



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

REBECCA FALCÃO VIANA ALVES

**A MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS
TRABALHISTAS**

**São Cristóvão/SE
2020**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

REBECCA FALCÃO VIANA ALVES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa 2: Concretização dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais Empresariais.

Orientador (a): Profa. Luciana de Aboim Machado.

São Cristóvão/SE
2020

Alves, Rebecca Falcão Viana
A474m A mediação e sua aplicação nos conflitos individuais trabalhistas /
Rebecca Falcão Viana Alves ; orientadora Luciana de Aboim
Machado. – São Cristóvão, SE, 2020.
180 f. : il.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de
Sergipe, 2020.

1. Direitos fundamentais. 2. Mediação e conciliação
trabalhista.
3. Resolução de disputa (Direito). 4. Direito dos
trabalhadores. 5. Relações trabalhistas. I. Machado, Luciana de
Aboim, orient. II. Título.

CDU 342.7:347.925



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



REBECCA FALCÃO VIANA ALVES

**A MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS
TRABALHISTAS**

APROVADA EM: _____, _____, _____.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe e aprovada pela Banca Examinadora.

Profª. Dra. Luciana de Aboim Machado
Programa de Pós-graduação em Direito/UFS

Prof. Examinador
Programa de Pós-graduação em Direito/UFS

Prof. Examinador
Programa de Pós-graduação em Direito/UFS

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, pela oportunidade de cursar o Mestrado e mais ainda pela possibilidade de terminá-lo com saúde. Gostaria de agradecer meus pais, minha mãe Mara Régia Falcão Viana Alves e meu pai José Carlos Alves Santos por sempre estarem ao meu lado, me apoiando, me amando e sendo sempre os primeiros raios de sol dos meus melhores e piores dias.

Agradeço minha avó, Marluvia Maria Falcão Viana, por rezar por mim todos os dias e sempre tentar me alegrar, mesmo quando estive doente. Agradeço meu irmão, Luís Antônio da Cunha Viana Neto, por estar ao meu lado em todos os momentos, brigando comigo, cuidando de mim e se preocupado comigo do seu jeito único. Agradeço minha cunhada, Lilian Raquel, por ser uma ótima companheira e ser uma pessoa tão fofa e carinhosa.

Agradeço minha família, tios, tias, primos e primas, tanto por lado de mãe como por lado de pai, acho que fui abençoada duas vezes com duas famílias tão amorosas, barulhentas e que sabem como demonstrar o quanto se importam uns com os outros. Sei que posso contar sempre com vocês ao meu lado.

Especialmente, agradeço as mulheres de minha família, algumas tiveram histórias trágicas, histórias de superação, histórias de dificuldade ou histórias simples, mas todas elas sempre tiveram muito amor, bondade e fortaleza para ensinar a quem quisesse ouvi-las como ser uma pessoa forte e amorosa, para superar os desafios da vida sem machucar os outros.

Agradeço meus amigos e minhas amigas, a família que apesar de não partilhar do meu sangue, partilham do meu amor. Adriana Fernandes, Gabriela Leão e Catarina Leão, vocês são minhas melhores amigas desde que eu respirei nesse mundo, agradeço pelo apoio de vocês em todas as fases da minha vida. Luana Santana e Priscyla Luz, minhas amigas do colégio para a vida, também agradeço a paciência de vocês em aturarem minhas ansiedades e medos durante o mestrado. Luana Menezes, Emmerly Karolina Nascimento, Estéfani Oliveira, Davi Marques, Davi Gama, Alberlan Pimenta e Abner Rubini, agradeço por continuarem me lembrando que na vida precisamos parar para curtir um pouco também.

Gostaria de agradecer aos amigos que fiz durante o mestrado, especialmente, porque passamos esses dois anos sofrendo e nos divertindo juntos, confiando nossos maiores medos e preocupações uns aos outros, repartindo nossas frustrações e nossas alegrias: Ana Paula Souza, Amanda Sampaio, Renata Lage, Renata Ramos, Rafaela Santana, Thayse Edith, Wesley Soares, Márcia Trivellato, Kalyne Andrade, Ariela Ferreira, Rubens Pacheco, Niully Campos, Ana Carolina Santana, Caroline Canuto, Kelly Caldas, Daniel Artemon, Camilla

Barreto, Gustavo Justo, Flávia Carvalho Góes, Isabella Bastos, Alessandra Siqueira, Eva Siqueira, Pedro Pires, Jaqueline Cury, Willde Sobral, Tamis Couvre, Alexandre Soares e Vitor Carvalho.

Gostaria de agradecer meus professores, Marcel Ramos, Marcelo Povoas e Paulo Ralin, por sempre me incentivarem a estudar.

Agradeço especialmente os professores do mestrado: Karyna Sposato, por ter sido uma boa coordenadora e por oferecer seus conselhos e ajuda sempre que necessário; Daniela Costa e Carla Angélica Dias, por sempre estarei à disposição para conversar e trocar idéias; Flávia D'Ávila, por ser uma excelente professora que inspira os alunos a melhorarem tanto na pesquisa como na vida social; Flávia Pessoa, por ser tão acessível para conversar, para trocar ideias e conselhos; Miriam Alves, por ser uma excelente professora e inspirar os alunos a conhecer e atuar mais nas áreas de pesquisas – principalmente as que envolvem outros ramos da ciência; Jussara Jacintho, por ser uma ótima amiga e um exemplo de professora que une a vivência acadêmica com a social; Clóvis Falcão, por ser um apoio quando estamos desesperados e, com sua áurea de Buda, acalmar-nos quando estamos mais nervosos e a minha orientadora, Luciana de Aboim Machado por, através do seu exemplo, ensinar-me a ser a profissional que eu desejo ser e por sua orientação durante os dois anos do mestrado.

Agradeço a Cleber, o porteiro da UFS que sempre nos saúda com um amigável sorriso e um desejo de que tenhamos um bom trabalho, sua agradável visão e sua energia positiva traz uma paz muito grande para as pessoas mesmo nos piores dias da semana.

Agradeço a Tânia, terceirizada da limpeza, e a Isabela, da Administração, por serem ótimas amigas e pelos conselhos e ótimas histórias que repartiam comigo.

Agradeço a meus parentes caninos: Lola, cadela de minha cunhada, que sempre aparecia quando eu estava prestes a chorar de desespero e Flake, cachorro do meu namorado, que sempre me confortou nos momentos mais estressantes que tive. Obrigada por me lembrarem que a vida é curta demais e que devemos aproveitá-la enquanto estamos vivos.

Gostaria de agradecer meus sogros, Elenildes e Wellington Rodrigues, por torcerem por mim, por me receberem tão bem sempre que precisei deles e por estarem sempre a disposição para ajudar.

Agradeço meu namorado, Yklys Santos Rodrigues, por sempre me ajudar, sem nunca reclamar disso, por entender minhas frustrações e ansiedade, por me acalmar quando eu estava triste ou nervosa, por me fazer sorrir, por alegrar meu dia e por sempre estar ao meu lado.

Por fim, gostaria de agradecer a todos que direta ou indiretamente me ajudaram a escrever, a estudar e a viver esses dois intensos anos do mestrado. Agradeço imensamente o apoio, o carinho, o auxílio de todos.

À minha mãe, Mara Régia, minha melhor amiga e maior apoiadora
Ao meu pai, José Carlos, cujo amor incondicional sempre me cativa.

RESUMO

A mediação de conflitos nos últimos vinte anos vem sendo incentivada pelo Estado a ser utilizada como uma forma adequada de resolução de conflitos por seus cidadãos. A utilização da mediação está sendo estimulada em todas as áreas do Direito; todavia, nem todas as searas estão aceitando a mediação tão facilmente. Como ocorre na trabalhista, especialmente no âmbito do direito laboral individual. Nesse ramo jurídico a tradição jurisdicional é muito forte, pois se entende que devido à hipossuficiência do empregado, ele não pode renunciar nem transacionar seus direitos. Todavia, além do incentivo para o uso dos métodos de resolução de conflito, houve ainda uma mudança na legislação trabalhista, a reforma de 2017, que tenta alterar essa visão do empregado como hipossuficiente para um empregado capaz de negociar e transacionar seus direitos com seu empregador. Nesse contexto, propõe-se compreender como a mediação pode garantir a efetivação dos direitos do trabalhador. A pesquisa foi realizada através do método teórico-bibliográfico, no qual se utilizou de fontes primárias como a Lei da Mediação, o novo Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho, bem como livros, revistas, artigos e dissertações sobre o tema abordado. O estudo resultou no entendimento de que a mediação é compatível com as relações individuais do trabalho, bem como teve sua possibilidade e utilização estimulada pela reforma trabalhista, ainda que indiretamente. Dessa forma, conseguiu-se observar que há três pontos em que o uso da mediação gera a efetivação dos direitos do trabalhador, são eles a ampliação do acesso à Justiça, a possibilidade de ser uma negociação facilitada para equilibrar a conversa entre empregado e empregador e a possibilidade de que os direitos lesionados possam ser tratados no momento em que ocorre sua violação sem que haja a ruptura da relação de trabalho. Dessa forma, a pesquisa realizada sugere que a mediação é um meio adequado de efetivar os direitos dos trabalhadores ao criar um ambiente equilibrado, no qual empregado e empregador podem negociar diretamente com a supervisão do mediador que garantirá o equilíbrio de forças entre as partes e guiará a sessão para que a vontade de ambos os sujeitos da relação de emprego sejam preservadas e satisfeitas na medida do possível.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Medição Trabalhista. Conflitos Individuais Trabalhistas. Métodos de Resolução de Conflitos.

ABSTRACT

The mediation has been encouraged in the last twenty years by the state to be used as an appropriate form of conflict resolution by its citizens. The use of mediation is being stimulated in all fields of law, however, not all fields are accepting mediation so easily. As with the labor field, especially in the field of individual labor law, in this legal branch, the jurisdictional tradition is very strong because it is understood that due to the employee's under-sufficiency, he cannot waive or transact his rights. However, in addition to encouraging the use of conflict resolution methods, there has also been a change in labor legislation, the 2017 reform, which attempts to change this view of the employee as being insufficient for an employee capable of negotiating and transacting his rights with his employer. In this context, it is proposed to understand how mediation can guarantee the realization of worker rights. The research was conducted through the theoretical-bibliographical method, which used primary sources such as the law of mediation, the new Code of Civil Procedure and the Consolidation of Labor Laws, as well as books, magazines, articles, and dissertations on the subject. The study resulted in the understanding that mediation is compatible with individual labor relations, as well as its possibility and use stimulated by labor reform, albeit indirectly. Thus, it was observed that the three points in which the use of mediation generates the realization of workers' rights are the expansion of access to justice, the possibility of being a facilitated negotiation to balance the conversation between employee and employer, and the possibility that injured rights can be dealt with at the time of violation without breaking the employment relationship. Thus, research suggests that mediation is an appropriate means of enforcing workers' rights by creating a balanced environment in which both employer and employee can negotiate directly with the mediator's supervision that will ensure the balance of forces between the parties and guide them. The session so that the will of both subjects of the employment relationship is preserved and satisfied as far as possible.

KEYWORDS: Mediation. Labour Mediation. Individual Labour. Dispute. Alternative Dispute Resolution.

