios além do processo judicial.

O exame realizado sobre o acesso à justiça menciona uma releitura do acesso à justiça, enquanto acesso ao Poder Judiciário. De fato, não entendemos que a lei deva ser concretizada *somente* através da atuação daquele Poder, mas sim que outras vias, que não a judicial, possam *também* realizar o justo, inclusive com reflexos positivos em outros pontos de preocupação do processo tradicional, como a celeridade na tramitação e a economia.

3.2.2. Princípio da razoável duração do processo e da economia

O princípio da razoável duração do processo foi introduzido em nosso sistema jurídico através da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de Dezembro de 2004, que adicionou ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que determina a adoção de meios que garantam celeridade na tramitação dos processos judiciais e administrativos. A inclusão desta garantia ao rol dos direitos fundamentais expressa o entendimento de que a demora na prestação da tutela jurisdicional é outra forma de injustiça.

O formalismo do processo judicial, as garantias envolvendo as partes e sua atuação perante o juízo são garantias necessárias ao atendimento do ideal de acesso a uma ordem jurídica justa, mas este rigor formal representa em si uma forma injustiça, conforme a afirmação de Cintra, Grinover e Dinamarco[147]:

> "Pois tudo toma *tempo* e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal.
>
> O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema."

A demora na prestação jurisdicional impõe às partes uma expectativa exacerbada sobre o desfecho da questão posta sob apreciação. Na seara trabalhista, as questões juridicamente relevantes estão revestidas de pessoalidade e afetam diretamente a percepção de justiça e a dignidade do trabalhador. Considerando que ainda temos o tratamento dos

---

[147] GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 32.

conflitos ao término da relação jurídica das partes, o trabalhador vai à justiça com o objetivo de restaurar a sua dignidade ferida, ou para pleitear prestações devidas e não cumpridas e que têm natureza alimentar. Diante deste panorama, a demora na prestação jurisdicional não pode ser percebida pela parte senão como insatisfatória.

Os fatos considerados estão longe de ser reputados hipotéticos. Para Robortella[148], parte dos acordos realizados perante a justiça do trabalho não é um reflexo da vontade do trabalhador, ou uma índole pacífica, mas é motivada pela expectativa de demora na decisão.

A questão da economia processual também é uma questão de relevo e, embora possa em um primeiro momento estar relacionada apenas ao aspecto financeiro do processo, existe também a acepção de eficiência: maior proveito diante de menor dispêndio. O que se deseja neste ponto é que a prestação jurisdicional valorize ao máximo a possibilidade de concretização do direito material, com o menor gasto possível, financeiro e também *temporal*.

A mediação, nesse sentido, está apta a responder com a desejada eficiência. A informalidade da mediação possui reflexos positivos na duração do processo e a sua capacidade de tratar aspectos intrínsecos do conflito reduz a possibilidade de novas demandas, o que é decorrente do adequado tratamento deste, com salutar projeção nos encargos financeiros e também nos custos psicológicos decorrentes da demora na obtenção de uma solução.

3.2.3. Princípio da proteção

O mercado de trabalho, partindo de seu contexto histórico, foi sempre caracterizado por uma assimetria, um desequilíbrio marcante para o lado dos trabalhadores e uma situação de vantagem para os empregadores. O principio da proteção é nuclear no Direito do Trabalho e tem por objetivo promover um equilíbrio jurídico entre empregador e empregado. Para Schwarz[149], “o principio da proteção corresponde ao principio nuclear do Direito do Trabalho. Sua relevância é tão destacada pela doutrina que parte dela chega a

---

[148] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Mediação e arbitragem:* solução extrajudicial dos conflitos do trabalho. Trabalho & doutrina: processo e jurisprudência, nº 14, 1997. p. 71.
[149] SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Direito do trabalho.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 15

aventar ser o princípio da proteção o único verdadeiro princípio peculiar ao Direito do Trabalho, do qual todos os demais, como veremos, são consectários."

Para Américo Plá Rodriguez[150], o princípio protetor "está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho", observando que o princípio ainda se manifesta em três dimensões: o princípio *in dúbio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador. Para Delgado[151], "a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. *Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito individual do Trabalho.*"

O princípio da proteção, sob esta perspectiva, não compreende apenas as três dimensões expostas por Rodriguez, mas serve de inspiração para a produção de todo o arcabouço que compõe a justiça especializada.

Os reflexos práticos do princípio da proteção podem ser encontrados, por exemplo, na inversão do ônus da prova em favor do empregado, ou na exigência de custas recursais que são cobradas apenas do empregador.

A proteção oferecida pelo princípio em destaque representa não apenas o núcleo do Direito do Trabalho, mas a essência da postura adversarial a ser tutelada através da prestação jurisdicional, que em nossa atual perspectiva atende apenas a situações pretéritas, findas. A relação de trabalho, no entanto, que se presume sob a tutela da proteção, através do reconhecimento da desigualdade entre as partes da relação, não possui meios de efetivação desta proteção no curso da relação, o que, em uma relação continuada como a de trabalho, importa em prejuízo para as partes, seja para o empregado, que depende economicamente do seu trabalho, seja para o empregador. Ademais, a relação de trabalho deve ser encarada sob uma nova perspectiva, tendo por ideal a cooperação mútua, em que as partes estão reunidas com objetivos convergentes.

O ideal de confiança mútua e de cooperação atende, sob nosso ponto de vista, mais à dignidade e proteção do trabalhador por meio da preservação de uma relação sadia, do que através da garantia de compensações financeiras obtidas em uma relação patológica.

---

[150] RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 85.
[151] DELGADO, Mauricio Godinho, Op. cit. p. 198.

Nesse sentido, a mediação pode ser instrumento de valor, por aproximar as partes e estimular o diálogo, em um cenário em que elas podem expor suas expectativas e reconhecer pontos de interesses em comum, com a possibilidade de administração dos conflitos eventualmente emergentes.

3.2.4. Princípio da indisponibilidade

O princípio da indisponibilidade ou da irrenunciabilidade dos direitos, como chamado por parcela da doutrina, importa, em tese, em não se admitir que o empregado renuncie a direitos estabelecidos pela legislação vigente, normas que em sua maioria são de ordem pública, o que se confirma pela obrigação do Estado, através de seus órgãos[152], de zelar pela fiscalização e cumprimento[153].

Este princípio tem o claro objetivo de proteger o empregado e garantir a preservação de seus direitos, evitando que a ascendência do empregador se projete por sobre a vontade do trabalhador e lhe resulte em prejuízos. A indisponibilidade dos direitos é a ferramenta mais eficaz concebida pela legislação com o objetivo de resguardar o equilíbrio jurídico na relação capital *versus* trabalho.

A indisponibilidade dos direitos, entretanto, não é absoluta. A questão é controversa, mas existem exemplos claros que comprovam esta afirmação. Cumpre, em primeiro lugar, constituir a diferença entre a *renúncia de direitos* e o estabelecimento de uma pauta consensual para o *exercício de direitos*. O Ministério Público do Trabalho, ao realizar um acordo em sede de Termo de Ajuste de Conduta diante da violação de disposições atinentes ao meio ambiente do trabalho em determinada empresa e neste acordo conceder prazo para que as disposições legais sejam devidamente implementadas, não está a renunciar direitos indisponíveis dos trabalhadores, mas estabelecendo uma pauta para o exercício de direitos.

A questão da indisponibilidade, quando tratada pela doutrina, recebe a diferenciação entre renúncia, transação, composição e conciliação. Ademais, a extensão da indisponibilidade também é objeto de consideração, bem como os requisitos da renúncia e da transação.

---

[152] Ministério do Trabalho e Emprego e Delegacias Regionais do Trabalho.
[153] CF 88, artigo 21, XXIV e CLT, artigos 626 e seguintes.

Mauricio Godinho Delgado, ao abordar a questão, conceitua os institutos nos seguintes termos:

> "Renúncia é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia.
>
> *Transação* é o ato bilateral (ou plurilateral), pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco), envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (*res dubia*).
>
> *Composição*, por sua vez, é o ato bilateral ou plurilateral pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante o reconhecimento da respectiva titularidade de tais direitos e obrigações pelas partes. Na composição reconhece-se a titularidade de um direito, assumindo-se a respectiva obrigação, ao passo que na transação produzem-se concessões recíprocas sobre situações fático-jurídicas duvidosas, com o objetivo de conferir-se solução à divergência.
>
> *Conciliação*, finalmente, é ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob a interveniência da autoridade jurisdicional, ajusta, solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação, embora próxima às figuras anteriores, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de ela se realizar no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada."

Segundo a doutrina, o principio da indisponibilidade dos direitos da trabalhistas e da imperatividade da legislação do trabalho são a regra geral no Direito Individual do Trabalho. Significa que o empregado não pode renunciar aos seus direitos e nem negociá-

los com o empregador através de transação. Os atos realizados em ofensa aos princípios mencionados estão maculados pela nulidade. A aplicabilidade do princípio em comento, no entanto, não tem a mesma valoração para todas as situações, dividindo-se em *indisponibilidade absoluta* e *indisponibilidade relativa*.

Este princípio tem por objetivo garantir uma fundação sobre a qual as relações de trabalho são erigidas. Para Mauricio Godinho Delgado[154], a indisponibilidade será absoluta quando o direito em questão "merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico." São normas que expressam determinações como a proteção da saúde do trabalhador, a obrigatoriedade do registro em carteira e salário mínimo.

Os direitos sobre os quais incidem a indisponibilidade relativa, são aqueles que não representam ofensa às garantias mínimas estabelecidas pela sociedade. São interesses individuais ou bilaterais que podem ser alterados de maneira lícita pelas partes através de transação, desde que esta transação, conforme o preceito insculpido no artigo 468 da CLT, não resulte em prejuízo ao trabalhador.

Em se tratando de renúncia e de transação, o operador do direito deverá observar não apenas a presença de indisponibilidade absoluta ou relativa, mas a de requisitos formais, próprios aos atos jurídicos: agente capaz, objeto lícito, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do Código Civil).

Maria Helena Diniz[155] afirma que os elementos essenciais "são imprescindíveis à existência e validade do ato negocial pois formam a sua substância; podem ser gerais, se comuns à generalidade dos atos jurídicos, dizendo respeito à capacidade do agente, ao objeto lícito, possível, determinado ou determinável e ao consentimento dos interessados; e particulares, peculiares a determinadas espécies por serem concernentes à sua forma e prova."

Nesse sentido, ressaltamos que os predicados da mediação (que foram tratados no capítulo anterior) apresentam em sua disciplina os mesmos elementos e enfatizam estes aspectos, inclusive, ao determinar ao mediador uma especial observação aos termos em

---

[154] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 217, 218.
[155] DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 148.

que se dê uma eventual formulação de acordo, para que ele não esteja revestido de ofensa ao ordenamento jurídico.

Observando os esforços desenvolvidos pelo Poder Público para a promoção de soluções consensuais nas semanas de conciliação, é possível afirmar que existe uma releitura do princípio em comento e que uma nova orientação desponta no sentido de abrandar a rigidez deste comando.

A preocupação acerca da integridade dos direitos dos trabalhadores – parte hipossuficiente nas relações de trabalho – é normalmente a questão que aflige os operadores do Direito, quando se trata de mediação nas relações individuais de trabalho. No entanto, cumpre salientar em primeiro lugar que a indisponibilidade de direitos é fator incidente tanto em sede de mediação, como em juízo. Não é possível sustentar que direitos possam ser considerados indisponíveis no curso de um processo de mediação e ao mesmo tempo considerados disponíveis em juízo. A segunda preocupação está relacionada à possibilidade da utilização da mediação como instrumento de perpetuação da opressão e de desobediência de preceitos legais, que, servindo para mascarar ilegalidades, fariam da mediação recurso eficiente; como por exemplo, as críticas que Bush e Folger[156] chamam de a "história da opressão". O temor pelo estabelecimento deste cenário não é de todo infundado, mas carece haver a concordância dos críticos de que a perversão não deve ser tomada pela regra; a lei não é instituída com o objetivo de ser desrespeitada. A atividade da mediação necessita ser fiscalizada, da mesma forma como o trabalho do magistrado ou dos demais operadores.

Estabelecer uma discussão acerca da indisponibilidade dos direitos em processos de mediação de relações individuais de trabalho, apesar de sugerir uma temática atraente, não nos parece de grande utilidade. A mediação em nosso entendimento é meio competente para a administração de conflitos que envolvam a continuidade das relações. O que se pretende ao defender a mediação para tais relações é aproveitar de seus aspectos virtuosos na manutenção das relações, compondo conflitos que poderiam, se escalados, acarretar a extinção delas, preservando, em consequência, postos de trabalho, o que atende aos princípios da continuidade da relação de trabalho e também da dignidade da pessoa humana.

