

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

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.

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, proclama 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 proclamar 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 Kant¹, em sua *Fundamentação da metafísica dos costumes*, e coloca a pessoa humana

¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições70. 2011. p. 82.

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 Goldberg², 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.

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

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.

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 Zapparolli³, 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 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

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

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's⁴ 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 da Organização 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.

A Declaração sobre uma Cultura da Paz, e seu respectivo Programa de Ação⁵, 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

⁴ *Alternative Dispute Resolution.*

⁵ UNESCO. Declaração e programa de ação sobre uma cultura de paz. A/RES/53/243 de 6 de outubro de 1999.

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.

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

⁶ Ibidem. artigo 2º

definição da escola de Harvard, trazida por Francisco Diez e por Gachi Tapia⁷, 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 Cobb⁸, 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 mayoría 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 lembrar 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.

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 permite¹⁰ 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.

¹⁰ 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 conflictos 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 Guilherme (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 proceso 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_andrapacha.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 PROFESSIONNELLE 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 desorientados. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. n. 1, v. 1. Brasília: Brasília Jurídica. 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. *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 Modern Law*. Law and Society Review, vol. 17, n. 2; 239-281.1983.