LISTA DE ILUSTRAÇÃO

- 1 - Gráfico de casos novos e solucionados mês a mês nas Varas trabalhistas 2015-2019125
- 2 - Ações recebidas pelas Varas do Trabalho do Tribunal Regional da 20ª Região.....126

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|--------|---|
| art. | Artigo |
| arts. | Artigos |
| CEJUSC | Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania |
| CEMC | Código de Ética do Mediador e do Conciliador |
| CF | Constituição Federal |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| CNJ | Conselho Nacional da Justiça |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CSJT | Conselho Superior da Justiça do Trabalho |
| MEC | Ministério da Educação |
| MP | Ministério Público |
| MPT | Ministério Público do Trabalho |
| RGPS | Regime Geral da Previdência Social |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TAC | Termo de Ajuste de Conduta |
| TRCT | Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 2 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS..... | 17 |
| 2.1 O Conflito: Conceito, suas Formas e seus Métodos de Resolução | 17 |
| 2.1.1 Conceito de conflito | 18 |
| 2.1.2 As formas de resolução de conflito | 21 |
| 2.1.3 Métodos de resolução de conflito..... | 29 |
| 2.2 O Sentido da Mediação | 43 |
| 2.2.1 Definição da mediação | 43 |
| 2.2.2 Diferença entre mediação judicial e mediação extrajudicial..... | 49 |
| 2.2.3 Vantagens e desvantagens da mediação..... | 56 |
| 3 A COMPATIBILIDADE ENTRE MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS | 62 |
| 3.1 Os Princípios Trabalhistas Podem se Conciliar com os Princípios da Mediação? | 63 |
| 3.1.1 Princípios trabalhistas | 63 |
| 3.1.2 Princípios da mediação | 71 |
| 3.1.3 Princípios trabalhistas e princípios da mediação: compatibilidade..... | 80 |
| 3.2 Quanto ao <i>Status</i> dos Direitos Trabalhistas e os direitos passíveis de Mediação | 81 |
| 3.2.1 Direitos patrimoniais disponíveis..... | 81 |
| 3.2.2 Direitos indisponíveis (in)transigíveis | 84 |
| 3.2.3 Direitos indisponíveis transacionáveis: compatibilidade | 87 |
| 3.3 A Exigência de uma Lei Específica para Regulamentar Mediação Trabalhista..... | 91 |
| 3.4 A Aplicação da Mediação nas Relações do Trabalho | 95 |
| 4 OS REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA MEDIAÇÃO REALIZADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO | 98 |
| 4.1 A Relação Empregatícia: Desequilíbrio Natural entre os Sujeitos da Relação | 99 |
| 4.2 O Impacto da Reforma nas Ações Judiciais Trabalhistas | 123 |
| 5 A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAR OS DIREITOS TRABALHISTAS | 132 |
| 5.1 Quando a Mediação Poderia ser Usada nos Conflitos Trabalhistas Individuais? | 133 |
| 5.1.1 O momento para aplicação da mediação trabalhista | 134 |
| 5.1.2 As hipóteses para aplicação da mediação trabalhista..... | 139 |
| 5.2 A Mediação como Ferramenta para a Efetivação dos Direitos Trabalhistas..... | 146 |

| | |
|---|------------|
| 5.3 Uma Breve Análise sobre a Utilização da Mediação Trabalhista em Outros Países | 157 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 166 |
| REFERÊNCIAS | 170 |

1 INTRODUÇÃO

A mediação de conflitos é um meio de ressignificação de controvérsias que, por natureza, nasceu no âmbito extrajudicial, ou seja, todo o seu procedimento ocorre fora do Judiciário. Esse método de resolução de conflitos se caracteriza pela presença de um terceiro imparcial que ajudará as partes a restabelecerem a comunicação perdida em virtude do atrito de seus interesses para que as próprias partes envolvidas no conflito possam conjuntamente solucionar o choque de interesses da maneira mais justa e satisfatória para ambas.

Sendo um meio de autocomposição, a mediação não é um mecanismo de resolução de conflitos novo, em verdade, ela existe há bastante tempo, especialmente nas culturas orientais. Contudo, a prática da mediação, bem como a dos demais meios de resolução de conflitos diferente da jurisdição foi desestimulada no começo da criação do Estado, pois essa entidade precisava concentrar todo poder para se consolidar soberana. Cumpre salientar que a mediação não foi proibida, mas sim utilizada como meio “alternativo” à principal, qual seja a jurisdição estatal.

Com o passar dos anos, o Estado, especificamente o Brasil, compreendeu que não tinha como limitar as opções de resolução de conflito apenas ao Poder Judiciário. Essa constatação ocorreu por causa da crise de insatisfação popular com o Judiciário que tem como principais motivos de insatisfação a lentidão dos julgados e a insegurança pela possibilidade de receber uma decisão injusta. Ademais, o caso brasileiro se agrava pela insatisfação popular com as instituições públicas em geral por conta de diversos casos de corrupção nas instituições, dentro delas as instituições ligadas ao Poder Judiciário.

É em virtude dessa crise de insatisfação com o Judiciário e, ainda, em virtude da excessiva judicialização de demandas criadas por uma cultura fortemente litigante de judicialização dos conflitos que o Estado brasileiro precisou encontrar formas de resolução de conflitos participativas, no qual as partes pudessem solucionar sua controvérsia sem necessariamente pleitear em juízo sua querela. É a partir da necessidade de estimular uma cultura de paz e formas de resolver os conflitos de interesses da sociedade que os mecanismos alternativos de resolução de conflito voltaram a ter seu uso estimulado, especialmente, as formas autocompositivas como conciliação e mediação.

Em razão dessa necessidade de estimular o uso dos meios alternativos de resolução de conflito, desde 2010, o Conselho Nacional de Justiça busca incentivar o estudo e a utilização dos meios autocompositivos para dirimir as controvérsias de interesses. Dessa forma, o Estado visa incentivar as pessoas a tentarem solucionar seus conflitos de interesses por si

mesmas ou com ajuda de mecanismos de ressignificação de controvérsias, os quais, em regra, são métodos utilizados para incentivar a cultura da paz, pois permitem que os envolvidos no conflito entendam os anseios uns dos outros e possam estabelecer seus desejos e limites de modo satisfatório e que gerem uma solução adequada para ambos.

Apesar de os métodos de resolução pacífica de conflitos ganharem relevância nos últimos vinte anos, um dos ramos do Judiciário brasileiro, a Justiça do Trabalho, sempre manteve esses meios de resolução de conflito bastante ligados à sua atuação jurisdicional. Em verdade, como a Justiça do Trabalho nasceu de forma administrativa, ou seja, fora do Judiciário, pode-se dizer que os métodos de resolução de controvérsias fazem parte do seu DNA. Desde o seu início, a Justiça Laboral manteve sua característica de Justiça conciliatória, inclusive, era um título ostentado no próprio nome das Varas do Trabalho, que antes de terem essa denominação eram as Juntas de Conciliação e Julgamento.

No âmbito extrajudicial, também se configura a tradição de utilizar a conciliação, a arbitragem, a mediação ou a negociação como formas de resolver os conflitos trabalhistas, apesar de que esses meios de resolução acabarem por ser entendidos como válidos para aplicação nos conflitos coletivos do trabalho, ao passo que os conflitos individuais foram direcionados exclusivamente para a conciliação judicial e a jurisdição. De modo que a via extrajudicial de resolução de conflitos individuais trabalhistas restou rejeitada pelo pensamento majoritário dos estudiosos e dos aplicadores do direito laboral, inclusive, até hoje não há um posicionamento pacífico sobre a possibilidade da utilização ou não desses meios de resolução de controvérsia para os conflitos individuais laborais.

No entanto, com o advento da Lei n.13.140/2015, Lei da Mediação, do novo Código de Processo Civil (CPC), da Resolução n. 174/2016 do CSJT e da Lei n. 13.467/2017, conhecida como a reforma trabalhista, houve uma clara intenção do Estado brasileiro de que fossem utilizados os meios alternativos de resolução de conflito, especialmente a mediação, para a solução os choques de interesses dos jurisdicionados.

A Lei da Mediação excluiu a seara trabalhista de seu uso, com a exigência de uma lei própria para a mediação trabalhista. Nesse contexto, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução n. 174/2016 que trata sobre a utilização dos meios de ressignificação de controvérsia dentro da Justiça Trabalhista; porém, além de regulamentar como a mediação e a conciliação seriam usadas na Justiça Trabalhista, a resolução também tratou de afastar a incidência da mediação extrajudicial realizada pelas câmaras privadas e de afastar alguns artigos do novo CPC. Parecia que a mediação trabalhista estava limitada ao uso apenas na Justiça do Trabalho, ou seja, tinha virado uma mediação apenas judicial.

Contudo, em pouco tempo, veio a reforma trabalhista de 2017, que possuía dentre outros intuitos o de estimular a utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos e de diminuir as demandas judiciais que reviveu o debate sobre a utilização da mediação extrajudicial na seara trabalhista, discussão que agora tende para a possibilidade de sua utilização, mas que ainda não há um posicionamento pacificado.

É nesse contexto, ainda um pouco incerto, de mudança cultural e legislativa que estimula a ampliação do uso da mediação nas relações trabalhistas individuais que surge o objeto principal do presente trabalho: compreender se a mediação é um meio de garantir a efetivação dos direitos trabalhistas.

Trabalha-se com a hipótese de que a mediação pode ser um meio eficaz de efetivar os direitos trabalhistas, especialmente após a reforma trabalhista que incentiva os meios autocompositivos de resolução de conflito, desde que durante a sessão de mediação, o mediador imparcialmente consiga empoderar as partes para que o acordo não seja construído apenas com renúncia do empregado sobre seus direitos e que haja, de fato, transações entre o empregado e o empregador. Nesse ambiente, entende-se que a presença do advogado será fundamental para auxiliar o empregado a conseguir expressar e ter acatada sua vontade.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizou-se o método teórico-bibliográfico, utilizando os seguintes materiais e fontes: legislação nacional, livros, artigos, revistas científicas, dissertações, entre outros, em meio impresso ou digital a fim de responder aos seguintes questionamentos, os quais se refletem nos objetivos específicos dessa pesquisa: O que é a mediação e qual a sua definição? É a mediação compatível com as relações trabalhistas individuais? Quais foram os impactos que a reforma trabalhista causou que podem ter facilitado a utilização da mediação como meio de resolução de conflitos individuais trabalhistas? E como poderia a mediação trabalhista ajudar a efetivar os direitos laborais?

A fim de abordar de modo adequado o tema do presente estudo, ele foi dividido em quatro capítulos. O capítulo dois trata sobre o que é a mediação, iniciando seu estudo por uma breve compreensão do que é o conflito. Do conceito de conflito, passou-se a tratar das formas e dos métodos de resolução das controvérsias para poder se aprofundar no método da mediação. Nessa parte do capítulo houve o tratamento sobre o conceito, o objetivo e a importância da mediação, bem como se buscou esclarecer a diferença entre a mediação judicial e a mediação extrajudicial para, ao final, observar quais são as vantagens e as desvantagens que esse método de resolução de controvérsia possui em relação aos demais.