---

[156] BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. *La Promesa de Mediación*. Buenos Aires: Granica, 2006. p. 50

Não nos parece fazer sentido empregar a mediação para alcançar um entendimento sobre questões a que a lei impõe determinada decisão. Não se cogita mediar, por exemplo, a pertinência no pagamento (ou não) pelo empregador de determinada verba rescisória a que faz jus o empregado. Nesse sentido, observamos que a mediação expressa plena concordância com o princípio em comento.

3.3. Proteção constitucional das relações de trabalho

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações na proteção aos direitos e garantias fundamentais e direitos sociais. O Preâmbulo da Constituição enfatiza o comprometimento com o exercício de direitos individuais e sociais, a busca pela igualdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias[157].

A Constituição, em seu artigo 6º, traz um extenso rol de direitos sociais, que são classificados pela doutrina como direitos fundamentais de segunda geração, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados[158].

A ordem social e a ordem econômica adquiriram dimensão jurídica, segundo José Afonso da Silva[159], "a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores."

Para o autor, existe relativa dificuldade em promover a distinção entre direitos sociais e direitos econômicos, relatando que alguns autores apresentam os direitos dos

---

[157] "PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

[158] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

[159] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 285.

trabalhadores como direitos econômicos, por entender que o trabalho é um dos elementos que indiscutivelmente compõem a ordem econômica. A Constituição Federal de 1988, no entanto, optou por inserir os direitos dos trabalhadores como uma espécie dos direitos sociais e como um "primado básico da ordem social (arts. 7º e 193)."[160]

A proteção oferecida pela Constituição aos direitos dos trabalhadores, elencados como direitos fundamentais, revela que as relações sadias de trabalho são um objetivo a ser perseguido pelo Estado na consecução de seus fins. Para Amauri Mascaro Nascimento[161], "os direitos fundamentais acompanharam a valorização dos direitos humanos na experiência jurídica e cultural dos povos, traduzindo-se em garantias do cidadão perante o Estado. Proclamou-se que todos os homens foram criados iguais e dotados de direitos inalienáveis, dentre os quais o direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade."

De fato, a ideia expressa de que os direitos fundamentais acompanharam a valorização dos direitos humanos na experiência jurídica e cultural dos povos informa que este conjunto de direitos está em permanente evolução e a cada novo horizonte alcançado pela civilização, novos preceitos são incorporados ao arcabouço constituído. Esta permanente evolução dos direitos está refletida em inúmeros documentos, que servem como preceitos norteadores da atividade legislativa. Podemos citar como exemplo a Magna Carta de 1215-1225; a Petition of Rights de 1628; o *Habeas Corpus* Amendment Act de 1679; o Bill of Rights de 1688. Segundo José Afonso da Silva[162], estas não são declarações de direitos no sentido moderno, que somente apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. Ainda assim, tais textos condicionaram a formação de regras de proteção aos direitos humanos fundamentais. Segundo o autor, na obra citada, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 12 de janeiro de 1776 é, de fato, a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno. Outros documentos importantes se seguiram, como a declaração de direitos inseridas na Constituição Americana, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789. Tais documentos, diante de sua importância, seguiram em direção à universalização.

---

[160] Ibidem. p. 286.
[161] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 443.
[162] SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 151 e 152.

Os ideais de universalização dos direitos e de socialismo deram origem aos direitos sociais e esta tendência se refletiu posteriormente no Direito Constitucional contemporâneo.

Os ideais expressos nas declarações e cartas de direitos começaram a seguir uma tendência de realização concreta com a Carta das Nações Unidas[163] de 26 de junho de 1945, que afirma a busca pela preservação dos direitos fundamentais, a igualdade entre homens e mulheres e entre as nações. Com a criação da ONU, buscou-se o desenvolvimento de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi concluída e aprovada em 10 de dezembro de 1948. A Declaração em seu artigo XXII afirma que "todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômico, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade."

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é composta por trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo no qual se reconhece a dignidade da pessoa humana como sendo a base da liberdade, da justiça e da paz; se apregoa o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; e se proclama que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão. Os artigos que seguem afirmam os direitos fundamentais da pessoa humana e no artigo XXIII estão as proteções direcionadas ao trabalho, ressaltando o direito ao trabalho e à livre escolha de emprego, com condições justas e favoráveis ao desempenho das atividades, incluindo a proteção contra o desemprego. É assegurado, sem qualquer distinção, o direito à igual remuneração por igual trabalho desenvolvido, e assevera-se que esta remuneração seja justa e capaz de proporcionar ao trabalhador e à sua família uma existência digna, sendo ainda previsto que poderão ser acrescentados outros meios de proteção social, se necessário.

As declarações de direitos elencaram extenso rol de proteções aos direitos da pessoa humana. Apesar disso, uma questão importante recai sobre a sua efetividade; para José Afonso da Silva[164]:

---

[163] Interessante notar que o artigo 33.1 faz menção à mediação como meio de administração pacífica de conflitos.
[164] SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 166 e 167.

> "A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se *garantias*[165] constitucionais dos direitos fundamentais. Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante."

Com a propagação dos ideais insculpidos nas declarações de direitos, os países, em maior ou menor intensidade, começaram a instituir a proteção aos direitos sociais em suas constituições. O Brasil sempre inseriu em seus textos constitucionais uma "declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país", ofertando respaldo jurídico efetivo. Nesse esteio, afirma-se que a Constituição da Bélgica de 1831 teria sido a primeira do mundo a subjetivar e positivar os direitos do homem, fato este refutado por José Afonso da Silva[166], que afirma ser não a belga, mas a Constituição do Império de 1824 a detentora de tal primazia.

A Constituição Federal de 1988, como já afirmado, estabeleceu maior proteção aos direitos sociais que estão elencados *exemplificativamente* no capítulo dos direitos sociais e não esgotam os direitos fundamentais dos trabalhadores. Os Direitos Sociais[167] "são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal."

As garantias dedicadas ao trabalho estão disciplinadas detalhadamente no artigo 7º da Constituição, elencadas em posição hierárquica privilegiada. Estas normas, imperativas, de ordem pública, têm por objetivo garantir a máxima proteção. Para Alexandre de

---

[165] Grifos no original.
[166] SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 170.
[167] MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 202.

Moraes[168], “a definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do artigo 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja direito social, e consequentemente inviabilize seu exercício.”

A importância dedicada ao tema reflete o estatuído no artigo 1º, IV, que aponta o *valor social do trabalho* como um vetor que servirá para orientar não apenas a produção legislativa, como também a interpretação das normas pelos operadores do direito, tendo como resultado que qualquer movimento em sentido oposto incorrerá em inconstitucionalidade.

Ao considerar que o trabalho e a sua proteção importam em atender aos valores da dignidade da pessoa humana, em garantir aos trabalhadores justa retribuição pelo uso da força de trabalho e expertise em sua atividade, no exercício da liberdade, em garantir a ampla autonomia na escolha da ocupação e também em proteção contra despedida arbitrária, estamos observando aspectos basilares da própria ordem econômica. O artigo 170 da Constituição dispõe que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. O artigo 193 da Constituição também enuncia o trabalho como a base da ordem social e aponta os valores do bem-estar e da justiça social como as finalidades a ser perseguidas.

O que percebemos pela análise dos dispositivos legais mencionados é que a Constituição *impõe* que os valores sociais decorrentes do trabalho sejam o alicerce da ordem econômica e social.

As proteções legais dedicadas ao trabalho, no entanto, consideram a situação *ideal* do respeito, por toda a sociedade, aos preceitos estabelecidos e deixa de tutelar aquelas situações em que o trabalhador sofre, reiteradamente, violações perpetradas aos seus direitos mínimos, e que não possuem meios de tutela a não ser a partir da extinção da relação. A legislação, nesse sentido, prevê ainda um prazo prescricional para que o trabalhador possa invocar a tutela jurisdicional do Estado com o objetivo de obter a

[168] Ibidem. p. 203.

reparação[169]. O que se pretende demonstrar é que a proteção oferecida pelo atual sistema de administração de conflitos está a promover *apenas* uma tutela compensatória dos direitos trabalhistas concedidos pela legislação, e não uma verdadeira garantia da relação de trabalho.Aliás, segue em direção oposta às próprias verdades fundantes do Direito do Trabalho, em especial o Princípio da Proteção – anteriormente mencionado –, e do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que guarda sua relevância em afirmar serem as relações de emprego – ao menos em tese –duradouras e não efêmeras, uma vez que o trabalhador precisa do emprego para atender à sua subsistência e de sua família, assim como manter seu status social, econômico, profissional e familiar[170].

Para Amauri Mascaro Nascimento[171], a tutela dos direitos fundamentais nas relações de trabalho " têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético, que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos, nas relações de trabalho como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, saúde, integridade física, personalidade e outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e integração dos trabalhadores na sociedade, perante a qual têm o dever-direito ao trabalho." É importante mencionar que, para o autor, tais direitos não são restritos aos empregados, "mas, por serem fundamentais devem estender-se a todo aquele que prestar um trabalho subordinado ou por conta alheia, o que abre o horizonte da sua aplicabilidade para formas atípicas de contratação do trabalho como o temporário, avulso, eventual, intermitente e todo aquele que vier a ser enquadrado na rede de proteção da legislação trabalhista”[172].

A proteção das relações de trabalho, dispensada pela Constituição Federal de 1988, e demais dispositivos legais estão, sob nosso ponto de vista, em pleno acordo com a temática desenvolvida neste estudo. O ideal de dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do trabalho como a base da ordem econômica e social, a proteção destinada às relações de trabalho, bem como o atendimento ao princípio da continuidade são aspectos diretamente relacionados à busca por uma efetivação de direitos que necessitam de uma tutela eficiente a qual permita a administração dos conflitos surgidos durante a *vigência* da relação.

---

[169] O artigo 7º, XXIX da Constituição Federal, afirma que prescreve em cinco anos os direitos que podem ser pleiteados através de ação judicial, com o limite de dois anos após a extinção do vínculo para o ajuizamento da competente ação.
[170] VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. Revista de Direito do Trabalho, ano 11, nº 59, 1986. p. 59-61.
[171] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 444.
[172] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 444.

Os valores fundamentais expressos pela Constituição Federal representam a realização do direito *ao* trabalho, o que, em alguns momentos, se contrapõe aos direitos trabalhistas.

A busca de uma tutela dos direitos trabalhistas perante a justiça especializada somente ocorre, na atual sistemática, após a extinção da relação de trabalho, colocando em posição delicada o trabalhador que não pode acionar o Poder Judiciário para pleitear a tutela das lesões incidentes, sem colocar em risco a continuidade da relação, visto ser prática corriqueira a dispensa de trabalhadores que promovam ações reclamatórias. Tal posição, observada sob a compreensão dos valores propostos pela Constituição, não é justificável. No entanto, lembrando que o processo judicial está informado por uma cultura adversarial – em que as partes realizam um combate ritualizado com o objetivo de obter a supremacia por sobre a parte contrária, sob o signo das regras de soma-zero –, é possível entender que o ajuizamento de uma ação representa verdadeiro ataque ao empregador. Em consequência, na prática, o trabalhador, diante da violação de seus direitos trabalhistas, se cala, pois a dependência do salário, para a sua subsistência e a de sua família, obriga à renúncia de direitos, que em tese são, segundo a doutrina, irrenunciáveis.

Existe, neste momento, a formação de um paradoxo. De um lado, os direitos fundamentais expressos pelas garantias constitucionais e o direito ao trabalho e, de outro, o direito à proteção prática da eficácia desses direitos, através do exercício da ação, consubstanciado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Ao trabalhador resta, então, a tomada de uma decisão: ou ele decide minimizar as perdas decorrentes das violações impostas aos seus direitos e opta por exercer a sua faculdade de promover a ação, trazendo sobre si, por consequência, a extinção da relação – e todas as dificuldades dela decorrentes, como a obtenção de um novo posto de trabalho –, ou ele desiste da pretensão e aceita, em nome da garantia da manutenção de suas necessidades, o prejuízo que lhe é injustamente imposto.