O capítulo três versa sobre a compatibilidade entre a mediação e as relações individuais do trabalho a fim de entender se esse método de resolução de disputa pode ser

usado para dirimir os conflitos laborais individuais. Para verificar a possibilidade dessa aplicação da mediação aos conflitos individuais trabalhistas tratou-se da compatibilidade entre os princípios trabalhistas e os princípios da mediação, bem como sobre os *status* dos direitos laborais e os tipos de direitos que a mediação pode tratar, observando, em especial, os direitos indisponíveis que admitem transação, que parecem abraçar os direitos trabalhistas. Ao final do capítulo, trata-se da exigência de lei própria para a regulamentação da mediação trabalhista e de como a sua ausência pode afetar esse instituto, já que a falta de uma legislação clara e específica parece trazer ainda insegurança e posicionamentos incongruentes das normas existentes que tentam tratar sobre a mediação trabalhista.

O capítulo quatro analisa como a reforma trabalhista influenciou o uso da mediação, ainda que de modo indireto na seara trabalhista. Iniciou-se com a compreensão do desequilíbrio que há na relação de emprego e como ela foi afetada pela reforma que ampliou a autonomia da vontade do trabalhador, passando a observar a forma que a reforma trabalhista incentivou o uso dos métodos extrajudiciais de resolução de conflito, inclusive, criando um mecanismo de jurisdição voluntária para homologar os acordos extrajudiciais. E, ao final do capítulo, observa-se como a reforma impactou a Justiça do Trabalho, ou seja, como ela criou empecilhos para a propositura de ações na Justiça Laboral.

Por fim, o capítulo cinco se avalia como a mediação trabalhista pode ser um meio de efetivar os direitos do trabalhador. Nesse caso, verifica-se os momentos e as hipóteses em que a mediação trabalhista de conflitos individuais pode ocorrer, passando para tratar de que forma a mediação cumpre o papel de ser uma ferramenta de efetivação dos direitos do trabalhador. E, por fim, observa-se de modo breve a experiência que alguns países estrangeiros tiveram com o uso da mediação na seara laboral.

Destaca-se o tema pela relevância jurídica e social, posto que ao tratar sobre uma forma real de efetivação dos direitos laborais tem alto impacto social, tanto para os aplicadores do direito como para a sociedade. Especialmente nesse momento em que se percebe a mudança de mentalidade jurídica tanto nas relações de trabalho como na maneira de solucionar seus conflitos individuais. No âmbito da resolução de conflitos, identifica-se que há uma tendência a querer aumentar a autonomia das partes e a responsabilidade das pessoas para que consigam construir ativamente suas próprias decisões, ao passo que do lado trabalhista, apesar da grande controvérsia, o Estado supostamente tenta modernizar as relações de trabalho. Nesse contexto, parece claro que o estímulo aos meios extrajudiciais de conflitos, especialmente a mediação, tem um papel fundamental de garantir que os direitos tratados sejam efetivados e não enfraquecidos.

2 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Segundo o entendimento de Guilherme (2018, p. 31) e de Arendt (2007, p. 32), o homem é um ser naturalmente político, ou seja, social. O que implica na necessidade de esse ser político - o homem - coexistir, especialmente, com seus semelhantes para sua existência completa. Em outras palavras, compreende-se, dos pensamentos citados, que, embora o homem seja um indivíduo singular e único, ele precisa conviver em sociedade para que haja seu desenvolvimento completo, visto que é um ser sociável.

Todavia, exatamente pela razão de que os indivíduos não são iguais entre si, pode haver atritos na convivência social. Ou seja, uma vez que cada ser humano é um indivíduo único – com seus próprios desejos, interesses e moral que não, necessariamente, são iguais aos coletivos – o convívio com outros indivíduos que possuem valores, desejos e interesses distintos pode gerar atritos e resistências, o que faz surgir o conflito.

Como é possível observar, a sociedade e o conflito possuem uma relação quase simbiótica de existência. Contudo, essa relação é bastante delicada e pode acabar em desequilíbrio com facilidade, por essa razão é que se busca criar formas de resolver os conflitos de modo que possam melhorar a sociedade. Um dos meios que se criou para tratar o conflito é a mediação, a qual é um dos focos do presente estudo; no entanto, para se chegar à mediação é necessário, antes, entender o que é o conflito para compreender como resolvê-los.

2.1 O CONFLITO: CONCEITO, SUAS FORMAS E SEUS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO

Ressalta-se, consoante Sposato e Silva (2018, p. 12), que apesar de o conflito carregar o estigma de pejorativo e de indesejável, ele é essencial e inerente para que uma sociedade seja pluralista, uma vez que ele exerce o papel de catalisador de mudanças. Em outras palavras, mesmo taxado de desagradável e indesejado, o conflito é necessário para o desenvolvimento e construção de uma sociedade que garanta a existência de pensamentos plurais e diferentes.

Permitir a existência de pensamentos plurais em uma sociedade é o caminho para a construção da democracia. Dessa forma, entendem Sposato e Silva (2018, p. 12) o conflito como um construtor da sociedade plural. Lembrando, ambas, que a própria ideia de

democracia¹ é a heterogeneidade, a qual pressupõe a divergência e diversidade de pensamentos, ou seja, de múltiplos discursos.

Quanto mais heterogeneidade, mais conflitos podem surgir em virtude dessas divergências, os quais devem ser tratados para que possam ser superados efetiva e positivamente. Defendem as autoras Sposato, Silva (2018, p. 13), nesse caso, que o conflito é um fenômeno natural da vida em sociedade. Logo, quanto mais complexa e desenvolvida é a sociedade, mais suscetível a novas formas de conflitos ela está.

Compreendendo que o conflito é parte inevitável da convivência com outros indivíduos e que, diferente de seu estigma social pejorativo, não é completamente negativo, resta entender o que é o conflito.

2.1.1 Conceito de conflito

Tão nebulosa quanto o próprio conflito é sua conceituação. Isto porque, como Sposato e Silva (2018, p. 12) expressam “Não é de hoje que a ideia de conflito ocupa diferentes campos do conhecimento, desde a Sociologia, o Direito, a Psicologia e até mesmo a Administração”. Em outras palavras, seu campo de incidência é multidimensional e perpassa por uma relação interdisciplinar.

Por ser um assunto extremamente extenso e diverso, decidiu-se restringir o conceito de conflito para o seu entendimento jurídico. Uma relação muito comum no campo jurídico do conhecimento é a de conflito e controvérsia como observa Freitas (2013a, p. 34). O autor ainda afirma que não existe apenas um fenômeno que comporte a denominação do que é o conflito, de modo que esse conceito pode ser o mais variável e abrangente possível.

É verdade que alguns conceitos jurídicos guardam proximidade com os conceitos do vernáculo, por essa razão se observa o conceito que o dicionário Dicio (2018) dá para conflito, o qual está ainda ligado a ideia de combate e disputa:

Ausência de concordância, de entendimento; oposição de interesses, de opiniões; divergência(...). Oposição mútua entre as partes que disputam o mesmo direito,

¹Ainda sobre uma sociedade democrática e sua relação com o conflito, observa-se o entendimento de Chauí (2017, p. 18/19), em que ela elenca alguns elementos que podem caracterizar a democracia – ultrapassando a ideia de apenas um regime político ligado à determinada forma de governo. Na forma sociopolítica, diz Chauí que a democracia se caracteriza pela busca de enfrentar as dificuldades entre a conciliação do princípio da igualdade e da liberdade e a existência real das desigualdades, bem como o princípio da legitimidade do conflito e a existência de contradições materiais. Já na forma política, ela traz que o conflito é considerado legítimo e necessário, pois são expressos através das instituições. Afirmando, ainda, que a democracia não é o regime do consenso, mas, na verdade, é o do trabalho e dos conflitos.

competência ou atribuição. [Psicologia] Condição mental de quem apresenta hesitação ou insegurança entre opções excludentes; estado de quem expressa sentimentos de essência oposta (...) (grifo nosso) (DICIO, 2018, on-line).

Não apenas no vernáculo o conceito de conflito está ligado à disputa ou ao embate, conforme se vê em Tartuce (2019, p. 3) “Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrelaço de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas”. Como parece ser claro, o conceito jurídico e o conceito linguístico de conflito são bastante próximos, ambos envolvendo a ideia de conflitos em virtude de interesses opostos ou concorrentes entre as partes. Consoante Tartuce (2019, p. 3) e Sposato e Silva (2018, p. 13), no âmbito jurídico, os sinônimos de conflito usualmente são litígio, lide, disputa e controvérsia.

É válido estabelecer que, apesar de em um estudo mais aprofundado haver diferenças entre lide, litígio, conflito, controvérsia, disputa, dentre outros, compreendeu-se que, para o presente trabalho, é melhor seguir o entendimento de Tartuce (2019, p. 3) e das leis de 2015: Lei de Mediação e o CPC de que as palavras listadas anteriormente, exceto lide, são sinônimas. Isso porque lide é um conflito judicializado – ou seja, já em processo judicial.

Resta, então, conceituar o conflito. Para Sposato e Silva (2018, p. 14) conflito é a tensão relativa a pessoas ou a um grupo, a qual, comumente, se associa comportamentos e sentimentos negativos e prejudiciais para os envolvidos. Já Brito (2018, p. 243) entende que os conflitos surgem de interesses que – por razões, a exemplo da escassez de recursos – não se ajustam com perfeição, não podendo que a sua divisão entre as pessoas que concorrem os mesmos propósitos seja feita sem que um se sobreponha a outro. Em outras palavras, é uma contraposição de interesses que são concorridos por partes com desejos opostos sobre aquele objeto/interesse.

Enquanto Tartuce (2019, p. 5) traz a ideia de que o conflito surge da disputa entre os indivíduos para garantir sua titularidade em relação a recursos naturais e humanos que tenham limitação. Há, ainda, muitos fatores que podem originar ou incrementar essas disputas como a ocorrência de mudanças na situação/*status quo*, a resistência a aceitar posições alheias, a existência de interesses contrapostos, o desrespeito à diversidade e a insatisfação pessoal.

Por fim, ressalta-se o conceito de Freitas (2013a, p. 41) que determina o conflito intersubjetivo como as situações em que estejam presentes, simultaneamente, no plano objetivo, um problema incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos por inevitáveis, podendo ser de natureza material ou imaterial; no plano comportamental, consciente ou inconscientemente, com ou sem intenção deve existir a contraposição de um ou

mais sujeitos no vetor conduta de alguém, e, no plano moral, necessita da percepção não convergente sobre como tratar o problema sob o ângulo dos valores da justiça. Dos entendimentos listados sobre o que é e como é gerado o conflito, pode-se entender que o conflito se dá sempre quando há um interesse/objeto de desejo e que duas ou mais pessoas, ou um grupo, têm necessidade ou desejo que sejam opostos sobre esse interesse/objeto e que seja preciso repartir o interesse/objeto para que ambas as partes possam usufruir dele.

Coadunando com a explicação de Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 41), esses conflitos se caracterizam por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja por aquele que poderia satisfazer sua pretensão não o corresponder ou porque o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão. Por essa razão, compreende-se que conflito é o que surge de uma pretensão desejada, porém não alcançada em virtude de alguma resistência.

Tendo compreendido o que é o conflito e que, apesar de seu estigma pejorativo ele é comum e até essencial para possibilitar a mudança numa sociedade democrática, é necessário entender como tratá-lo de formas positivas para que ele seja solucionado de uma forma construtiva e efetiva. Caso contrário, o conflito tem um poder exponencialmente destrutivo, gerando problemas potencialmente agressivos e infrutíferos. Tal situação, como se pode observar pela fala de Sposato e Silva (2018, p. 14), corriqueiramente acontece.

Por essa razão o conflito carrega esse estigma indesejado e negativo de ser algo ruim a ser evitado a todo custo. Tartuce (2019, p. 15) deixa claro que a ocorrência dos conflitos tende a se incrementar em virtude da dinâmica das relações interpessoais, as quais podem ser das mais variáveis possíveis, inclusive mudando em razão do tempo que o conflito ocorre. Dessa forma, é necessário conceber um sistema eficiente para lidar com as controvérsias que sempre surgirão. Atualmente, por conta da insatisfação com o Poder Judiciário, tem-se estudado para conceber esse sistema eficiente de tratamento do conflito – inclusive, criou-se a teoria do sistema multiportas² do acesso à Justiça com a ideia de que cada conflito deve ser analisado e tratado com a melhor forma de solução de controvérsias.

²Para Bacellar (2017, p. 79/80), o sistema de múltiplas portas de resolução de conflitos retrata a mais ampla oferta de meios, formas e mecanismo – ou seja, canais disponíveis para dirimir os litígios – colocados à disposição do cidadão com estímulo do Estado, a fim de que ocorra o adequado encaminhamento dos conflitos. De modo que haja uma ampla forma de acesso à Justiça, não apenas a prestação jurisdicional do Estado, mas toda forma de Justiça. É certo que para cada disputa particular – caso concreto – existe um método que será mais apropriado e que atenderá às necessidades e especificidades do caso que outros. Vale ressaltar ainda que o sistema multiportas não limita suas opções apenas judiciais, pois técnicas como mediação, conciliação, aconselhamento, arbitragem, etc. que são caracterizadas, em geral, por serem extrajudiciais, por serem confidenciais, pela livre manifestação de vontade das partes e pela informalidade.

2.1.2 As formas de resolução de conflito

Compreendendo o conceito de conflito, é necessário tratar sobre as formas de solução das controvérsias, a fim de entender os métodos que estão vinculados a elas. Há três formas de solucionar o conflito: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

Na perspectiva jurídica, a doutrina clássica relaciona o termo composição com as possíveis formas de encaminhamento e gestão do conflito de interesse, por essa razão surgem os termos autocomposição e heterocomposição, que informam o nível de intervenção de um terceiro ao conflito em sua resolução. Ademais, a composição também está relacionada com a ideia de regramento para a gestão do litígio, ou seja, entende-se que a composição é uma norma que regulamenta a solução das controvérsias (TARTUCE, 2019, p. 16).

Afirma Bacellar (2017, p. 21), concordando com a separação feita por Tartuce, que existem duas formas de configuração da composição, sendo elas a de autocomposição, que é a forma consensual – ou seja, a forma em que as partes não se veem como adversárias e sim como colaboradoras –, e a heterocomposição, uma forma adversarial de resolução de conflitos que cria essa sensação de disputa entre os envolvidos na controvérsia.

É interessante, ainda, observar o entendimento de Delgado (2017a, p. 1648), pois ele estabelece da mesma forma que os demais autores que as três formas de resolução de conflito são: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Todavia, ao tratar da diferença entre elas é que Delgado se distingue do entendimento dos demais. Entendendo que as duas primeiras modalidades de formas de resolução de conflito são realizadas apenas com a participação dos sujeitos originários da controvérsia, buscando sem o auxílio ou o intermédio de ninguém uma possível solução para seu dilema. Enquanto, que na última modalidade, há necessariamente a intervenção de um agente externo aos sujeitos originais não conseguem solucionar o conflito, de modo que o terceiro é quem conduz e soluciona o conflito para eles.

Passa-se, então, a compreender individualmente cada uma das formas de ressignificação de controvérsias. Iniciando-se o estudo pela autotutela, uma vez que ela foi a primeira das formas de solução a ser utilizada pela sociedade.

I) Autotutela

Consoante a explicação de Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 42), nas fases primitivas da civilização, não havia um Estado – na concepção que se tem hoje – que pudesse impedir o ímpeto individualista dos homens e impor o direito acima da vontade dos

particulares; em virtude desse fato, inexistia órgão estatal que, com soberania e autoridade, conseguisse garantir o cumprimento do direito.

Logo, aquele que tivesse uma pretensão que fosse impedida por outrem de se concretizar teria que conseguir, mediante ao uso da própria força, isto é, por si mesmo, a satisfação dessa pretensão resistida. Essa utilização da própria força para resolver a pretensão resistida se chama de autotutela ou autodefesa. Conforme Tartuce (2019, p. 19) “Pela autotutela (ou autodefesa), o indivíduo resolve o conflito por sua própria força, agindo por si próprio para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada”.

Observa-se, ainda, a definição de Sposato e Silva (2018, p. 48) que a entendem como a forma “(...) que se revela quando um sujeito impõe seu interesse à outra parte, sobre a qual exerce coerção, em uma espécie de justiça privada”. Bem como se observa a definição de Delgado (2017a, p. 1649) de que a autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca consolidar seu interesse, impondo-o e se impondo à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Segundo ele, a autotutela permite o exercício de coerção por um particular em defesa de seus interesses e corresponde ao meio mais tradicional de resolução de conflito.

Ao observar as definições expostas, nota-se que a marca latente da autotutela é a utilização da força bruta de uma das partes e a imposição de seu desejo sobre o outro sujeito da relação³. O que não pode ser permitido numa sociedade democrática, já que fere o respeito à dignidade humana, à diferença, além de outros princípios basilares do Estado Democrático de Direito. É o que se depreende da fala de Sposato e Silva (2018, p. 48), que afirmam que a autotutela é uma forma de solução de conflito unilateral e de imposição de vontade, a qual termina por estimular o uso da violência. Ademais a vitória do mais forte não consiste em justiça, uma vez que o vitorioso pode não ser o real titular do direito.

Em virtude do estímulo à violência, à vingança e à imposição de sua vontade perante outrem mais fraco física ou financeiramente – além de capturar o poder de coerção do Estado, o qual precisava desse poder para ser a autoridade soberana dentro de seu território – é que a autotutela foi proibida, cabendo apenas em algumas exceções. Como explica Delgado (2017a, p. 1649), contemporaneamente, têm-se restringindo ao máximo as formas de exercício da autotutela, transferindo ao Estado as principais modalidades de exercício de coerção.

³Há uma relação entre o dito popular que veio das Leis de Talião de “*olho por olho e dente por dente*” com a ideia de autotutela, ou seja, é justamente a possibilidade que um indivíduo pode utilizar força ou coerção para impor sua vontade sobre outrem, subjugando-o a realizar seu desejo. A ideia de uma sociedade democrática permitindo que um sujeito imponha mediante coerção ou força seus desejos sobre outro é, por si só, insustentável. Já que a autotutela é claramente antidemocrática, unilateral, além de estimular a subjugação dos mais fracos pelos mais fortes.

No Brasil, a exceção mais célere de permissão do uso de autotutela é a penal, visto que a legítima defesa ou autodefesa é excludente de ilicitude, segundo art. 23, II⁴ do CP (BRASIL, 1940). A autodefesa é definida no art. 25⁵ do CP (BRASIL, 1940) como o uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. É válido ressaltar que a autotutela é combatida a ponto de, ainda que legítima, ser considerada crime se passar dos limites legais permitidos ou se for usada fora de uma previsão legal, segundo art. 345⁶ do CP (BRASIL, 1940).

Apesar da autodefesa ou autotutela ser mais conhecida pela sua exceção penal, o direito civil e o trabalhista trazem suas próprias exceções. Na seara trabalhista, consoante Sposato e Silva (2018, p. 49), “(...) há a admissibilidade de autotutela no âmbito dos conflitos coletivos, que é o direito de greve ⁷(...)”, também Delgado (2017a, p. 1649) traz a greve como exemplo de utilização da autotutela na dinâmica de solução de conflitos coletivos trabalhistas. Todavia, entende ele que raramente a greve completa seu ciclo autotutelar.

Ou seja, apesar de ser uma forma de autotutela lícita e tradicional no Direito Coletivo do Trabalho, a greve dificilmente impõe à parte contrária toda a solução do conflito. Isso porque, segundo Delgado (2017a, p. 1649), a greve funciona mais como um mecanismo de pressão, visando o alcance de mais resultados favoráveis na dinâmica negocial coletiva em andamento ou que se pretende iniciar.

Encerrando a questão da autotutela, é interessante ressaltar que a autotutela nem sempre é negativa, exatamente por isso que, mesmo que desestimulada, ainda é uma forma apropriada de solucionar o conflito em casos de urgência. É notável que justamente os casos de urgência que permitem a utilização da autodefesa, já que, na situação de emergência, é pertinente o uso da força em virtude do perigo imediato (TARTUCE, 2019, p. 20).

II) Autocomposição

Os meios de autocomposição são os métodos consensuais de resolução de conflitos, uma vez que a decisão não é dada por um terceiro, e sim pelas próprias partes que serão orientadas e auxiliadas por esse terceiro (BACELLAR, 2017, p. 59). Explicam Sposato e Silva (2018, p. 55/56) que a autocomposição consiste num instrumento de pacificação social que

⁴Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) II - em legítima defesa.

⁵Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

⁶Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

⁷É válido explicar que a greve é a suspensão – total ou parcial – coletiva, temporária e pacífica de prestação pessoal de serviço ao empregador, conforme art. 2º da Lei de greve (nº 7.783/89).

supera o dogma da solução jurisdicional dos conflitos e que ela ocorre quando o conflito é resolvido diretamente pelas partes por meio do despojamento unilateral de direito em favor de outrem, renúncia, ou por meio de concessão recíproca, transação.

Ressalta-se que os meios de autocomposição em que pese possam ser realizados sem o auxílio de um terceiro estranho ao litígio – que seria uma expressão de amadurecimento da sociedade –, podem ser realizados com o auxílio desse terceiro que não tem poder decisório e que vai ajudar as partes a chegarem, por si mesmas, ao consenso (SPOSATO; SILVA, 2018, p. 57). Ou seja, a presença ou não de um terceiro imparcial ao conflito não é o que determina a caracterização da autocomposição.

Interessante observar que o conceito de Bacellar (2017) e de Sposato e Silva (2018) é diferente do conceito que Delgado (2017a, p. 1650) traz, posto que o autor vincula a autocomposição com a ausência de um terceiro imparcial ao conflito. Ou seja, ele entende que a autocomposição ocorre quando a controvérsia é resolvida pelas próprias partes apenas, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação, seja auxiliando ou decidindo. Entendendo ainda que, na autocomposição, deve haver a concessão recíproca das partes para que a vantagem almejada de ambas seja atendida, ao mesmo tempo não deve haver nenhum tipo de exercício de coerção realizada por nenhum dos envolvidos.

É interessante observar esse entendimento divergente, apesar de ser minoritário, para compreender que, especialmente na seara trabalhista, ainda não é pacificado o conceito de algumas formas e métodos de resolução de conflito. Isto é o que ocorre, inclusive, com a mediação. Todavia, no caso, entende-se que o posicionamento mais adequado é o de Brito (2018, p. 254) de que os meios autocompositivos são aqueles em que o poder de solucionar a controvérsia é o das próprias partes com ou sem o auxílio de um terceiro.