As dificuldades do trabalhador não se resumem à opção de ingressar ou não com a ação objetivando a tutela de seus direitos, com as consequências já nomeadas. A Constituição Federal ainda estabelece em seu artigo 7º, XXIX, uma limitação temporal ao exercício não apenas do direito de ação, como também um limite ao lapso temporal que pode ser incluído no pedido a ser formulado. Resta, na prática, ao trabalhador, a possibilidade de pretender em juízo os direitos violados nos cinco anos anteriores à

extinção da relação, sendo que a ação poderá ser intentada em até dois anos seguintes da cessação do vínculo.

A limitação, embora possa estar fundamentada na formação da estabilidade das relações jurídicas – ou seja, nenhuma situação deverá restar *em aberto* por prazo indeterminado –, é claramente prejudicial ao trabalhador que estará premido pelas circunstâncias na manutenção de uma desigualdade essencial, sendo que de nada adianta, nesta situação, a superioridade jurídica que lhe é conferida pelo ordenamento.

O entendimento de que o Poder Judiciário é a única forma de administração dos conflitos decorrentes da relação de trabalho, argumento já contestado quando do exame do tema referente ao acesso à justiça, serviria, quando combinado com a prescrição trazida pela Constituição Federal, de verdadeiro instrumento de renúncia a direitos indisponíveis, pela falta de instrumento capaz de administrar os conflitos que surgem durante a relação, e que possibilitem a sua manutenção. No mesmo sentido, podemos ainda mencionar que o sistema atual, muito embora voltado à proteção das relações de trabalho, impede, em nome do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, que as partes exerçam a via autocompositiva, ao estabelecer que apenas o magistrado no exercício estrito da sua competência pode ofertar a desejada validade ao consenso obtido pelas partes.

A possibilidade de administração dos conflitos durante a vigência da relação, como é proposta pela mediação, representaria meio idôneo para as questões antes suscitadas. Em primeiro lugar, podemos apontar que a mediação é um instrumento voltado às relações permanentes ou continuadas, pois atua na relação intersubjetiva das partes, aproximando e estimulando o diálogo; para tal, a intervenção será valiosa na vigência da relação. Em segundo lugar, os prejuízos decorrentes da incidência da prescrição estariam afastados, pois a mediação está a serviço do entendimento e da cooperação e sua utilização não importaria em atividade adversarial, com o rompimento da relação como consequência. Por fim, a mediação não estaria colocando o trabalhador na posição de ter que escolher entre a manutenção da relação de trabalho ou o exercício do direito de ação, ressaltando que a opção pela via alternativa, e eventual composição de uma agenda para o exercício de direitos, importa em verdadeira manutenção dos direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal, evitando-se, assim, a renúncia tácita ocasionada pela ausência da ação, justamente os valores que a lei deseja proteger.

3.4. Conflitos nas relações de trabalho

As relações de trabalho são marcadas por intensa contraposição de interesses que precisam ser conciliados para que a empresa atinja as suas finalidades e para que os trabalhadores recebam o atendimento das suas necessidades. Diante deste panorama, é possível entender que as relações de trabalho são frequentemente atingidas por episódios conflituosos.

Para Ari Possidônio Beltran[173], "talvez não haja campo mais propício para a análise sociológica dos conflitos, do que o das relações do trabalho. Interessante para o tema em estudo, primeiramente a análise ampla da gênese do conflito como fenômeno inerente ao relacionamento humano; e, em seguida como fato social típico das relações de trabalho (...)."

O autor destaca a gênese dos conflitos e menciona o estudo de Donald Pierson[174] que afirma ser a competição uma "constante luta pela existência, sendo que a vida em harmonia está condicionada ao limite em que a competição é um processo inconsciente". Ainda acrescenta o autor: "Quando, porém, nos tornamos conscientes de estarmos competindo ou apenas pensamos, mesmo erradamente, que estamos competindo - com alguém ou com certo grupo, em busca de algo de que só existe na quantidade limitada, a competição se transforma em conflito."

A competição, ainda segundo Beltran[175], evolui para o conflito e a distinção entre as figuras está na consciência ou não das partes acerca da disputa instalada entre elas. Assim, a competição é um processo inconsciente, impessoal e contínuo, enquanto que o conflito é um processo consciente, pessoal e, portanto, emocional, bem como intermitente.

Os conflitos nas relações de trabalho se classificam, segundo Patrícia Therezinha de Toledo[176],

> "(...) em função dos sujeitos em litígio e da natureza dos interesses debatidos. É entendimento da doutrina e da

---

[173] BELTRAN, Ari Possidônio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 37.
[174] PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia.* 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Melhoramentos. 1968. p. 191.
[175] BELTRAN, Ari Possidônio. Op. cit. p. 38.
[176] TOLEDO, Patrícia Therezinha. *Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho*: Brasil, Espanha e Itália. São Paulo: LTr, 2005. p. 19.

> jurisprudência que o critério numérico não é decisivo em tal classificação, pois é possível que a situação de um único trabalhador possa gerar uma controvérsia que exceda seu interesse individual, afetando o grupo. Entretanto, a pluralidade de trabalhadores não é condição suficiente para que se possa dizer, tecnicamente, que seja um conflito coletivo."

Os conflitos nas relações de trabalho são então classificados como conflitos individuais de trabalho e como conflitos coletivos de trabalho. Os conflitos coletivos de trabalho não serão objeto de uma análise aprofundada neste estudo. A apresentação deste tema será apenas referenciada, com o objetivo de permitir uma melhor delimitação, por exclusão, do fenômeno que é objeto desta dissertação.

3.4.1. Conflito coletivo de trabalho

O tema correspondente à mediação dos conflitos coletivos de trabalho é de grande complexidade e envolve a análise de diversos aspectos que, não obstante a sua importância, está distante dos objetivos aqui propostos. A presente exposição permitirá apenas breve incursão no tema.

Para Amauri Mascaro Nascimento, o conflito coletivo ocorre com a resistência do empregador aos interesses gerais de um grupo de trabalhadores.

O artigo 616, §1º da CLT, dispõe que o Departamento Nacional do Trabalho ou os órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social podem convocar, de forma compulsória, as partes recalcitrantes em participar da tentativa de negociação coletiva.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 114, § 1º incentiva a negociação coletiva como forma de administração dos conflitos coletivos de trabalho. O Tribunal Superior do Trabalho, através da Instrução Normativa nº 04/93, declara a necessidade do esgotamento de uma tentativa prévia de autocomposição, antes da propositura do dissídio coletivo. Nesse sentido, informa Amauri Mascaro Nascimento[177] que “há mediações nos conflitos coletivos, especialmente quando os trabalhadores fazem greve, caso em que

---

[177] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1159.

qualquer dos interessados poderá comunicar a existência do conflito ao Ministério, que convidará a parte contrária para uma reunião." Adiante, prossegue esclarecendo que "se as partes chegarem a um entendimento, será formalizado o acordo coletivo de convenção coletiva, findando-se a controvérsia. Em caso contrário, o Ministério enviará os autos para o Tribunal Regional do Trabalho, perante o qual será processado dissídio coletivo."

A mediação coletiva praticada pelo Ministério do Trabalho está regulamentada pelo Decreto nº 1.572 de 28 de julho de 1995, sendo os critérios para a participação de mediadores nos conflitos coletivos e para o credenciamento dos mediadores perante as Delegacias Regionais do Trabalho regulados pelas Portarias nº 817 e 818 de 30 de agosto de 1995.

A Convenção nº 154 da OIT, ratificada pelo Brasil em 10 de julho de 1993 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12 de maio de 1992, também incentiva a negociação coletiva para a administração dos conflitos trabalhistas. A Recomendação nº 163 da OIT proclama por um direito amplo de negociação, com disponibilidade de informações entre as partes, com o objetivo de promover uma negociação equilibrada e menos afetada pelas assimetrias informacionais. A Recomendação também sugere a adoção – nas convenções coletivas – da previsão de instrumentos, como a mediação e a arbitragem, para a administração dos conflitos que delas resultarem.

3.4.2. Conflito individual do trabalho

O conflito individual do trabalho é aquele que se desenvolve entre um ou vários empregados – individualmente considerados – e o empregador, e tem por objeto condições do contrato individual do trabalho de cada um.

Para Patrícia Therezinha de Toledo[178], "o conflito individual ocorre entre trabalhador e empresário, tendo como objeto o debate sobre o reconhecimento de um direito subjetivo de caráter singular. Portanto, segue sendo conflito individual, ainda que afete a vários trabalhadores ou empresários, quando tem como matéria a discussão de um interesse de caráter particular, ou seja, individual. São os denominados conflitos pluriindividuais."

[178] TOLEDO, Patrícia Therezinha. Op. cit. p. 20.

Amador Paes de Almeida[179] afirma que o "dissídio individual distingue-se do dissídio coletivo pela prevalência absoluta, no primeiro, de interesses pessoais dos litigantes, caracterizando-se o segundo pelos aspectos abstratos de determinadas categorias profissionais."

O estudo internacional realizado por Antonio Ojeda Avilés[180] apresenta diversos conceitos de conflitos de trabalho, segundo a legislação dos países examinados. Ele ressalta que a distinção entre conflitos individuais e coletivos não é realizada por muitos países que preferem tratar os conflitos de trabalho de uma mesma forma. Por outro lado, a maioria dos países prefere a diferenciação, sobretudo para dedicar ao conflito coletivo uma maior atenção, deixando os conflitos individuais para a tutela dos tribunais.

A análise legislativa realizada por Avilés demonstra que a definição de conflito de trabalho é, por vezes, carregada de intencionalidade e pode incluir diversos preceitos, delimitando casos concretos em que figuram os direitos individuais[181]. Outras legislações dedicam pouco espaço às definições de conflito, concentrando-se nos órgãos e nos procedimentos de resolução, especialmente naqueles em que se pretende instaurar uma alternativa aos tribunais, através da presença de órgãos extrajudiciais de administração de conflitos[182].

Amauri Mascaro Nascimento[183] estabelece a diferença entre conflitos individuais e coletivos de trabalho. Para isso, afirma que os conflitos individuais de trabalho "ocorrem entre um trabalhador ou diversos trabalhadores individualmente considerados e o empregador, via de regra, com base no contrato individual de trabalho."

O conceito deixa claro que o que difere os conflitos individual e coletivo não é a quantidade de trabalhadores reunidos para a reivindicação de seus interesses, mas a natureza dos interesses questionados. Os interesses gerais, aqueles indeterminados perante o grupo, são coletivos, ao passo que aqueles envolvendo particularidades de determinada relação de trabalho são conflitos individuais.

---

[179] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 122.

[180] AVILÉS, Antonio Ojeda. *Métodos y prácticas en la solución de conflitos laborales*. Un estudio internacional. Oficina Internacional de Trabajo, Servicio de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo. Ginebra: OIT. 2007.

[181] O autor menciona como exemplo a legislação do Azerbaijão, Lei nº 25-II/1996.

[182] AVILÉS, Antonio Ojeda. Op. cit.

[183] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34 ed. São Paulo: LTr 2009. p. 479.

A conceituação de conflito individual de trabalho, no entanto, é incapaz de alcançar aspectos importantes destas relações, deixando de tutelar parcela representativa dos conflitos que ocorrem no ambiente laboral, por deixar de observar as relações entre empregados, restringindo a tutela dos conflitos àqueles incidentes apenas entre empregados e empregadores, o que para nosso entendimento é insuficiente. O conceito de conflito individual necessita, para uma tutela eficaz dos direitos decorrentes das relações de trabalho, de uma ampliação para abranger as relações e conflitos que surgem entre empregados, motivo pelo qual preferimos adotar a nomenclatura de conflitos nas relações individuais de trabalho.

Os trabalhadores estão, normalmente, inseridos em uma cadeia produtiva, em que a prestação por ele realizada é interdependente do trabalho de outras pessoas. As funções desenvolvidas por determinado trabalhador podem ser autônomas, mas normalmente dependem da participação de outros trabalhadores para a consecução do produto final.

O interesse na prevenção e na rápida solução dos conflitos de trabalho aumentou com a globalização da economia. A capacidade produtiva, a competitividade da empresa no cenário internacional, a geração de postos de trabalho e melhoria na qualidade de vida dos cidadãos dependem da manutenção de relações laborais equilibradas. Avilés[184] afirma que a base do conjunto se forma pelos conflitos de trabalho; quer dizer, o choque entre os interesses contrapostos dos trabalhadores e dos empresários em níveis distintos de hierarquia na empresa, ou em âmbito geográfico local, regional ou nacional. O conflito começa a aparecer atualmente em nível internacional, não tanto para todo um setor, como ocorre tradicionalmente na marinha mercante. Seguindo o pensamento vigente, os especialistas consideravam que apenas a controvérsia, ou seja, a porção manifesta do conflito, apresentava relevo social e jurídico, desprezando o conflito em estágio embrionário, que carecia de importância, e a sua falta de expressão exterior servia de confirmação para este entendimento.