O último conceito observado é o de Tartuce (2019, p. 26), no qual a autocomposição é a possibilidade de as partes encontrarem, isoladamente ou em conjunto, uma resposta para a controvérsia. Entendendo que a composição do conflito necessita da vontade de uma ou ambas as partes para que aconteça. A autora ainda ressalta que inexistente um terceiro com poder de decidir o impasse, mas que pode haver um auxiliar para orientar e ajudar as partes a chegarem a seu objetivo final de resolver a controvérsia.

É interessante observar que Delgado (2017a, p. 1650) estabelece como modalidades de autocomposição a renúncia, a aceitação – ou resignação ou submissão – e a transação; enquanto Tartuce (2019, p. 36) divide a autocomposição em: unilateral e bilateral. A autora define que a autocomposição unilateral ocorre quando o ato a ser praticado depende exclusivamente de uma das partes do conflito; enquanto a bilateral há a necessidade de ação

de ambas as partes. Definindo ela que para a autocomposição unilateral o interessado utilizará a renúncia, a desistência ou o reconhecimento jurídico do pedido.

Compara-se essas modalidades de autocomposição de Delgado (2017a) e de Tartuce (2019) para entender suas semelhanças e como elas são utilizadas. Antes de observar o que os autores entendem ser cada uma dessas formas, é válido ressaltar que, ao ler as explicações de Tartuce (2019), resta claro que a autora associa a autocomposição como um meio de resolução de conflito a ser feito dentro do Judiciário, uma vez que seus conceitos e exemplos de renúncia, de desistência e de reconhecimento jurídico do pedido são todos dentro do processo judicial. Enquanto Delgado (2017a) traz uma visão extrajudicial dessas formas, feitas apenas com as partes da controvérsia.

a) Renúncia

A renúncia é a forma mais básica da autocomposição, explicando Delgado (2017a, p. 1650) que ela ocorre quando o titular de um direito se despoja dele em favor de outrem por vontade e por ato unilateral. Em outras palavras, aquele que é titular do direito voluntariamente não o exercer contra o outro, de modo que não se cria uma resistência à pretensão alheia.

Semelhante é o conceito de Tartuce (2019, p. 37), o qual a renúncia “(...) é o ato unilateral em que o envolvido na relação jurídica abre mão do Direito material a que pode (ou poderia) fazer jus”. Nesse sentido, entende-se que aquele que poderia criar resistência a uma pretensão não o faz. Logo, o conflito se resolve de forma unilateral, pois não é gerado nenhum atrito entre quem tem uma pretensão e quem poderia resisti-la.

Tartuce (2019, p. 37) estabelece os seguintes requisitos subjetivos e objetivos necessários para que a renúncia seja válida: os renunciantes devem ser dotados de capacidade para exercer tal ato jurídico e o objeto deve ser renunciável. Restando claro que a inadmissibilidade da renúncia está interligada com a indisponibilidade dos direitos em questão. Ela ainda traz alguns institutos que são exemplos de renúncias, como a remissão civil⁸ e a renúncia processual⁹.

⁸A remissão civil é o ato de que o credor pode perdoar a obrigação/dívida da parte contrária. Pelo Código Civil, ela é tratada no art. 385 que diz “A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro” (BRASIL, 2002).

⁹A renúncia processual está estabelecida no art. 487, III, c, como uma das hipóteses de extinção do processo com resolução do mérito. “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III - homologar: (...) c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção”.

b) Aceitação, Submissão ou Resignação

A aceitação ocorre quando uma das partes reconhece o direito da outra e se conduz em consonância com esse reconhecimento. Observa-se que a aceitação pode comportar situações diferenciadas da submissão e da resignação, pois ela depende do estado de espírito e da conduta da parte que confere a aquiescência, ou seja, ela é a ação de concordar com o direito de outrem e de se portar em consonância com essa concordância. Enquanto a submissão ou a resignação podem ser entendidas como a inércia em reagir em face da manifestação do direito de outro (DELGADO, 2017a, p. 1650).

No caso de Tartuce (2019), entendeu-se que as duas modalidades de autocomposição unilateral que ambas trazem: desistência e reconhecimento jurídico do pedido se assemelham à aceitação de Delgado; porém, elas ocorrendo no âmbito do Judiciário.

A desistência, com base no princípio da disponibilidade processual, é a possibilidade de o autor da demanda desistir do processo, desde que seus direitos questionados sejam disponíveis. Ou seja, a desistência ocorre quando o autor da demanda não quer mais prosseguir com ela, podendo ocorrer antes da sentença e sem a necessidade da notificação ou aceite da parte contrária (TARTUCE, 2019, p. 38/39).

Já o reconhecimento jurídico do pedido, segundo Tartuce (2019, p. 40), é a admissão, pelo réu, da procedência da pretensão deduzida pelo autor. Em outras palavras, a parte que resistia à pretensão decide aceitá-la, desde que a situação esteja de acordo com os critérios de disponibilidade do direito e da capacidade de quem manifesta essa vontade.

Entende-se que a aceitação, a desistência e o reconhecimento jurídico do pedido são modalidades em que uma das partes entende como justo ou válido o pleito da outra parte, de modo que desiste da ação em curso, aceita os pedidos demandados ou, simplesmente, concorda com a realização daquele direito, desde que não aja para impedir sua fruição. Seja no âmbito processual ou extraprocessual, a ideia central dessa modalidade de autocomposição é que uma das partes permite que a outra realize sua pretensão.

c) Transação

Em virtude de o próximo capítulo tratar dos direitos indisponíveis que admitem transação, a explicação mais detalhada da transação ficou para a próxima seção. Todavia, desde já, observa que a transação ocorre quando ambas as partes se consideram titulares do direito e buscam solucionar o conflito através de concessões recíprocas, ou seja, as partes negociam o direito para que possam usufruir dele da melhor forma possível (DELGADO, 2017a, p. 1650).

Ao estudar as duas formas de autocomposição tratadas por Tartuce (2019) nota-se que a ideia de Delgado (2017a) de transação é semelhante à ideia de autocomposição bilateral da autora. Ou seja, quando ambas as partes precisam negociar concessões mútuas para que sejam capazes de usufruir o direito ou o interesse em comum que desejam. O conceito de autocomposição bilateral, de Tartuce (2019, p. 41), é de autocomposição que conta com a participação de todos os envolvidos na situação controvertida, podendo ou não ter auxílio de um terceiro imparcial e alheio ao conflito.

A autora divide a autocomposição bilateral em duas modalidades “mediante negociação” – que implica na ausência de um terceiro e nas tratativas diretas entre as partes interessadas – e a “autocomposição facilitada” que se divide em mediação e conciliação, ou seja, com auxílio de um terceiro. Uma vez que nem sempre os envolvidos na controvérsia conseguem se comunicar diretamente com eficiência ou respeito para poderem produzir uma solução adequada e justa para seu problema (TARTUCE, 2019, p. 42).

Conclui-se a discussão da autocomposição com o entendimento de que ela é uma forma de resolução de conflito pela qual as partes podem diretamente ou com auxílio de um terceiro imparcial – que não tem poder de decisão – construir em conjunto uma solução ou acordo adequado e justo para ambas as partes. Todavia, há também a possibilidade de uma das partes resolverem o conflito agindo unilateralmente, como no caso da renúncia ou aceitação.

III) Heterocomposição

Por fim, a última forma de resolução de conflito é a heterocomposição. Essa costuma ser a forma de ressignificação de conflitos com menores definições, pois os métodos heterocompositivos, de certa forma, são mais fortes e mais estudados que a própria noção da forma de resolução de conflito.

Para Tartuce (2019, p. 57) “A heterocomposição (heterotutela, adjudicação ou meio adjudicatório) é o meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores”. Em concordância com o pensamento de Delgado (2017a, p. 1651), o qual entende a heterocomposição ocorre quando o conflito é resolvido mediante a intervenção de um agente externo à relação conflituosa original, agente esse que tem poder de coerção sobre os sujeitos envolvidos na disputa. Ambos os conceitos deixam nítido que um terceiro imparcial ao conflito é quem irá decidi-lo pelas partes.

As formas tradicionais de heterocomposição são a arbitragem e a jurisdição. Todavia, no caso da jurisdição, Delgado (2017a, p. 1651) a diferencia dos demais meios de

heterocomposição e da autocomposição pelo fato de comportar exercício institucionalizado de coerção ao longo do processo de análise do conflito, bem como no instante de efetivação concreta do resultado final.

A definição de Delgado (2017a) já traz uma marca de sua posição quanto à definição das formas de resolução de conflito. Para ele, heterocomposição é qualquer forma de resolução de conflito em que há um terceiro auxiliando ou decidindo pelas partes, ou seja, ele entende a mediação e a conciliação como formas de heterocomposição.

Todavia, mesmo para o âmbito trabalhista – em que os conceitos de mediação e conciliação ainda são debatidos –, a corrente majoritária é que heterocomposição é composta apenas pela jurisdição e pela arbitragem. Pelo fato de que na heterocomposição há a presença do poder de decisão do terceiro, poder que o terceiro da mediação e da conciliação não possui. Como observa Brito (2018, p. 258), é, exatamente, o poder de decisão que diferencia a autocomposição da heterocomposição e não a simples presença de terceiros – como ocorre na mediação que, apesar de ter funções que são relevantes, não incluem o poder de decidir.

Em outras palavras, entende-se que a heterocomposição é a forma de solução de conflitos que necessita da participação de um terceiro, que tem o poder decisório transferido das partes para ele, a fim de que a decisão seja dada por esse terceiro imparcial em relação ao conflito. Deduz-se, dessa forma, duas marcas essenciais da heterocomposição: a transferência ou a delegação de poder de decisão – e, em certo ponto, da responsabilidade sobre o conflito – das partes para um agente externo ao conflito e o poder de imposição de solução do terceiro para as partes.

Por fim, não restam dúvidas de que os dois meios de resolução heterocompositivos são exclusivamente a arbitragem e a jurisdição, que são mecanismos, segundo Bacellar (2017, p. 58), adversariais – isto é, métodos de solução que independem da vontade dos litigantes – e que, segundo Tartuce (2019, p. 57), geram resultados do tipo “ganha-perde” para as partes.

Concluindo a breve explicação sobre as formas de resolução, segue-se para a compreensão dos seus métodos de solução, ou seja, os procedimentos que podem ser realizados para chegar à pacificação do conflito. Por ser o método principal do estudo, a mediação terá um destaque maior que os demais meios de ressignificação de controvérsias num tópico a parte.

2.1.3 Métodos de resolução de conflito

Como explanado, as formas de solução de controvérsias podem ser de autotutela, de autocomposição e de heterocomposição, cada qual tem seus métodos de resolução de conflitos, sendo os mais famosos deles: mediação, conciliação, arbitragem, jurisdição, justiça restaurativa. Em razão do tema explorado no presente estudo, ele se aterá aos métodos usados em direito privado, especificamente na seara civil e trabalhista, para resolução de conflitos entre os envolvidos.

Entende-se adequado iniciar pelos meios mais distintos da mediação e, depois, seguir para os mais semelhantes. Por isso, tratar-se-á primeiro dos métodos de heterocomposição e, posteriormente, seguir-se-á para os de autocomposição mais corriqueiros no nosso ordenamento jurídico. Como citado, os meios de heterocomposição são: jurisdição e arbitragem.

I) Jurisdição

Tradicionalmente, quando se explica o que é a jurisdição, os autores recorrem ao significado da palavra, pois como afirma Medina (2016, p. 103) o seu significado reflete a essência do seu conceito. Dessa forma, explica o autor que jurisdição deriva do latim *jurisdictio*, que literalmente significa ato de dizer o direito, ou seja, o ato de julgar.

Outra característica importante da jurisdição é que ela se consolidou como a manifestação do poder soberano. É o que se extrai da explicação de Sposato e Silva (2018, p. 47), as autoras afirmam que a jurisdição é a forma de solução heterocompositiva por excelência, pois, na cultura social, estabeleceu-se que o Estado-juiz tem o poder e o dever de decidir qualquer que seja a lide através do ato de julgá-la.

Todavia, o ato de julgar não é necessariamente uma função que emana do Estado, em verdade, a jurisdição foi criada a partir do instante que o Estado chamou para si a responsabilidade de solucionar as controvérsias de seus habitantes.

A jurisdição surge junto com os Estados soberanos e por razão dessa necessidade de concentração de poder é que o Estado retira dos interessados a possibilidade de resolver por eles próprios o conflito para que o Estado seja quem decida a melhor forma de solucionar aquela controvérsia. É o que se extrai da explicação de Dinamarco e Lopes (2016, p. 20/21) de que, além de um ente que julgasse os conflitos por critérios justos e imparciais, que é o escopo social do processo, o Estado necessitava afirmar sua autoridade e seu ordenamento jurídico, que é o escopo político do processo. Ademais, Bacellar (2017, p. 17) afirma que o monopólio

do Estado surge para limitar o poder do mais forte, a regra da autotutela, e para evitar abusos durante a resolução do conflito entre as partes.

Entendendo que, ao assumir essa função de julgar os conflitos, o Estado criou um dever para si mesmo de solucionar todo e qualquer tipo de controvérsia, posto que a obrigatoriedade da jurisdição estatal ou inafastabilidade da jurisdição obriga que o cidadão resolva seu conflito através do Poder Judiciário. Por essa razão, segundo Barroso (2012, l. 74), é que a jurisdição é um poder-dever do Estado de aplicar o direito nos casos concretos que lhe são submetidos pelas partes através da função exercida pelos órgãos investidos dessa função – os juízes.

Ressalta-se que há um conceito diferente da jurisdição, sendo ela um poder, função, atividade. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 165), o aspecto de poder é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. O aspecto de função expressa o dever que os órgãos jurisdicionais têm de promover a pacificação dos conflitos interpessoais, realizando o direito justo através de um processo – que deve seguir a ideia do devido processo legal. Por fim, o aspecto de atividade é o complexo de atos do juiz ou do árbitro do processo, exercendo o poder e cumprido a função que lhes é incumbida pela lei.

Apesar da crise de insatisfação que a jurisdição está passando, não se pode esquecer a importância da tutela jurisdicional. Consoante Tartuce (2019, p. 63), sua existência é crucial, uma vez que, a partir do momento em que houve a organização política dos povos, o Estado buscou eliminar a vingança privada, reservando-se no poder e no dever de tutelar os direitos com o intuito, em razão da manutenção do controle exclusivo da resolução de controvérsias, de obter harmonia e paz social.

Segundo Tartuce (2019, p. 63), a solução judicial da controvérsia ainda é uma modalidade potencialmente apta a proporcionar respostas aos conflitos de interesses que não conseguem ser solucionados pelas partes envolvidas. Em casos como esses, as partes precisam de um elemento coercitivo para chegar à solução da disputa. Ademais, o direito à tutela jurisdicional garante a toda e qualquer pessoa que tenha uma pretensão resistida que possa exigir uma análise justa de seu caso.

Há ainda a diferença entre a jurisdição contenciosa e a voluntária. A contenciosa é caracterizada por ter um objeto litigioso – que seria o conflito de interesse – por ter as partes que disputam o objeto litigioso e a prolação da decisão baseada na legalidade estrita, que tende a fazer coisa julgada. Ou seja, a jurisdição contenciosa trata sempre de litígios,

buscando fazer prevalecer o sistema jurídico e atribuindo o bem da vida a quem lhe faz jus (TARTUCE, 2019, p. 64/65). De longe, esta é a forma mais comum de jurisdição que ocorre.

Enquanto a jurisdição voluntária é a atividade judicial de administração pública de direitos privados. “(...) Ao atuar em tal esfera, o juiz não pacifica propriamente um litígio, mas fiscaliza e integra um negócio jurídico privado que envolva interesses reputados relevantes para o Estado” (TARTUCE, 2019, p. 65). Ou seja, a jurisdição voluntária é o Estado atuando como um negociador entre as partes e não no seu papel natural de decisão.

Entende-se, então, que a jurisdição é o poder-dever do Estado, forma heterocompositiva por excelência de resolução de conflitos e atividade e função do Estado de garantir a pacificação social. Todavia, o Poder Judiciário passa por uma crise de insatisfação, na qual a população perdeu confiança na prestação de seus serviços, além de sua demora e a sensação de que o Judiciário já não realiza sua atividade e função do modo como deveria, uma vez que, como se observa em Sposato e Silva (2018, p. 49/50), o sistema jurisdicional tradicional termina por gerar competitividade entre as partes, de modo que o vencedor se sente o verdadeiro detentor do direito, enquanto o perdedor é sempre tido como o errado da situação. Neste sentido, o ato de vencer se torna algo essencial para as partes.

Observa-se que a estrutura supramencionada descreve o procedimento judicial como uma sistemática adversarial e dialética, a qual é baseada na lógica do ganhador-perdedor, ou seja, precisa haver um vencedor e um vencido. Para Sposato e Silva (2018, p. 50), conforme os anos passaram, restou claro que a estrutura judicial para pacificação de conflitos não estava atendendo sua função pacificadora, senão ensejando descrédito para o Judiciário ante a ausência dessa pacificação social.

Gomes (2013, p. 19) entende que outro problema do processo jurídico tradicional é o fato de que ele não possibilita a compreensão do conflito integralmente, sua resposta é sempre ao conflito aparente, já que são as questões de direito que podem ser discutidas no âmbito do Judiciário. Porém, a autora entende que o conflito real, parte mais importante da disputa, é que precisa ser analisado e a solução precisa extingui-lo. Caso contrário, o conflito pode voltar a se inflamar e encher as partes de novas razões para litigar. Lembrando que o Judiciário é um órgão burocrático, a lei é coercitiva e não participativa, assim como o processo jurídico. Logo, não há, de fato, espaço para buscar este conflito real.

Por fim, resta tratar de um assunto que está sempre ligado às críticas atuais ao Judiciário: a demora no cumprimento de sua atividade jurisdicional. Ou seja, a falta da efetividade no cumprimento do princípio da celeridade. É interessante observar o relatório desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2019, tendo como ano-base

2018, no qual se observa o tempo de tramitações dos processos, seus indicadores e quanto tempo a Justiça em geral e, especificamente a Justiça Trabalhista, leva para prestar sua função jurisdicional.

Segundo o estudo da Justiça em Números, Brasil, (2019a, p. 148), o tempo de tramitação dos processos é apresentado com base nos seguintes indicadores: o tempo médio até a sentença, o tempo médio até a baixa e a duração média dos processos pendentes, no estudo mais atual até o dia 31/12/2018.

Quanto ao tempo médio dos processos, o documento do CNJ (BRASIL, 2019a, p. 149) demonstra que, em geral, a Justiça Laboral é mais rápida para sentenciar, dar baixa e até executar as ações do que a Justiça Comum e a Federal, sendo mais lenta que a Justiça Militar e a Eleitoral.

II) Arbitragem

Segundo Tartuce (2019, p. 57), a arbitragem é um antigo método de resolução de conflitos, que acontece quando as partes escolhem uma terceira pessoa para definir o destino da controvérsia. Consoante Bacellar (2017, p. 129), a arbitragem esteve presente no Brasil desde a Constituição Imperial de 1824. De certa forma, pode-se entender que a arbitragem é tão antiga quanto o próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Carmona (2007, p. 51) conceitua a arbitragem como uma técnica de resolução de conflito por meio de intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo o conflito com base nesta convenção, sem intervenção do Estado. Sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial, ou seja, decisão com força vinculativa, consoante a Lei n. 9.307/1996, que regula a arbitragem.

Observa-se, também, o conceito de arbitragem de Sposato e Silva (2018, p. 53) como sendo o meio de resolução de conflito que ocorre quando um terceiro imparcial, que não seja o Estado-juiz, é escolhido pelas partes como árbitro privado e promove julgamento de direito ou de equidade, igualmente escolhido pelas partes. Esse terceiro impõe uma decisão para resolver o conflito de direitos patrimoniais disponíveis. Por força de lei, sua decisão tem natureza de título executivo judicial, ou seja, equivale a uma sentença judicial. Assim, é possível dizer que a arbitragem é equivalente à jurisdição.

Como se pode observar, a parte de consentimento e de vontade das partes, na arbitragem, resta somente no momento de optar por sua utilização e na escolha do árbitro. Depois desses dois momentos, as demais etapas da arbitragem se assemelham à forma jurisdicional, inclusive, à imposição da decisão de um terceiro sobre as partes.

Tratando do momento consensual da arbitragem, aproveita-se para comentar sobre a convenção arbitral, isto é, do acordo de vontade das partes em optarem pela arbitragem como a forma de resolver sua lide. Como afirma Bacellar (2017, p. 130), a convenção arbitral é o gênero, por assim dizer, que se divide em cláusula compromissória e compromisso arbitral, ambos tratados pelo art. 3º¹⁰ da Lei n. 9307/96 (BRASIL, 1996).

No art. 4º¹¹ da lei de arbitragem Brasil, (1996), o legislador definiu a cláusula compromissória como a convenção, na qual as partes, num contrato, comprometem-se a se submeterem à arbitragem em qualquer conflito que venha a surgir durante o curso do contrato. No § 1º desse artigo, é informado que a cláusula deve ser escrita, podendo estar no contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Observam-se as lições de Scanove (2018, l. 104), o qual entende que a cláusula compromissória, também chamada de cláusula arbitral, é a espécie de convenção de arbitragem que trata dos eventuais e dos futuros conflitos dos contratantes. Ela é acordada no contrato para que os conflitos que surjam durante seu curso sejam submetidos à arbitragem. Ou seja, o autor explica que a cláusula compromissória é sempre anterior à existência do conflito, ainda que a cláusula possa ser contemporânea ou posterior ao contrato. Em outras palavras, ela precisa ser acordada antes de o conflito acontecer; porém, a cláusula pode ser estabelecida no momento em que se está criando o contrato ou depois de ele criado e já no seu decurso.

Já o compromisso arbitral, segundo o art. 9º¹² da Lei n. 9.307/96 (BRASIL, 1996), é a convenção que as partes submetem o litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial, com a diferença que, no compromisso arbitral, o conflito já existe. Nos parágrafos desse artigo ainda é estabelecido que o compromisso judicial deve ser celebrado nos termos dos autos da demanda perante o juízo; enquanto o compromisso extrajudicial deve ser celebrado por contrato particular assinado por duas testemunhas ou por instrumento público.