Para os economistas, seguindo por uma orientação diametralmente oposta, os conflitos embrionários são relevantes e sua importância não deve ser menosprezada. Para eles, tais conflitos são o fundamento da microconflituosidade, fenômeno que se caracteriza por uma situação de desassossego que se abate sobre os trabalhadores de uma empresa e

[184] AVILÉS, Antonio Ojeda. Op. cit.

que provoca baixo rendimento, nível elevado de ausências e interfere negativamente no relacionamento pessoal entre os empregados.

As relações envolvendo empregados, no entanto, apesar de não comporem o conceito de conflito individual do trabalho, são capazes de fazer incidir os efeitos jurídicos negativos elencados pela legislação nas causas de extinção do vínculo de trabalho. A CLT elenca no artigo 482, os motivos pelo qual o empregador pode vir a extinguir o vínculo de emprego baseado na subsunção fática dos preceitos abstratos contidos na lei.

O conflito entre trabalhadores pode ser motivado por questões hierárquicas e de comando, por divergências de caráter técnico relacionadas às funções exercidas, sejam elas de mesmo nível ou não,e também por fatores pessoais alheios às atividades da empresa. Mas, nos dois casos (questões referentes ao trabalho e as pessoais que não se referem ao trabalho mas nele apresentam reflexos), o conflito converge, em alguma medida, para uma das hipóteses insculpidas na legislação e o tratamento que recebe é apenas a extinção da relação.

A organização da atividade produtiva está sob o controle do empregador. A doutrina aponta para o entendimento de que a subordinação do trabalhador na relação de trabalho é jurídica e é entendida como "um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens”[185].

A necessidade de se promover uma hierarquização da atividade dos trabalhadores na cadeia produtiva da empresa reside, fundamentalmente, na organização e na cooperação de esforços que devem ser desenvolvidos em uma mesma direção, com o objetivo de concretizar as finalidades da empresa através da produção. A empresa não está baseada em um ideal de igualdade e esta característica lhe permite a instituição de atribuições de comando e de escalonamento hierárquico entre os trabalhadores. Os poderes de comando, exercidos por aqueles que se encontram na coordenação da atividade, tem sua origem no contrato de trabalho e são concedidos pelo próprio trabalhador ao se propor à prestação de serviços sob o poder e a direção de outrem.

---

[185] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 600.

A subordinação, no entanto, não pode representar para o trabalhador meio capaz de permitir a ofensa a seus direitos, em particular os direitos de personalidade. Para Amauri Mascaro Nascimento[186], os "direitos de personalidade são aqueles de natureza extrapatrimonial que se referem aos atributos essenciais definidores da pessoa, e dentre todos os direitos são aqueles que mais de perto procuram valorizar a dignidade do ser humano."

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa e implicam no poder de exigir um comportamento negativo dos outros, resguardando a sua vida, liberdade, integridade, honra, privacidade, entre outros.Tais direitos recebem significativa importância nas relações de trabalho e representam um conjunto de proteções tão importantes quanto os direitos do trabalhador em sentido estrito. Os valores expressos por estes direitos, concretizados pela lei, muitas vezes se confundem com direitos humanos fundamentais. Mascaro ainda ressalta que "os direitos de personalidade, que são prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, pois implicam um dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, sendo indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária"[187].

A CLT, em seu artigo 8º, parágrafo único, informa que o direito comum servirá de fonte subsidiária do direito do trabalho, desde que as suas disposições não sejam contrárias ao diploma especializado. No tocante aos direitos de personalidade, o Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, estabelece no Capítulo II, Dos Direitos da Personalidade, nos artigos 11 a 21, disposições acerca dos valores fundamentais da pessoa humana, e que são perfeitamente aplicáveis às relações de trabalho. Os dispositivos legais constantes da CLT sobre a matéria abordam indiretamente a proteção aos direitos da personalidade, ao estabelecer no artigo 483, alíneas *b* e *e*, a possibilidade do empregado dar por rescindido o contrato, com direito às verbas rescisórias quando o empregador ou seus superiores o tratarem com rigor excessivo, ou praticarem, contra ele ou seus familiares, ato lesivo à honra e à boa fama.

O direitos de personalidade abrangem o direito à intimidade ou à privacidade; o direito à imagem, de não-discriminação; de liberdade de pensamento e de modo de vida;

---

[186] Ibidem. p. 468.
[187] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 468-469.

direitos intelectuais; a proteção ao patrimônio moral em face da agressão moral e do assédio (moral e sexual), e de meio ambiente de trabalho.

O direito à intimidade, ou à privacidade, se caracteriza pelo dever de respeito ao caráter privado da vida do trabalhador. É uma garantia que lhe protege da indevida exposição de aspectos reservados de sua vida. O direito à intimidade do trabalhador, no ambiente de trabalho, durante o exercício da sua atividade, sofre limitações, uma vez que ao empregador é permitido fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos empregados, desde que o empregador mantenha a percepção de que o seu direto em fiscalizar não é um direito ilimitado e que os excessos serão considerados transgressão ao direito à intimidade.

As tecnologias atuais de informação, a exemplo da internet e da intranet, permitiram uma mudança significativa na capacidade de comunicação entre as pessoas. As facilidades na transmissão de informações e a dificuldade no controle das atividades estranhas às funções que devem ser desempenhadas pelos trabalhadores e por estes realizadas no ambiente de trabalho, muitas vezes com recursos da própria empresa – representando um desvio na utilização de seu patrimônio –, tornou-se em certa medida um problema. A empresa, ao realizar o monitoramento sobre as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores, leva em conta que a privacidade do trabalhador é respeitada no trabalho e fora dele; mas exercer controle sobre os equipamentos de propriedade da empresa, e que devem ser utilizados como apoio essencial das suas atividades, não configura invasão de privacidade.

O direito à não discriminação, segundo Ari Possidônio Beltran[188], "assume particular interesse em termos de relações de trabalho, notadamente no que se refere à possibilidade de haver discriminação no trabalho por motivo de sexo, raça, nacionalidade, convicções religiosas, políticas, estado familiar, a condição de pessoas portadoras de deficiências, etc." O autor, ao mencionar os motivos das práticas discriminatórias no trabalho, afirma que durante muito tempo a discriminação esteve fora do campo econômico, porque ela surgia como uma "perturbação irracional do mercado de trabalho". Se a remuneração dos trabalhadores tinha por fundamento a sua produtividade, não haveria razão para que, em trabalho igual, houvesse o recebimento de maiores salários para alguns ou que outros aceitassem remunerações inferiores. O autor declara ainda que a

---

[188] BELTRAN, Ari Possidônio. *Direito do Trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 203,204.

discriminação "evidentemente não se limita a tal questão, apresentando maior complexidade (...)", completando que "a grande questão em tal matéria parece ser o direito ao tratamento igual, à nenhuma forma de discriminação e, em suma, à vedação do arbítrio."[189]

A proteção em face da discriminação está em nosso ordenamento em diversos dispositivos, na legislação ordinária e também na Constituição Federal de 1988; podemos destacar entre os principais aqueles constantes dos artigos 3º, IV[190]; artigo 5º, "caput" e inciso I[191]; artigo 7º, "caput" e incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV.[192]

A preservação do direito de imagem do trabalhador revela a preocupação em tutelar a autoimagem da pessoa. A imagem normalmente é associada ao conceito de honra e não necessariamente se refere à imagem enquanto atributo físico da pessoa. Os atos do empregador que, através da propagação de conceitos pejorativos, violarem o direito de imagem, estarão ferindo o disposto no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988, que estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, *da honra e a imagem das pessoas*, autorizando o pleito indenizatório pelos danos morais ou materiais ligados a esta violação. Resta observar que inexiste dispositivo legal trabalhista sobre a matéria.

O direito de liberdade de expressão e de pensamento tem por objetivo impedir que o trabalhador seja dispensado ou penalizado de qualquer forma, tendo por base suas convicções pessoais, sejam elas de crenças, filosóficas ou políticas. Este direito também encontra a sua proteção na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, IV, que afirma a liberdade da manifestação do pensamento, ressalvando apenas o anonimato. Neste ponto, a

---

[189] Ibidem. p. 204.

[190] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[191] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[192] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

lei protege a manifestação legítima do pensamento, não permitindo que tal liberdade, assim como qualquer outra, seja desvirtuada através do exercício abusivo.

A penalização do trabalhador, tendo por fundamento a antipatia a suas convicções e a suas manifestações, se realizadas de forma consciente e sem a intenção de promover a ofensa, caracteriza prática discriminatória. Por outro lado, a liberdade de pensamento e de expressão que não atenda ao respeito dos direitos igualmente concedidos aos seus destinatários, configura a prática de ato ilícito.

A liberdade de modo de vida é outro importante direito da personalidade. Tal liberdade encontra seus limites na moral e nos bons costumes, devendo respeitar ainda a ordem pública e não implicar em prejuízo a terceiros. O que importa ao observar o direito ao modo de vida de uma pessoa é que as escolhas realizadas por um indivíduo não podem interferir nas liberdades alheias. No tocante ao ambiente de trabalho, as empresas procuram estabelecer um convívio harmonioso entre os trabalhadores, mantendo um equilíbrio entre os interesses e a imagem da empresa perante seus clientes e as opções de vida de seus trabalhadores.

A interferência das escolhas pessoais do trabalhador que repercutam negativamente em seu ambiente de trabalho podem gerar consequências na relação, e, novamente, a única solução deixada pelo ordenamento é a sua extinção. As providências do empregador feitas no sentido de promover a apuração sobre eventual má conduta do trabalhador, se realizadas, deverão ser cobertas pelo sigilo, com o intuito de não incorrer em acusações que não se confirmem. Amauri Mascaro Nascimento[193] afirma, nesse sentido, que "sindicar quer dizer apurar e não acusar." Esclarece ainda o autor que durante a sindicância realizada para a apuração de improbidade ou incontinência de conduta, são realizadas a colheita de prova testemunhal e as testemunhas estão compromissadas a manter o sigilo. Na eventualidade da abertura indevida deste sigilo, não fica caracterizada a ocorrência de dano moral ou de discriminação. A revelação indevida, quando todas as testemunhas são advertidas da necessidade da manutenção do sigilo, não pode ser creditada ao empregador, sendo exigível deste apenas a divulgação, ao final da sindicância, que não se constatou qualquer irregularidade, que nenhuma penalidade foi aplicada, não resultando, dessa forma, em ofensa ao trabalhador.

---

[193] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 475.

Os direitos intelectuais compreendem mais de uma figura. Tais direitos se revelam em direitos de autoria e direitos de propriedade industrial. Os direitos de propriedade industrial ainda comportam três situações: a propriedade é exclusiva do empregado, é exclusiva da empresa, ou a propriedade é compartilhada pelo empregado e pela empresa. As questões referentes aos direitos intelectuais se resolvem através das disposições do contrato de trabalho e obedecem à regulação da Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Segundo o artigo 88 da mencionada lei, a propriedade industrial será exclusiva da empresa quando a invenção for o objeto do contrato e o trabalhador recebeu a sua contraprestação exatamente para executar esta função. Ademais, o parágrafo 1º do artigo afirma que o empregado receberá em retribuição somente o salário ajustado, a não ser que o contrato preveja expressamente de outra forma.

A propriedade intelectual exclusiva do empregado está regulada através das disposições do artigo 90 da mencionada lei e dispõe que a propriedade será exclusiva quando o invento ou a utilidade por ele desenvolvida estiver completamente desvinculado do contrato de trabalho e não foram utilizados recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos provenientes do empregador.

Por fim, a propriedade em comum, em partes iguais, sob as disposições do artigo 91, é aquela em que haverá a contribuição entre o empregado e a utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos provenientes do empregador, a não ser que o contrato estabelecido regule de outra forma. A lei ainda prevê no §1º deste artigo que os direitos intelectuais decorrentes de invenção envolvendo mais de um empregado obrigam a divisão da parte que lhes couber em partes iguais, salvo disposição em contrário. Existe ainda a obrigação de exploração do objeto da patente, no prazo de um ano a partir da sua concessão. A não exploração dentro deste prazo, salvo motivo legítimo, reverterá o objeto à propriedade exclusiva do empregado, nos termos do §3º.