¹⁰Art. 3º da Lei nº 9307/96 -As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹¹Art. 4º da Lei nº 9307/96 - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

¹²Art. 9º da lei de arbitragem - O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

É válido ressaltar os limites gerais impostos à arbitragem. A Lei n. 9.307/96 (BRASIL, 1996), em seu art. 1º¹³, traz que as pessoas capazes de contratar poderão utilizar a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Carmona (2007, p. 55) e Scanove (2018, l. 27) afirmam que é condição *sinequa non* a capacidade plena dos contratantes para que seja possível a realização da arbitragem.

Já os limites materiais da arbitragem são os direitos patrimoniais disponíveis que, segundo Carmona (2007, p. 56) são direitos que não podem ser exercidos livremente pelo seu titular, pois há uma norma cogente impondo o cumprimento do seu preceito sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato infringente de seu cumprimento. Neste sentido, entende-se como disponíveis aqueles bens jurídicos que podem ser livremente alienados ou negociados, sem embaraço legal, desde que o alienante tenha plena capacidade jurídica.

Todavia, ressalta Scanove (2018, l. 29) que vários direitos da personalidade¹⁴, ainda que indisponíveis, geram indenizações ao serem violados. Nesse caso, entende o autor que as indenizações, por serem alienáveis ou transacionáveis, podem ser questões a serem submetidas à arbitragem, uma vez que não estariam discutindo o direito indisponível, no caso os direitos da personalidade, e sim a indenização gerada de sua violação, que é disponível.

Para encerrar o tratamento sobre arbitragem, é de bom tom observar, de modo breve, a relação que a arbitragem tem com o Direito do Trabalho, especialmente no âmbito do direito individual do trabalho.

Scanove (2018, l. 45) afirma que, para tratar da relação entre arbitragem e o Direito do Trabalho, é necessário separar o direito coletivo do direito individual laboral. Isso porque o direito coletivo do trabalho nunca teve um obstáculo ou impedimento para a realização da arbitragem para resolver os conflitos coletivos. Em verdade, é uma forma tradicional de resolução de conflitos coletivos trabalhistas de caráter econômico, apesar de ser pouco utilizada, como afirma Brito (2018, p. 46) ao tratar da sentença arbitral como fonte do direito coletivo do trabalho.

Todavia, a relação entre a arbitragem e o direito individual do trabalho sempre foi bastante instável. Como observam Scanove (2018, l.45) e Carmona (2007, p. 57) que majoritariamente os doutrinadores, estudiosos e os juslaboristas entendiam que os conflitos trabalhistas individuais e a arbitragem eram incompatíveis. Afastando a arbitragem em razão

¹³ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁴ São exemplos de direitos da personalidade: direito a imagem, direito ao nome, direito a honra, dentre outros.

do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, logo, esses direitos seriam indisponíveis, ou seja, não admitiriam renúncia e transação.

Carmona (2007, p. 57) explica que a maioria dos juslaboristas sempre alegou que a arbitragem era incompatível com o processo trabalhista brasileiro, pois a submissão do trabalhador à decisão arbitral poderia significar o seu abandono à mercê do empregador com a ampla possibilidade de fraude, o que tornaria inválido o caráter protetivo do Direito do Trabalho. O autor discorda da visão dos autores trabalhistas ao entender que as causas trabalhistas são passíveis de arbitragem.

Segundo Delgado (2017a, p. 1658), apesar de haver nas legislações esparsas, a possibilidade de casos pontuais em que a arbitragem pode ser usada para dirimir conflitos individuais e a ordem jurídica trabalhista, especialmente em seu segmento individual, trazem o princípio da indisponibilidade de direitos que imanta de invalidade qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado.

Todavia, em que pese a defesa dos juslaboristas e o próprio entendimento do TST em afastar a possibilidade da arbitragem de conflitos individuais trabalhistas, em 2017, a reforma trabalhista modificou as regras até então aplicadas. A Lei n. 13.340/2017 (BRASIL, 2017) trouxe o art. 507-A, por meio do qual se afirma que os empregados, que tenham a remuneração superior a duas vezes o limite máximo do maior benefício do Regime Geral de Previdência Social, poderão compactuar cláusula compromissória de arbitragem em seus contratos por iniciativa do servidor ou mediante sua expressa aceitação.

Defende Scanove (2018, l. 47) que a arbitragem pode ser usada nos conflitos individuais trabalhistas, pois segue a lógica de que não se trata de renúncia ou transação dos direitos indisponíveis do trabalho, mas dos valores que deles decorrem. Apoiando-se, o autor, no argumento de que se os direitos patrimoniais decorrentes dos direitos trabalhistas não fossem transacionáveis, as conciliações no âmbito da justiça laboral não poderiam ocorrer. Uma vez que ocorrem transações e até renúncia nessas conciliações judiciais.

Como esperado, os juslaboristas tradicionais não concordaram com a possibilidade de estipular convenção arbitral nos contratos, consoante Delgado e Delgado (2017, p. 192):

O instituto da arbitragem, entretanto, embora tenha algum sucesso em segmentos jurídicos **nos quais prepondera o princípio da autonomia e simetria de vontades** (Direito Empresarial; Direito Internacional; alguns segmentos do Direito Civil), **ele se mostra flagrantemente incompatível com os campos do Direito em que vigoram princípios distintos**, especialmente em vista da **lancinante diferenciação de poder entre os sujeitos das relações jurídicas centrais** desses campos normativos específicos. É o que acontece, por exemplo, com o **Direito do Trabalho e com o Direito do Consumidor** (grifo nosso).

Do excerto supracitado, pode-se entender que os autores defendem que, nos campos jurídicos em que há essa diferença intrínseca de poderes entre as partes da relação jurídica, não é adequada a utilização da arbitragem. Justamente porque essas searas do direito têm princípios específicos para trazer equilíbrio às relações desproporcionais de poderes dos sujeitos. Ou seja, há mitigação dos princípios da autonomia e da simetria de vontades que são os princípios essenciais para a realização da arbitragem.

Como também defendem Cassar e Borges (2017, p. 17) ao ressaltarem que a autonomia da vontade é questionável na relação de emprego, por conta da vulnerabilidade do trabalhador, ainda que esse empregado receba mais que o teto fixado no artigo. Para eles, permitir que o empregado ajuste com o empregador a cláusula compromissória tanto na admissão quanto no decurso contratual é ignorar o medo do desemprego que aflige todos os empregados, inclusive os considerados de alto escalão¹⁵, que se submetem a quaisquer cláusulas determinadas pelo patrão a fim de permanecer ou de ser admitido no emprego.

Conclui-se que, ao invés de apaziguar a discussão, a reforma trabalhista reacendeu o debate sobre a utilização da arbitragem para os conflitos individuais trabalhistas.

Após observar os principais métodos de resolução de conflito da heterocomposição, resta ver as principais formas da autocomposição. Em virtude de serem as formas mais comuns de resolução de conflito ao direito privado, elegeram-se os seguintes métodos de ressignificação de conflitos: a negociação e a conciliação.

III) Negociação

Afirma Tartuce (2019, p. 42) que “A negociação pode ser entendida como a comunicação estabelecida diretamente pelos envolvidos, com avanços e retrocessos, em busca de um acordo; trata-se do mais fluído, básico e elementar meio de resolver controvérsia (...)”. Inclusive, ela ainda afirma que, de todos os meios de resolução de conflito, a negociação é a menos custosa e mais satisfatória ao criar conjuntamente uma solução.

Na visão de Bacellar (2017, p. 168) “a negociação é tanto o processo como a técnica que se destinam a resolver diretamente divergências de interesses e percepções”. Para ele, a negociação tem por objetivo principal criar, manter ou evoluir um relacionamento baseado na

¹⁵Utiliza-se a definição do TRT 19 de empregado de alto escalão, consoante a decisão do Recurso Ordinário 00746.1997.005.19.00-3 AL, sendo a seguinte: “Alto empregado é o trabalhador que transita num território cinzento em que, habitualmente, sua subordinação, muito tênue, pela proximidade do poder, permite-lhe assumir a silhueta do próprio dirigente, como costumam vê-lo os situados na base da pirâmide hierárquica das grandes empresas, e como detém poder de mando, não faz jus ao recebimento de horas extras, nos termos no art. 62, II da CLT” (BRASIL, 2001).

confiança, de modo que renove ou gere compromissos múltiplos e facilite a formação de opções e proposições de acordos.

Afirma, ainda, Moraes (2015, p. 169) que “(...) não há possibilidade de negociação sem que o ato comunicativo aconteça de forma competente”, pois, segundo o autor, para utilizar as práticas de negociação, independentemente do contexto em que acontecem, é necessário refletir a respeito do exercício comunicativo que, para inspirar credibilidade, precisa ser verdadeiro e eficaz, ou seja, ético. De forma que é clara a relação intrínseca da negociação com a comunicação, especialmente de modo ético e que vise, de fato, a melhoria e harmonização das partes conflitantes – como um verdadeiro instrumento de paz social.

A maior vantagem da negociação, segundo Tartuce (2019, p. 43), é que, ao realizar a negociação direta, é notório que há a preservação da autoria e da autenticidade dos negociantes na solução dos próprios conflitos, de modo que não existe nada mais adequado e duradouro que a solução autonegociada. Para ela, há naturalmente uma dificuldade de se executar decisões impostas por outro, em razão disso vem crescendo o reconhecimento das decisões construídas pelas próprias partes como decisões justas e satisfatórias.

Essa maior facilidade de cumprir os acordos, durabilidade e satisfação são vantagens intrínsecas aos meios de autocomposição, uma vez que, mesmo no caso dos métodos assistidos, a criação da solução pertence às partes, são elas quem constroem a decisão. Por isso, não é de se estranhar que as soluções advindas de meios autocompositivos são duradouras e tendem a serem cumpridas, tendo em vista o envolvimento das partes na sua composição.

Ressalta-se, ainda, que os acordos são duradouros e mais satisfatórios se a negociação seguir o que estabelece Fisher, Ury e Patton (2005, p. 22): deve ser um acordo sensato, ou seja, aquele que atende os interesses legítimos de cada parte da melhor maneira possível, dirimindo imparcialmente os conflitos e levando em conta os interesses da comunidade; deve ser eficiente e; deve aprimorar ou não prejudicar o relacionamento das partes envolvidas. Justamente para que não seja uma negociação dominada pelo lado mais forte e acabe resultando num acordo tão somente benéfico para um lado ou para que não seja frustrada a negociação.

Tartuce (2019, p. 44), que traz que a visão dos professores de Harvard acima citados, combate a figura do negociador competitivo, aquele que só se preocupa em “vencer” a negociação pela intimidação, tendo sempre sozinho, mais vantagens, maiores ganhos ou obtenção, para si, de todos os valores disponíveis na mesa de negociação, o enfoque do “ganha-perde”. Ressaltando que é esse o rumo competitivo que está sendo combatido no

ambiente judicial, o qual, segundo visto, virou um ambiente de disputas com a visão do “ganha-perde” gerando mais conflitos para as partes que tentam resolver suas lides.