Os direitos de autoria são aqueles que resultam da criação do empregado e compreendem obras literárias, artísticas, científicas etc. A proteção a estes direitos intelectuais está presente na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXVII, XXVIII e XXIX[194], e a regulação infraconstitucional da matéria está sob a regência da Lei nº 9.610

[194] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

de 19 de Fevereiro de 1998. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948[195], artigo XXVII, 2, afirma que "toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor".

Para Amauri Mascaro Nascimento[196]:

> "O contrato de trabalho por si é uma forma de cessão de direitos autorais do empregado para o empregador, quando é esse o objeto do contrato. A criação intelectual é uma forma de atividade que gera um bem característico por ser criação de quem o produz, incomparável com outros tipos de produção econômica com as quais não se confunde, de modo que a obra intelectual em princípio não poderia mesmo ser equiparável às demais comuns na generalidade das relações de emprego, industrial, comercial ou de serviços."

Assim, os investimentos do empregador e a estrutura desenvolvida para que a produção intelectual seja produzida em escala não revelam incompatibilidade com o contrato de trabalho e a transferência da titularidade do produto criado pelo trabalhador em troca de salário. O autor ainda afirma que pode haver a existência de estipulações que impliquem no pagamento de salário e de obrigação contratual de natureza não salarial sob as regras legais pertinentes "como se estivéssemos diante de um contrato paralelo não trabalhista, o que não descaracteriza a condição de empregado"[197].

Outras questões podem surgir acerca dos direitos de autoria, como por exemplo, a possibilidade de ganho suplementar pelo empregado, no caso do empregador não utilizar a obra em proveito de seu empreendimento, mas a revender a terceiros. Haveria

---

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

[195] A/RES/217
[196] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 487.
[197] Ibidem. p. 488.

possibilidade legal de tal pagamento suplementar, uma vez que há o entendimento de que a prestação salarial já representa pagamento para a plena aquisição do que foi produzido?

A este respeito, de modo geral, prevalecem as orientações existentes em nosso ordenamento, estabelecidas pela Lei nº 9.610/98, que estabelecem que os direitos autorais constituem bens móveis (artigo 3º), de cessão irrestrita dos direitos patrimoniais decorrentes; a capacidade de fruição plena da propriedade, seja pelo próprio autor ou qualquer terceiro a quem a titularidade tenha sido objeto de cessão, e a desnecessidade de contratos destinados a regular especialmente a transferência de direitos das obras criadas sob a vigência das relações de trabalho.

Os direitos de personalidade tutelam também a honra e a moral dos trabalhadores, buscando proteger da ocorrência de dano moral, decorrente da agressão moral, do assédio moral e do assédio sexual. O direito do trabalho não possui uma conceituação própria de dano moral, sendo que seus elementos são alcançados através do direito civil.

Para Yussef Said Cahali[198], o dano moral:

> "É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)."

Para Silvio de Salvo Venosa[199], o dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima e abrange também os direitos de personalidade.

O fundamento legal para a indenização por dano moral está inscrito na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, V, que prevê indenização por dano material, moral ou à imagem e, no inciso X, a indenização por dano material ou moral decorrente da violação do direito de intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Código Civil de 2002,

---

[198] CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral.* Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998, 2. ed. p. 20.
[199] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

por sua vez, diferente do anterior, expressamente prevê a possibilidade de reparação do dano moral, dispondo sobre a matéria no artigo 186. Outros dispositivos legais também regulam a matéria em leis especiais, como a Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962, em seu artigo 81 (Código Brasileiro de Telecomunicações); Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, artigo 49 (Lei de Imprensa); o Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, nos artigos 482, *j* e *k* (CLT).

A reparação dos danos pode ocorrer através de indenização, com a conversão do dano em pecúnia, ou através de retratação. As duas formas de reparação não são excludentes entre si e podem ser cumuladas. A indenização pode abranger os danos morais e também os materiais conforme orientação da Súmula 37[200] do Superior Tribunal de Justiça. Em relação ao *quantum* indenizatório, inexiste um parâmetro determinado. O juiz poderá fixar o valor da reparação livremente, de acordo com seu convencimento, e poderá utilizar como critério a repercussão causada pelo dano, a situação econômica do ofensor, a extensão do sofrimento do ofendido, a imposição do dano tendo por base a culpa ou o dolo, e a procura pelo ofensor em reparar o dano causado através da iniciativa em se retratar antes de qualquer iniciativa judicial.

O dano moral é o efeito consequente da agressão moral, do assédio moral e do assédio sexual. A agressão moral é o ato isolado, praticado por uma pessoa contra outra, e que por si realiza o dano em sua plenitude. Tal ato isolado pode, por exemplo, levar o trabalhador a dar por rescindido o contrato de trabalho nos termos do artigo 483 da CLT, com direito às verbas rescisórias e pleiteando indenização por dano moral, com base nos preceitos de responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana, nos termos do artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988 e artigo 186 do Código Civil.

O assédio moral difere da agressão moral por compreender uma série de atos em repetição. A essência do assédio moral está na sua reiteração, uma conduta que vai, pouco a pouco, alquebrando a persona do ofendido, enquanto que a agressão moral, resulta em dano instantaneamente. O assédio moral não possui uma tipificação de conduta e pode se manifestar de formas variadas, como o ostracismo sistemático do trabalhador perante os demais; a atribuição proposital de tarefas acima das forças do trabalhador e a repreensão

[200] Súmula 37 - STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato"

pública pelo descumprimento; a imposição de castigos vexatórios ou a nomeação através de apelidos jocosos.

As situações envolvendo o assédio sexual são em essência caracterizados pelo constrangimento. Uma parte investe sobre a parte contrária com manifesta intenção sexual, buscando através de subterfúgios, impedir a liberdade de escolha do assediado. O constrangimento decorre da recusa do assediado em atender aos reclamos daquele que assedia. Se não há recusa por parte do assediado, inexiste constrangimento, e portanto inexiste o assédio sexual.

O assédio sexual também se caracteriza pela reiteração de condutas e, como o assédio moral, também não possui uma tipificação exata. Cumpre observar, no caso concreto, a conduta daquele que assedia e a demonstração de sua intenção, que nem sempre pode ser identificada prontamente.

A presença de um episódio de assédio sexual pode envolver situações de poder, como empregador e subordinado, ou do preposto do empregador em face de um empregado ou ainda entre colegas de trabalho. Neste caso, a consequência ao empregado importará ou em punição disciplinar, ou em dispensa por justa causa de incontinência de conduta nos termos do artigo 482, b, da CLT.

Em relação ao meio ambiente do trabalho, podemos assinalar que é uma proteção à vida e integridade física do trabalhador, realizada através da criação de dispositivos legais que regulamentem os processos de produção para que sejam minimizados os riscos a que estão submetidos os trabalhadores, não se admitindo que as atividades laborais estejam à revelia de garantias mínimas necessárias à preservação da saúde e do bem-estar.

O direito à saúde, higiene e segurança do trabalhador tem fundamento constitucional, disposto em seu artigo 7º, XXII,[201] objetivando a redução dos riscos inerentes ao trabalho, e no artigo 200, III[202] que estabelece a obrigação ao Sistema Único de Saúde, de colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. A legislação consolidada[203] apresenta um amplo quadro de dispositivos sobre a

---

[201] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
[202] Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.
[203] Modificada pela Lei nº 6.514 de 22 de dezembro de 1977, publicada no DOU em 23/12/77.

segurança e medicina do trabalho, regulando as normas básicas de segurança e medicina do trabalho e estabelecendo as competências dos órgãos destinados à fiscalização, nos artigos 155 a 159; determinando a inspeção prévia, embargo ou interdição de estabelecimento, no artigo 160; a instituição de órgãos de segurança e medicina do trabalho na empresa, nos artigos 162 a 165; EPI - equipamentos de proteção individual, artigos 166 e 167; medidas preventivas de medicina do trabalho, artigos 168 e 169; edificações, artigos 170 a 174; iluminação, artigo 175; conforto térmico, artigos 176 a 178; instalações elétricas, artigos 179 a 181; movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, artigos 182 e 183; máquinas e equipamentos, artigos 184 a 186; caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, artigos 187 e 188; atividades insalubres ou perigosas artigos 189 a 197; prevenção da fadiga, artigos 198 e 199 e, no artigo 200 fica determinada a competência do Ministério do Trabalho e Emprego para a edição de normas complementares, dentre as quais portarias sobre Normas Regulamentares de Medicina e Segurança do Trabalho (NR). Posteriormente, a matéria foi disciplinada pelas Normas Regulamentadoras aprovadas pela Portaria nº 3.214 de 8 de junho de 1978.

As empresas são obrigadas ao cumprimento das normas legais e administrativas, devendo tomar providências com vistas à garantia da proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores, e os trabalhadores têm a obrigação de cumprir as determinações da empresa, seguindo estritamente as normas gerais de segurança, bem como utilizando devidamente os equipamentos de proteção concedidos. A CLT determina no artigo 158, parágrafo único, que a recusa injustificada ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa configura ato faltoso do empregado.

As infrações às normas de medicina e segurança do trabalho são fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, através das Delegacias Regionais do Trabalho, sendo punidas, no caso de infração às normas de medicina, com multas que correspondem de 3 a 30 vezes o salário mínimo de referência e aquelas infrações referentes à segurança, multas de 5 a 50 vezes o mesmo valor, nos termos do artigo 201 da CLT.

A exposição, ainda que sucinta, observando apenas os aspectos principais dos direitos de personalidade mencionados acima, permite analisar, como anteriormente afirmado, uma significativa parcela dos direitos incidentes nas relações de trabalho e tutelados pelo sistema vigente de administração de conflitos apenas de forma compensatória. É importante ainda ressaltar que a importância da proteção dos direitos de

personalidade é tão evidente que a doutrina afirma que tais direitos "(...) exercitam-se não só frente ao empregador, mas entre os empregados, de modo que a empresa deve tomar os cuidados necessários para não incorrer em culpa *in vigilando* por falta de zelo que deve dispensar evitando constrangimentos causados no local de trabalho ou em decorrência do vínculo de emprego, de um colega a outro, culpa que, evidentemente, não haverá diante da inexigibilidade de outra conduta diante do problema”[204].

A observação dos conflitos ocorridos no ambiente de trabalho, por exemplo aqueles envolvendo o assédio moral, são motivados, em muitos casos, por divergências entre empregados. O trabalhador em posição hierárquica superior, que, em *nome* da eficaz prestação de serviços de seu subordinado, excede sua função diretiva e invade o seu patrimônio moral, provoca, não apenas danos à saúde física, mental, psicológica e emocional do trabalhador vitimado pela sua conduta, mas o obriga, a fim de obter a devida proteção contra os atos que ofendem seus direitos de personalidade, a promover a extinção da relação de trabalho e a pleitear uma reparação compensatória da ofensa recebida. O conflito existente entre dois trabalhadores resulta na privação de um deles de seu direito ao trabalho, e ao ingressar com uma ação judicial em face da empresa, invocando a tutela para obter a devida reparação, receberá, por parte desta, a resistência à sua pretensão, através do manejo hábil, típico dos litigantes habituais, dos meios disponíveis ao exercício de suas prerrogativas de defesa, restando ao trabalhador já ofendido novo conflito, capaz de exacerbar ainda mais a sua percepção pessoal de injustiça.

A questão da extinção da relação de trabalho para que o empregado possa invocar a tutela jurisdicional é praticamente a regra em nosso sistema, mas "não é impossível, bastando lembrar o direito do empregado estável de litigar contra a empresa permanecendo no serviço. Todavia, a dispensa indireta, salvo exceções, pressupõe o prévio desligamento de iniciativa do empregado[205]."

Os conflitos entre empregados podem, ainda, ser motivados por competição na busca de benefícios concedidos pela empresa por produtividade, ou por cargos de chefia. A disputa realizada pelos trabalhadores envolvidos neste tipo de conflito, normalmente, resulta na extinção das relações de trabalho dos contendores. A empresa não realiza qualquer procedimento decisório e não faz qualquer análise valorativa acerca das condutas

---

[204] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 470.
[205] Ibidem. p. 478.

individuais com o objetivo de apurar a adequação ou a inadequação da conduta das partes. Para a empresa, aceder a uma das condutas e rejeitar a outra implica em sinalizar a legitimidade dos conflitos como forma de ascensão na estrutura hierárquica, bem como a transmissão tácita de parcela significativa de poder de comando.

Morton Deustch[206] analisa os processos cooperativos e competitivos e afirma que a distinção entre os conceitos tem por crucial, para o seu entendimento, a natureza dos objetivos dos participantes em cada uma das situações. Segundo as definições propostas pelo autor, uma situação cooperativa é aquela em que os objetivos dos participantes estão relacionados de tal forma, que qualquer um deles pode realizar o seu objetivo, se, e somente se, os outros com quem ele está relacionado também possam alcançar os seus objetivos. A ideia expressa é a de que existe uma interdependência que caracteriza os objetivos relacionados, resultando em uma correlação positiva entre as realizações dos participantes. As situações de competição, por outro lado, estão relacionadas negativamente. A interdependência, neste caso, é a condição pela qual um participante unicamente pode alcançar os seus objetivos, se, e somente se, os outros a ele relacionados *não* possam alcançar os seus objetivos. O autor ressalta ainda que as situações descritas em sua tipologia pura são de rara verificação em situações reais. A maioria das situações cotidianas envolve um complexo conjunto de objetivos e de sub-objetivos, permitindo que os indivíduos relacionados em um mesmo encadeamento de eventos possam assumir uma postura de cooperação em relação a uma situação e uma postura de competição em relação a outras. O exemplo oferecido pelo autor descreve as relações entre uma equipe de basquete, que pode atuar de forma cooperativa para vencer um jogo, mas de forma competitiva em relação aos seus integrantes, na busca de uma posição de destaque na equipe. Embora o exemplo não esteja diretamente relacionado a uma situação jurídica, o exemplo pode ser facilmente transportado para este cenário.

As situações de cooperação e de competição, quando não estão rigidamente separadas, implicam na produção de impacto sobre a direção e os resultados das situações em foco, tendo por base o grau da sua relação e da interdependência das forças desenvolvidas pelas partes. Em uma situação cooperativa, o esforço desenvolvido por um participante, para aumentar as suas possibilidades de concretização de um objetivo, amplia

---

[206] DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict. Constructive and Destructive Processes.* New Haven - London: Yale University Press, 1973. p. 20.

as chances de realização dos objetivos daqueles com quem ele está relacionado. Por outro lado, em uma situação de competição, o esforço desenvolvido por uma das partes para alcançar os seus objetivos implica na redução das possibilidades de realização daqueles com quem ele compete.

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

A afirmação se comprova pelo interesse que o tema tem gerado em outros campos do conhecimento. A psicologia tem estudado o impacto dos conflitos relacionais surgidos no ambiente de trabalho, partindo do estudo das psicopatologias laborais, para a chamada Psicodinâmica do Trabalho, criada por Christophe Dejours em 1983. Em seu estudo, Dejours[207] entende que a saúde mental e o trabalho ultrapassam o conceito das patologias, estando as relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e as empresas interligadas à capacidade de autoafirmação do trabalhador e sua projeção para a vida social. O enfoque em questão não pertence ao estudo aqui desenvolvido, mas é capaz de evidenciar a importância da concretização das proteções constitucionais destinadas aos direitos de personalidade do trabalhador.

A mediação pode se revelar, em nosso entendimento, um instrumento eficaz da distribuição do justo, observados os elementos do conceito de conflito apresentado no capítulo um, servindo de base para a proposta da ampliação do conceito de conflito individual do trabalho (com a noção de contraposição de interesses entre empregado e empregador), para abranger as relações entre empregados, permitindo a intervenção nos conflitos antes que eles sejam enquadrados em uma das hipóteses legais de extinção da relação. A mediação pode, sob este prisma, representar uma forma prática de defesa dos direitos do trabalhador.

As vantagens são inúmeras e podem ser relacionadas: baixo custo do processo de mediação em razão da sua informalidade; as frequentes recontextualizações realizadas

---

[207] DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho*: Estudo de Psicopatologia do Trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

durante o processo e a participação ativa das partes na reconstrução da relação intersubjetiva como meio eficiente na busca de uma solução e também como forma de prevenção de litígios futuros; a celeridade do processo e seu reflexo (positivo) evitando a percepção (negativa) dos envolvidos em uma situação de incerteza; a confidencialidade da mediação como fator capaz de impedir a escalada do conflito, evitando o surgimento de outros danos, bem como evitando que o trabalhador seja obrigado a *reviver* situações traumáticas decorrentes de uma incontida exposição.

As proteções destinadas pela Constituição Federal ao trabalho, aos direitos de personalidade e o ideal insculpido no princípio da proteção são plenamente atendidos através do adequado tratamento dos conflitos, com a possibilidade de manutenção das relações de trabalho, auxiliando na manutenção do ambiente de cooperação, restaurando relações e, dessa forma, garantido o direito fundamental *ao* trabalho, evitando inclusive prejuízos ao empregador, que não sofrerá gastos com processo seletivo de trabalhadores e nem com o treinamento inicial daqueles que ingressam nos quadros da empresa. Esta perspectiva firma a mediação dentro de um contexto de atuação, em que inexiste o desrespeito de preceitos legais, e privilegia o seu caráter alternativo em relação à atuação do Poder Judiciário.

4. Conclusão

O estudo desenvolvido sobre a mediação demonstrou as suas características, princípios, abordagens, ferramentas, as espécies de conflitos afetos à sua intervenção, a formação e a ética dos mediadores, bem como a diferenciação da mediação em face de outros meios não adjudicatórios de administração de conflitos.

Tornou-se evidente no curso deste trabalho que a mediação é eficiente para a administração de conflitos que envolvam relações contínuas ou duradoras, e que a intervenção do mediador tem por objetivo a restauração da relação intersubjetiva das partes, estabelecendo uma nova perspectiva na relação de conflito e consequente abertura ao diálogo.

Entendemos, ainda, ser a mediação meio eficaz de acesso à justiça, expressando nossa concordância com Rodolfo de Camargo Mancuso, de que o Poder Judiciário não deve ser, necessariamente, a primeira (e única) via de acesso à administração de conflitos.

Foram observados, também, alguns dos diversos princípios que informam o direito do trabalho, apontando algumas incongruências práticas da sua aplicação por ocasião do processo trabalhista: as garantias constitucionais e seu esvaziamento diante da necessidade do trabalhador na manutenção da relação de trabalho, a postura adversarial inerente ao processo judicial, como propulsor da renúncia tácita de direitos indisponíveis, a inadequação do processo formal no tratamento de aspectos subjacentes do conflito e a emergência de novos conflitos decorrentes de uma litigiosidade contida e que não foi capturada pelo processo. Nesse sentido, a proteção destinada ao trabalhador torna-se meramente formal, despida de eficácia, pela ausência de um meio de intervenção que permita o questionamento de direitos sem que a relação de trabalho seja ameaçada.

Diante deste panorama, a mediação se revela um meio eficaz, a preencher o espaço deixado pela jurisdição. Reitero que em momento algum deste trabalho postulei pela adoção da mediação em substituição ao processo judicial. A mediação reputa-se já em sua denominação como *meio alternativo de administração de conflitos*, necessitando, por outro lado, da presença de um Poder Judiciário consistente com as suas atribuições institucionais.

A estrutura da justiça do trabalho e as convicções que a emolduram têm por finalidade concretizar um agenda de respeito e proteção ao trabalhador, mas as concepções

envolvidas neste desiderato acabam por gerar impedimentos na fruição do direito essencial do trabalhador, o direito ao trabalho. A ofensa percebida pelo trabalhador em seus direitos não pode ser objeto de reivindicação na vigência da relação, ocasionando, na prática, a renúncia de direitos indisponíveis, visto que o trabalhador depende da manutenção da relação de trabalho.

A mediação dos conflitos em relações individuais de trabalho é em parte rejeitada, pelo entendimento de que pode vir a instituir um instrumento de legitimação de subalternos interesses, pervertendo a iniciativa em uma chancela de interesses do mais forte. Os receios levantados contra a mediação, no entanto, não se sustentam.

As limitações apontadas pelos defensores da incapacidade da mediação para a administração dos conflitos em relações individuais do trabalho estão, basicamente, apoiadas sobre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Conforme anteriormente defendido, os direitos marcados pela indisponibilidade não o são apenas no processo de mediação. Se a indisponibilidade impede que haja transação acerca de determinado direito, ele será também indisponível em sede de decisão judicial ou arbitral.

Ademais, a adoção da mediação deverá ser realizada dentro de padrões claros de conduta, com imperativos éticos que lhe assegurem a credibilidade necessária em sua atuação. A proposta de um ideal de acesso à justiça, assim como o da mudança de um cultura do conflito para uma cultura de paz, pode ser alcançada com a promoção do debate sério voltado à superação dos entraves colocados ao instituto.

As vantagens da adoção da mediação são diversas. Podemos mencionar o baixo custo, tanto financeiro quanto emocional, a celeridade, o estímulo à cooperação das partes, a restauração da relação intersubjetiva, a promoção do equilíbrio das partes através da revalorização e do empoderamento, a intervenção focada nos aspectos motivadores do conflito, a confidencialidade como proteção da indevida exposição e como meio de prevenção de novos danos, a construção conjunta de uma decisão aceitável para as duas partes e uma tendência ao respeito e promoção da eficácia dos acordos realizados.

A proposta de mediação para os conflitos em relações individuais do trabalho apresentada sugere uma atualização do conceito de conflito individual de trabalho, para abranger as relações entre empregados. Esposamos o entendimento de que as relações sociais de trabalho são detentoras de uma capacidade potencial de produção de conflitos,

em razão da diversidade de interesses existentes no ambiente de trabalho. Atualmente, nosso sistema de administração de conflitos, de natureza notadamente adversarial, não permite[208] que os conflitos recebam intervenção sem que haja a ruptura da relação de trabalho, o que torna nosso sistema judicial em uma justiça compensatória.

A mediação, sob esta ótica, tem a possibilidade de administrar conflitos envolvendo direitos de personalidade, questões como a agressão moral, o assédio moral e sexual, questões de disputas de cargos e funções, bem como aquelas decorrentes da legitimidade de comando. O extenso rol de possibilidades para a intervenção da mediação, decorrentes dos direitos mencionados, justifica-se na medida em que a mediação é meio apropriado para a intervenção em relações duradouras ou contínuas. Assim, não vislumbramos aplicação prática da mediação para aquelas questões decorrentes da ruptura da relação de trabalho, área propícia à atuação da jurisdição.

Observando sob este prisma, a mediação conquista espaço definido dentro da ordem jurídica, trabalhando de forma virtuosa para a constituição de relações de trabalho sadiamente instaladas, auxiliando na consecução do ideal de acesso à justiça e também dos valores propostos pela Constituição Federal e legislação especial, atendendo a uma região temática estranha à atuação da jurisdição, porém dentro de sua finalidade última, que é a promoção da justiça.

[208] Já foi mencionado anteriormente a possibilidade do empregado estável demandar em face do empregador na vigência da relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. 1.v.

AVILÉS, Antonio Ojeda. *Métodos y prácticas en la solución de conflitos laborales*. Un estudio internacional. Oficina Internacional de Trabajo, Servicio de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo. Ginebra: OIT. 2007.

BELTRAN, Ari Possidônio. *Direito do Trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber:* um perfil intelectual. Brasília: UnB, 1986.

BRAGA NETO, Adolfo. Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.) *As grandes transformações do Processo civil brasileiro*: Homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos.* Caderno avulso. Brasília: Secretaria Especial de Reforma do Judiciário, 2005.

BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. *La promesa de mediación*. Buenos Aires: Granica, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARIONI, Luiz Gulherme (Coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CANADÁ. ADR Institute of Canada, Inc. - National Mediation Rules, June 13, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del processo civil*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. 1959. 1.v.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23 ed. Malheiros. São Paulo: 2007.

COBB, Sara. *Empowerment and Mediation:* a narrative perspective. Negotiation Journal 9:3 (July 1993), pp. 245-255. Summary by Tanya Glaser.

COMITÊ PAULISTA PARA A DÉCADA DA CULTURA DE PAZ. Declaração e programa de ação sobre uma cultura de paz. Disponível em: < http://www.comitepaz.org.br/dec_prog_1.htm>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Acesso à justiça. Conciliação. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao>.

DAHRENDORF, Ralf. Elementos para uma teoria do conflito social. In: *Sociedade e liberdade.* Brasília: Ed. da UNB, 1981.

DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos:* novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho*: Estudo de Psicopatologia do Trabalho. 5. ed., São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil.* Saraiva: São Paulo: 2007. 1.v.

DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict. Constructive and Destructive Processes.* New Haven - London: Yale University Press, 1973.

DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. *Herramientas para trabajar en mediación*. 4. ed. Buenos Aires: Paidós. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 3 v.

FARIA, José Eduardo. *A crise do Judiciário no Brasil:* algumas notas para discussão. Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 89; em separata. 2002.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim:* negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1994.

FONAME - Fórum Nacional de Mediação. Disponível em: <www.foname.com.br/>.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Mediação de Conflitos e Promoção da cultura da Paz*. Grey version 1ª a 4ª leituras.

GALANTER, Marc. *Do the 'haves' still come out ahead?*. Institute for Legal Studies, University of Wisconsin Law School, Madison, 1994.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil:* teoria geral e processo de conhecimento. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 18. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo:* revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

JAZZAR, Inês Sleiman Molina. *Mediação e conflitos coletivos de trabalho*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições70. 2011.

MALLET, Estêvão. *Apontamentos sobre a competência da justiça do trabalho após a emenda constitucional nº 45.* Revista do Departamento de direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, v. 1. n. 1, jan./jun. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A conciliação em segundo grau no e. tribunal de justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da fazenda pública.* Revista autônoma de Processo. Curitiba: Juruá, n. 1, out./dez. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: Processo de conhecimento. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2008. 2.v.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAYER, Bernard. *The dynamics of conflict resolution:* A practitioner guide. San Francisco: Ed. Jossey-Bass. 2000.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34 ed. São Paulo: LTr 2009.

_____. *Curso de direito do trabalho:* história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHÁ, Andréia. http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela conciliacao/a_sociedade_merece_um_bom_acordo_dra_andreapacha.pdf

PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia.* 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Melhoramentos. 1968.

PINTO E SILVA, Otavio. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Mediação e arbitragem:* solução extrajudicial dos conflitos do trabalho. Trabalho & doutrina: processo e jurisprudência, n. 14, 1997.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário:* mudanças e reformas. São Paulo: USP, Estudos Avançados. 18 (51).

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi, BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Primeiros passos).

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva. 1985.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMA - Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje.
Disponível em: < http://fsima.es/>.

SOOTHILL, William Edward (1861-1935), tr. Confucius: *The Analects*. Edinburgh: Oliphant, Anderson & Ferrier, 1910; rpt., Mineola, N.Y.: Dover, 1995.

STULBERG, Joseph B. *The theory and practice of mediation*: A reply to professor Susskind. 6VT. L. REV. 85. 94-95 (1981).

STULBERG, Joseph B.; MONTGOMERY, B. Ruth. Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* n. 1, v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa. 2003. p. 111.

SUARES, Marines. *Mediación:* conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Piados, 1997.

TARGA, Maria Inês Corrêa Cerqueira César. *Mediação em Juízo*. São Paulo, LTr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. v.1.

TOLEDO, Patrícia Therezinha. *Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho*: Brasil, Espanha e Itália. São Paulo: LTr, 2005.

URY, Willian L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved:* designing systems to cut the costs of conflict. San Francisco. Jossey Brass Publishers, 1998.

VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. *O princípio da continuidade da relação de emprego e a utilização abusiva dos contratos de experiência*. Revista de Direito do Trabalho, ano 11, nº 59, 1986.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: IMAB, 1998.

WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.) *Participação e Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Obras consultadas

AZEVEDO, André Gomma de. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação:* apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* n. 1, v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa. 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador. In: *Novos Paradigmas em Mediação.* SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen W. (org.). Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAMBRE PROFISSIONNELLE DE LA MEDIATION ET DE LA NEGOCIATION. *Code d'ethique et de déontologie des médiateurs*, Disponível em: <http://www.unam-csm.com/Codeome.pdf>

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro Verde*. COM (2002) 196 final. Bruxelas.

COOLEY, John, W. *A advocacia na mediação*. Tradução René Loncan. Brasília: UnB, 2001.

COSTA, Alexandre Araújo. Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* n. 1, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa. 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito:* reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia da Mediação*: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais. São Paulo: LTr, 2004.

FREITAS JR. Antonio Rodrigues de. *Conflitos de Justiça e Relações de Trabalho:* limites e perspectivas para emprego da mediação. Revista do Advogado:São Paulo, v. n. 97, p. 21-34, 2008.

_____. *Mediação de Conflitos:* Justiça Pública Não Judiciária e Promoção da Cultura da Paz. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, v. 1, p. 205-254, 2006.

_____. *Os Direitos Sociais e a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Os Direitos Sociais como condição da Democracia (ou, sobre os riscos de uma nova Assembléia de Revisão Constitucional). Revista de Direito e Política, v. 11, p. 11-29, 2006.

MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. Arbitragem no Direito Individual do Trabalho: consideração à luz do princípio protetivo e do modelo sindical brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* n. 1, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa. 2004.

MUNOZ, Francisco A. *La Paz Imperfecta.* Gray paper produzido pelo Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada. Disponível em: <http://www.ugr.es/~eirene/eirene/Imperfecta.pdf>

RISKIN, Leonard. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um mapa para os desnorteados. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* n. 1, v. 1. Brasília: Brasília Jurídica. 2002.

SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Otavio Pinto e, *A modernização do direito do trabalho*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo São Paulo, v. 94, p. 197-212, 1999.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1997.

TEUBNER, Gunther. *Substantive and Reflexive elements in Modem Law.* Law and Society Review, vol. 17, n. 2; 239-281.1983.

ANEXOS

Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça

RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010.

Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de
2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outro

mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

Capítulo I
Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Capítulo II
Das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

Capítulo III
Das Atribuições dos Tribunais

Seção I
Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VI – na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento;

VII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica;

VIII – incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;

IX – firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

Seção II

Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

§ 1º Todas as sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, as sessões de conciliação e mediação processuais ser realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

§ 2º Os Centros deverão ser instalados nos locais onde exista mais de um Juízo, Juizado ou Vara com pelo menos uma das competências referidas no *caput*.

§ 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução.

§ 4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato.

§ 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, podendo, ainda, instalar Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem dois ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local.

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 1º Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração.

§ 2º Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

§ 3º O treinamento dos servidores referidos no parágrafo anterior deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ conforme Anexo I desta Resolução.

Art. 10. Cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania, facultativa a adoção pelos Tribunais do procedimento sugerido no Anexo II desta Resolução.

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

Seção III

Dos Conciliadores e Mediadores

Art. 12. Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no *caput* poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo 1) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho (Anexo III).

Seção IV
Dos Dados Estatísticos

Art. 13. Os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Anexo IV.

Art. 14. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

Capítulo IV
Do Portal da Conciliação

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras:

I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;

II – relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro, com base nas informações referidas no Anexo IV;

III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;

IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;

V – divulgação de notícias relacionadas ao tema;

VI – relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”.

Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.

Disposições Finais

Art. 16. O disposto na presente Resolução não prejudica a continuidade de programas similares já em funcionamento, cabendo aos Tribunais, se necessário, adaptá-los aos termos deste ato.

Art. 17. Compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, cabendo-lhe instituir, regulamentar e presidir o Comitê Gestor da Conciliação, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas neste ato.

Art. 18. Os Anexos integram esta Resolução e possuem caráter vinculante, à exceção do Anexo II, que contém mera recomendação.

Art. 19. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro **Cezar Peluso**
Presidente

ANEXO I

CURSOS DE CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

JUSTIFICATIVA

Estabelecida pela Resolução n. --- a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, destacando entre seus princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, desenvolveu-se conteúdo programático mínimo a ser seguido pelos Tribunais nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores.

Para esse fim mostrou-se necessário compatibilizar a formação mínima exigida para a atuação desses facilitadores e as diferentes realidades econômicas, sociais e geográficas de cada Tribunal, com a adoção de um modelo factível em âmbito nacional.

O modelo é composto por três módulos sucessivos e complementares, que correspondem a diferentes níveis de capacitação. Todos aqueles que irão atuar nos Centro de Resolução de Disputas, inclusive servidores e conciliadores e mediadores já capacitados, necessariamente terão que cursar o Módulo I. Conciliadores e Mediadores terão que cursar os Módulos I e II e finalmente os mediadores terão que se capacitar nos três módulos.

O Módulo I, com 12 horas/aula, denominado “Introdução aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos” versará sobre os diferentes meios não adversariais de solução de conflitos, com noções básicas sobre o conflito e a comunicação, disciplina normativa sobre o tema, experiências nacionais e internacionais, assegurando a compreensão dos objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos.

O Módulo II, com 16 horas/aula,denominado “Conciliação e suas Técnicas” se propõe a habilitar os facilitadores na utilização de técnicas autocompositivas de solução de conflitos, com enfoque na negociação e conciliação, trazendo padrões de comportamento ético e posturas exigidas no relacionamento com partes e diferentes profissionais envolvidos no CRD.

O Módulo III, com 16 horas/aula, denominado “Mediação e suas Técnicas” se propõe a habilitar os facilitadores na utilização de técnicas autocompositivas de solução de conflitos, com enfoque na mediação, identificando as diferentes Escolas, a multidisciplinaridade, as formas de sua aplicação, com destaque para a mediação judicial.

Os Módulos II e III serão necessariamente seguidos de estágio supervisionado. Para o Módulo II a carga horária será de 12 horas e para o Módulo III será de 24 horas.

Os certificados de capacitação apenas serão emitidos após a conclusão do estágio supervisionado.

Em relação aos servidores, o módulo I será complementado por módulo específico, destinado a detalhar o "modus operandi" do CRD, os procedimentos administrativos, de orientação ao público e de encaminhamento a entidades parceiras e outros órgãos públicos.

Finalmente, desenvolveu-se Módulo específico para os magistrados, com o objetivo de integrá-los à Política Pública de tratamento adequado de conflitos, apresentando os principais métodos alternativos de solução de conflitos e suas aplicações, bem como detalhando o funcionamento dos CRDs.

MODULO I

Título: **INTRODUÇÃO AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Público Alvo: Conciliadores, Mediadores, Serventuários da Justiça

Objetivos:

- Conscientização sobre a política pública de tratamento adequado de conflitos;
- Trazer à reflexão o conflito e seus vários aspectos;
- Desenvolver habilidades na área da Comunicação;
- Informar sobre panorama nacional e internacional dos meios alternativos de solução de conflitos e principais métodos existentes;
- Informar normatização sobre o tema;

Carga horária: 12 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos (1hora/aula)
a) Princípios Constitucionais: Princípio do acesso à Justiça e pacificação social. Princípio da dignidade de pessoa humana;
b) Importância da capacitação.
c) Mudança de mentalidade: papel do CNJ, Tribunais e Instituições públicas e privadas.

2) Comunicação e Conflito (8 horas/aula):
a) Teoria da Comunicação. Axiomas da comunicação. Escuta ativa. Comunicação nas pautas de interação e no estudo do interrelacionamento humano: aspectos sociológicos (ilusórios/imaginários, paradigmas e preconceitos) e aspectos psicológicos (identidade, interesses, necessidades, interrelações e contrato psicossocial tácito; interrelações pessoais, profissionais e sociais);
b) Teoria Geral do Conflito. Conceito e estrutura. Aspectos objetivos e subjetivos. Formas de resolução dos conflitos: adversariais e não adversariais;

3) Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) (2 horas/aula):
a) Histórico. Panorama nacional e internacional. Cultura de Paz;
b) Noções gerais e diferenciação entre os principais métodos de resolução de conflitos: judicial, negociação, conciliação, mediação e arbitragem.
c) Diferenças e Semelhanças entre Mediação e Conciliação

4) Enfoque normativo e ético da conciliação e suas aplicações no Poder Judiciário (1 hora/aula):
a) Legislação brasileira sobre conciliação-mediação e Juizados Especiais. Resolução do CNJ. Provimentos dos Tribunais;
c) O terceiro facilitador: funções, postura, atribuições, limites de atuação, imparcialidade X neutralidade, ética, Código de Ética, remuneração e supervisão;

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:
Data Show DVD
e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:
Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:
Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MODULO II

Título: **CONCILIAÇÃO E SUAS TÉCNICAS**

Público Alvo: Conciliadores e Mediadores

Objetivos:

- Ensinar técnicas autocompositivas de solução de conflitos e sua aplicação prática

Carga horária: 16 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) Introdução (7 horas/aula):
a) Conceito e filosofia. Conciliação judicial e extrajudicial;
b) Conciliação ou mediação?;
c) Negociação. Conceito. Integração e distribuição do valor das negociações.Técnicas básicas de negociação (a barganha de posições; a separação de pessoas de problemas; concentração em interesses; desenvolvimento de opções de ganho mútuo; Critérios objetivos; melhor alternativa para acordos negociados). Técnicas intermediárias de negociação (estratégias de estabelecimento de rapport; transformação de adversários em parceiros; comunicação efetiva).

2) Conciliação e suas técnicas (7 horas/aula):
a) Etapas (planejamento da sessão, apresentação ou abertura, esclarecimentos ou investigação das propostas das partes, criação de opções, escolha da opção, lavratura do acordo);
b) Técnicas (recontextualização, identificação das propostas implícitas, afago, escuta ativa, espelhamento, produção de opção, acondicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade).

3) Finalização da conciliação (1 hora/aula):
a)Formalização do acordo. Dados essenciais do termo de conciliação (qualificação das partes, número de identificação, natureza do conflito...). Redação do acordo: requisitos mínimos e exeqüibilidade;
b) Encaminhamentos e estatística.

4) O papel do conciliador e sua relação com os envolvidos no processo de conciliação (1 hora/aula):

a) Os operadores do Direito (o magistrado, o promotor, o advogado, o defensor público, etc) e a mediação.
b) Papel e Resistência. Técnicas para estimular advogados a atuarem de forma eficiente na conciliação
c) Contornando as dificuldades: descontrole emocional, embriaguez, desrespeito.

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:
Data Show DVD
e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:
Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:
Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MÓDULO III

Título: **MEDIAÇÃO E SUAS TÉCNICAS**

Público Alvo: Mediadores

Objetivos:

- Ensinar técnicas autocompositivas de solução de conflitos e sua aplicação prática

Carga horária: 16 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) A Mediação e sua origem (1hora/aula):
a) Introdução histórica;
b) Panorama mundial;

2) As Escolas ou Modelos de Mediação (04 horas/aula):
a) Os diferentes modelos e suas ferramentas: Harward ou facilitativo, transformativo, circular-narrativo, avaliativo;
b) A negociação cooperativa de Harward (posições e interesses, aspectos emocionais que envolvem a negociação, solução ou soluções parciais ou totais).

3) Mediação e suas técnicas (08 horas/aula):
a) Conceito e filosofia. Mediação judicial e extrajudicial, prévia e incidental;
b) Etapas – Pré-mediação e Mediação propriamente dita (acolhida, declaração inicial das partes, planejamento, esclarecimentos dos interesses ocultos e negociação do acordo);
c) Técnicas ou ferramentas (co-mediação, recontextualização, identificação das propostas implícitas, formas de perguntas, escuta ativa, produção de opção, acondicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade ou reflexão).

4) Áreas de utilização da mediação (1 hora/aula):
a) empresarial, familiar, civil, penal e Justiça Restaurativa.
b) o envolvimento com outras áreas do conhecimento.

5) A mediação judicial (02 horas/aula):
a) Vinculação ao Poder Judiciário?
b) O gerenciamento do processo e os Centros de Resolução de Disputas;
c) A Cultura de Paz (Política Pública e a necessidade de mudança de mentalidade).
d) Código de ética do mediador.

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:
Data Show DVD
e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:
Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:
Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MÓDULO SERVIDORES

Título: Da atuação no Centro de Resolução de Disputas

Público Alvo: Servidores

Objetivos:

- Detalhar procedimentos e rotinas do CRD

Carga horária: 4 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) Procedimento no CRD (1hora/aula):
a) Pré processual. Encaminhamentos aos Juizados Especiais e órgãos de assistência judiciária;
b) Processual;
c) Serviços de orientação e cidadania.

2) Práticas administrativas (1hora/aula)
a) Inclusão e exclusão de conciliadores/mediadores no cadastro dos Tribunais.
b) Pauta. Livros. Estatística.

3) Fiscalização dos serviços de conciliadores e mediadores (1hora/aula)
a) Ética;
b) Impedimento/suspeição;
c) Comunicações ao Juiz Coordenador do CRD

4) Rede de cidadania (1hora/aula)
a) Convênios. Parcerias.
b) Encaminhamentos. Padronização

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:
Data Show
DVD e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:
Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:
Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MÓDULO MAGISTRADOS

Título: **OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Público Alvo: magistrados

Objetivos:

- Conscientização sobre a política pública de tratamento adequado de conflitos;
- Trazer à reflexão a importância da utilização dos meios não adversariais de solução de conflitos;
- Informar sobre panorama nacional e internacional dos meios alternativos de solução de conflitos e principais métodos existentes;
- Detalhar o funcionamento dos Centros de Resolução de Disputas e a fiscalização dos serviços de conciliadores/mediadores.

Carga horária: 8 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos (2 horas/aula)

a) Princípios Constitucionais: Princípio do acesso à Justiça e pacificação social. Princípio da dignidade de pessoa humana;
b) Legislação brasileira sobre conciliação-mediação e Juizados Especiais. Resolução do CNJ. Provimentos dos Tribunais;
c) Importância da capacitação.
d) Mudança de mentalidade: papel do CNJ, Tribunais e Instituições públicas e privadas, bem como do juiz coordenador do Centro de Resolução de Disputas.

2) Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) (2 horas/aula):
a) Histórico. Panorama nacional e internacional. Cultura de Paz;
b) Noções gerais e diferenciação entre os principais métodos de resolução de conflitos: judicial, negociação, conciliação, mediação e arbitragem.
c) Diferenças e Semelhanças entre Mediação e Conciliação. Indicação do método de solução de conflito adequado pelo magistrado.

3) Funcionamento dos Centros de Resolução de Disputas (1 hora/aula)
a) Pré processual. Encaminhamentos aos Juizados Especiais e órgãos de assistência judiciária.
b) Processual.
c) Serviços de orientação e cidadania.
d) Práticas administrativas. Pauta. Livros. Estatística.

4) Da relação dos magistrados com os conciliadores/mediadores (2 horas/aula)
a) Recrutamento;
b) Capacitação. Estágio Supervisionado. Reciclagem;
c) Cadastro dos Tribunais. Inclusão e exclusão. Procedimento. Controle de Freqüência.
d) O terceiro facilitador: funções, postura, atribuições, limites de atuação, imparcialidade X neutralidade, Código de Ética, remuneração e supervisão;
e) Satisfação do usuário. Formulário.

5) Da rede de cidadania (1 hora/aula)
a) Convênios. Parcerias.
b) Encaminhamentos. Padronização

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:
Data Show DVD
e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart

Sonorização

Avaliação:
Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:
Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

ANEXO II

SETORES DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA

Abaixo segue sugestão do procedimento a ser adotado nos setores de solução de conflitos pré processual e processual e no setor de cidadania, abrangidos pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, cuja regulamentação está prevista nos artigos 8º a 11 da Resolução:

1) *Setor de Solução de Conflitos Pré Processual*:

O setor pré processual poderá recepcionar casos que versem sobre direitos disponíveis em matéria cível, de família, previdenciária e da competência dos Juizados Especiais, que serão encaminhados, através de servidor devidamente treinado, para a conciliação, a mediação ou outro método de solução consensual de conflitos disponível.

Assim, comparecendo o interessado ou remetendo pretensão via e.mail com os dados essenciais, o funcionário colherá sua reclamação, sem reduzi-la a termo, emitindo, no ato, carta convite à parte contrária, informando a data, hora e local da sessão de conciliação ou mediação. E, observadas as peculiaridades locais, o convite poderá ser feito por qualquer meio idôneo de

comunicação; sendo que a única anotação que se fará sobre o caso no setor será a referente aos nomes dos interessados na pauta de sessões.

Obtido o acordo na sessão, será homologado por sentença, após a manifestação do representante do Ministério Público, se for o caso, com registro em livro próprio, sem distribuição. E ainda, o termo do acordo será arquivado em meio digital e os documentos restituídos aos interessados.

Não obtido o acordo, os interessados serão orientados a buscar a solução do conflito nos Juizados Especiais ou na Justiça Comum. Nos casos de competência dos Juizados Especiais, desde logo será reduzida a termo a reclamação, com seu encaminhamento ao Juizado competente, preferencialmente por meio digital, dispensada a realização de nova sessão de conciliação.

De qualquer forma, obtido ou não o acordo, será colhida a qualificação completa dos interessados com CPF ou CNPJ, para fins estatísticos.

Por fim, descumprido o acordo, o interessado, munido do respectivo termo, poderá ajuizar ação de execução de título judicial segundo as regras de competência.

2) Setor de Solução de Conflitos Processual:

O setor de solução de conflitos processual receberá processos já distribuídos e despachados pelos magistrados, que indicarão o método de solução de conflitos a ser seguido, retornando sempre ao órgão de origem, após a sessão, obtido ou não o acordo, para extinção do processo ou prosseguimento dos trâmites processuais normais.

3) Setor de Cidadania:

O setor de cidadania prestará serviços de informação, orientação jurídica, emissão de documentos, serviços psicológicos e de assistência social, entre outros.

ANEXO III

CÓDIGO DE ÉTICA DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

INTRODUÇÃO

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta.

Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

§1º. Confidencialidade – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

§2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

§3º. Imparcialidade – Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

§4º. Neutralidade – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles;

§5º. Independência e autonomia - Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexequível;

§6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º. As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para seu bom desenvolvimento, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

§1º. Informação - Dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.

§2º. Autonomia da vontade – Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.

§3º. Ausência de obrigação de resultado – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

§4º. Desvinculação da profissão de origem – Dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

§4º. Teste de realidade – Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exeqüíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Das responsabilidades e sanções do conciliador/mediador

Art. 3º. Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no respectivo cadastro.

Art. 4º. O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitando os princípios e regras deste Código, assinando, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submetendo-se às orientações do juiz coordenador da unidade a que vinculado;

Art. 5º. Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e sua substituição.

Art. 6º. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador/mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição na condução das sessões.

Art. 7º. O conciliador/mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

Art. 8º. O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

Parágrafo único – Qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de conduta inadequada por parte do conciliador/mediador poderá representar ao Juiz Coordenador a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

ANEXO IV
Dados Estatísticos

O banco de dados sobre as atividades dos CENTROS deverá conter as seguintes informações:

1) Em relação à estrutura de pessoal:

(i) quantidade de servidores com dedicação exclusiva;

(ii) quantidade de servidores responsáveis pela triagem;

(iii) quantidade de funcionários cedidos por entidades parceiras;

(iv) quantidade de conciliadores cadastrados;

(v) quantidade de mediadores cadastrados

2) Em relação ao setor pré processual

(i) quantidade de reclamações recebidas em determinado período;

(ii) período de tempo entre o atendimento e a data designada para a sessão de conciliação;

(iii) período de tempo entre o atendimento e a data designada para a sessão de mediação;

(iv) quantidade de sessões de conciliação designadas em determinado período;

(v) quantidade de sessões de mediação designadas em determinado período;

(vi) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período;

(vii) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período;

(viii) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período;

(ix) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período;

(x) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em determinado período;

(xi) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período;

(xii) quantidade de sessões prejudicadas pela ausência do reclamante;

(xiii) quantidade de sessões prejudicadas pela ausência do reclamado;

(xiv) quantidade de sessões prejudicadas pela ausência do reclamante e do reclamado ;

(xv) quantidade de reclamações encaminhadas a órgãos judiciais;

(xvi) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado;

(xvii) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado;

(xviii) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado;

(xix) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado

(xx) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador;

(xxi) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador;

3) Em relação ao setor processual

(i) quantidade de sessões de conciliação designadas em determinado período;

(ii) quantidade de sessões de mediação designadas em determinado período;

(iii) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período;

(iv) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período;

(v) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período;

(vi) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período;

(vii) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em determinado período;

(viii) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período;

(ix) quantidade de audiências prejudicadas pela ausência do autor;

(x) quantidade de audiências prejudicadas pela ausência do réu;

(xi) quantidade de audiências prejudicadas pela ausência de ambas as partes;

(xii) período de tempo entre o encaminhamento do processo ao CENTRO e a data designada para a audiência de conciliação;

(xiii) período de tempo entre o encaminhamento do processo ao CENTRO e a data designada para a sessão de mediação;

(xiv) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado;

(xv) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado;

(xvi) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado;

(xvii) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado;

(xviii) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador;

(xix) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador;

4) Em relação ao setor de cidadania

(i) quantidade de atendimentos prestados em determinado período;

(ii) quantidade de orientações jurídicas prestadas em determinado período;

5) Em relação aos participantes

(i) identificação dos reclamantes, reclamados e partes, com qualificação completa e CPF ou CNPJ;

(ii) 100 (cem) maiores reclamantes, reclamados, autores e réus, com os respectivos CPF’s e CNPJ’s em determinado período;