Em outras palavras, a negociação para ser válida precisa ser baseada em princípios que busquem estabelecer ganhos múltiplos¹⁶ para ambas às partes. Isto é, ainda observando a explicação da autora, o enfoque “ganha-ganha”, no qual o negociador tem uma postura mais cooperativa, preparado para lidar com batalhas de distribuição, mantendo as possibilidades para soluções inovadoras que buscam a criação de valores e de benefícios mútuos e a manutenção dos relacionamentos, evitando o desgaste, a fraude e a extrema ou desleal concorrência.

Naturalmente, não poderia deixar de observar a relação da negociação com o Direito do Trabalho. No quesito do direito laboral, a negociação sofre do mesmo problema da arbitragem. Ou seja, enquanto sua aplicação no âmbito dos conflitos coletivos é incontestável – em verdade, a negociação coletiva é quase que a essência do direito coletivo do trabalho –; no âmbito do direito individual do trabalho, ela não é tão bem recebida.

Afirma Delgado (2017a, p. 1557) que a negociação coletiva é um dos meios mais importantes de solução de conflito existente na sociedade, construída historicamente como demonstram as experiências vividas nos países ocidentais no século XIX. A diversidade e dinâmica da negociação coletiva, no cenário das relações laborais, sempre influenciaram positivamente a estruturação mais democrática do conjunto social, pois permitiam a atuação dos sindicatos dos trabalhadores, os quais fixavam normas autônomas com as necessidades vivenciadas pelos laborais, complementando as próprias normas heterônomas que são mais difíceis de se modificarem.

Já Brito (2018, p. 162) estabelece a importância desse método desde a definição de negociação coletiva, que para ele é um processo de harmonização dos interesses antagônicos e de entendimento entre empregados e empregadores, visando o estabelecimento de normas e condições de trabalho que satisfaçam ambas as partes da relação laboral.

Os juslaboristas, de modo geral, tendem a compreender que a negociação coletiva é a melhor forma de entendimento entre o capital e o trabalho para que haja o apaziguamento dos interesses conflituosos entre empregadores e empregados, para que haja também melhor distribuição das riquezas e, naturalmente, para que o sindicato possa cumprir perfeitamente

¹⁶O que nas negociações e nos métodos de resolução de conflito são os ideais de respeito, de ganhos múltiplos e para ambos os interessados para conseguir chegar a essa configuração de “ganha-ganha”, ou seja, em que ambas as partes são beneficiadas e têm seus interesses atendidos na medida do possível.

sua função de buscar melhorias nas condições de trabalho e de vida para os empregados, além de defender seus direitos laborais.

Como já estabelecido, a negociação no âmbito individual não é bem quista, enquanto no âmbito coletivo é a primeira forma estabelecida por lei de tratamento das controvérsias. Essa distinção não ocorre sem razão, na verdade, é a presença do sindicato que garante a utilização da negociação coletiva ser possível e democrática. Como observa Delgado (2017a, p. 1489), o que garante a paridade de forças na negociação coletiva é o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, ou seja, o sindicato tem paridade de força com o empregador ou com o sindicato dos empregadores, em razão de ambos serem seres coletivos. Além de que há prerrogativas para os sindicalizados a fim de reduzir a pressão e a disparidade entre o empregado e empregador. Por isso que o direito coletivo do trabalho perde o sentido de uma diretriz fortemente protecionista e intervencionista, bem como é por esse motivo que a liberdade de negociar e transacionar se torna possível.

Para encerrar o assunto da negociação, observa-se sua relação com o direito individual do trabalho. Não restam dúvidas de que a doutrina majoritária entende que a negociação dos direitos individuais trabalhistas não poderia ocorrer pelas mesmas razões que se afastava a arbitragem – ou seja, por serem indisponíveis os direitos individuais trabalhistas, pela subordinação e vulnerabilidade do empregado, pela relação de disparidade de poderes entre ele e o empregador e por quebrar o princípio da proteção que tenta justamente equilibrar a relação trabalhista. Em outras palavras, resta óbvio que a negociação, ao invés de trazer benefícios, traz prejuízos para o empregado individualmente.

Todavia, da mesma forma que ocorreu com a arbitragem, a Lei n. 13.467/2017 Brasil, (2017) trouxe uma mudança que, naturalmente, não agradou aos juslaboristas. A mudança ocorreu no parágrafo único do art. 444¹⁷ da CLT Brasil, (1943), o qual estabelece que o empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social pode negociar diretamente com o empregador. Essa alteração permite que haja negociação individual do empregado com o empregador sobre todas as matérias que são tratadas no

¹⁷Art. 444 da CLT - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o **caput** deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

âmbito coletivo – que tem instrumentos que equilibram a força dos sindicatos para que possa haver paridade de forças na negociação, enquanto o empregado individual não tem.

Sobre a mudança ocorrida no art. 444 da CLT, é importante ver as lições de Delgado e Delgado (2017, p. 158). A primeira é a crítica à reforma trabalhista por insistir em criar segmento estratificado de empregados, trazendo essa figura do empregado portador de diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou maior do que duas vezes o limite máximo de benefícios do RGPS. Ou seja, a lei compreende que o empregador pode submeter a esse segmento estratificado de trabalhadores cláusulas contratuais menos favoráveis que aos demais empregados da empresa.

A segunda ponderação de Delgado e Delgado (2017, p. 159) é feita sobre o fato de que, ainda que seja um empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal superior ou igual ao teto estabelecido no artigo em debate, ele é um empregado com vínculo e subordinação. Lembrando os autores que não existe qualquer comprovação que o empregado que possui a remuneração dita e o diploma de nível superior, de fato, possua mais poder de impor sua vontade na relação empregatícia que os demais empregados, sendo ambos regidos por um contrato de adesão em que ou se aceita o que é estipulado ou não se é contratado. Para eles, essa é uma clara discriminação sem motivo justificável.

IV) Conciliação

É quase impossível estudar sobre mediação sem adentrar de algum modo no assunto da conciliação, em razão da proximidade desses dois métodos de resolução de conflitos – pode-se até dizer que são meios de ressignificação de conflitos “irmãos”. Por essa razão, não é de se estranhar que, tradicionalmente, conciliação e mediação sejam tratadas juntas.

Em especial porque, na doutrina trabalhista, há uma confusão permanente sobre os conceitos de mediação e conciliação – inclusive há quem, como Brito (2018, p. 256), defenda que, na verdade, não há diferença real entre conciliação e mediação, sendo uma questão apenas doutrinária, de forma que os dois métodos na prática são a mesma coisa. Apesar disso, esse entendimento não é o majoritário na doutrina e nem o seguido por esse trabalho.

Segundo Tartuce (2019, p. 49) e Bacellar (2017, p. 84/85), a conciliação é um processo técnico em que um profissional imparcial – que pode ser qualquer pessoa que seja habilitada para ser conciliador, da mesma forma que pode ser um juiz ou servidor do tribunal que seja

habilitado para isso ou ainda um conciliador privado¹⁸ – intervém para auxiliar as partes a celebrar um acordo, mediante atividade de escuta ativa e de investigação, orientando, expondo vantagens e desvantagens, propondo e sugerindo saídas alternativas para a controvérsia, a fim de encontrar a melhor solução que atenda os interesses dos participantes para materializar o acordo, sem nunca forçar a sua realização e sem decidir pelas partes.

A conciliação pode ocorrer no contexto de uma demanda judicial, ou seja, endoprocessual, como pode ocorrer no âmbito de instituições privadas ou públicas – extrajudicial (TARTUCE, 2019, p. 49). Contudo, afirmam Tartuce (2019, p. 49) e Bacellar (2017, p. 85) que, no Brasil, a conciliação predominantemente acontece como um fenômeno judicial, ou seja, ela ocorre dentro de uma demanda processual – podendo ocorrer antes da primeira audiência, durante todo o processo e até depois do processo de conhecimento ao se adentrar na fase de execução.

Na seara trabalhista, a conciliação pode ocorrer no âmbito coletivo e no individual. Para o direito individual laboral, seu conceito modifica bastante em relação ao do CPC. Como se vê em Delgado (2017a, p. 231) que entende a conciliação como um ato judicial, através do qual os litigantes, com a interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre o objeto do processo judicial.

Ressalta-se que a Justiça Laboral tem fama de ser uma Justiça conciliadora não só por ser a Justiça que mais realiza conciliações¹⁹, como também por causa dos arts. 846²⁰ e 850²¹ da CLT (BRASIL, 1943), os quais trazem que o juiz deve tentar a conciliação na abertura da audiência e antes das razões finais. Ademais, como evidência Bacellar (2017, p. 97), a qualquer tempo e a todo instante deve o juiz buscar a conciliação entre as partes, além das próprias partes poderem propô-la.

Em verdade, sobre a tradição conciliatória da Justiça do Trabalho, Bacellar (2017, p. 96) afirma que, antes mesmo da própria CLT, a Justiça do Trabalho se configurava para desempenhar a função conciliatória e apaziguadora de conflitos, acrescentando ele que o

¹⁸Tartuce (2019, p. 51) traz que o CPC não fez exigências quanto ao perfil de qualificação profissional do conciliador judicial, exigindo apenas a capacitação mínima por curso realizado feito por entidade credenciada que o habilite a atuar como conciliador. No caso do conciliador extrajudicial, observa Bacellar (2017, p. 85), pode ser qualquer pessoa do povo, desde que capacitada do preparo para ser conciliador, que tenha credibilidade, que tenha sensibilidade em conduzir o processo consensual e que proporciona escuta ativamente as partes.

¹⁹ Como se observa no documento Justiça em Números, publicado pelo CNJ que diz “A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que solucionou 24% de seus casos por meio de acordo - valor que aumenta para 39% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada” (CNJ, 2019, p. 143).

²⁰ Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

²¹ 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.

próprio nome, antes da mudança para Varas do Trabalho, fazia jus à ênfase dessa finalidade conciliatória, as varas antes eram chamadas de Juntas de Conciliação e Julgamento. Nota-se que, apesar da mudança nominal, a função conciliatória permaneceu com a mesma ênfase.

Ocorre que, como afirma Bacellar (2017, p. 85), no meio judicial, infelizmente, são relatados casos de que, nos juízos, os conciliadores – seja o juiz²² ou o servidor que é designado para esse papel – coagem ou pressionam as partes para que acordos sejam pactuados. Por essa razão, ainda que pareça desnecessário, o art. 165²³, §2º do CPC (BRASIL, 2015a) agiu de maneira prudente ao trazer a proibição das intimações ou dos constrangimentos feitos às partes para que conciliem. Lembra-se para que haja uma validade e real pacificação do conflito é necessário que, segundo Tartuce (2019, p. 51), o acordo não seja obtido por receio ou temor, senão por efetiva composição das partes que atuam para promover a reorganização de suas posições com o auxílio do conciliador.

Outro ponto interessante que o referido artigo traz é que, em sua definição sobre a conciliação, ele estabelece sua utilização, preferencialmente, em casos nos quais não existia o vínculo relacional anterior entre as partes. Segundo Bacellar (2017, p. 85), são relações simples ou pontuais que tem um único vínculo que está ligado ao objeto de interesse; nesses casos, a lide acaba sendo o único foco da conciliação.

Entende-se que ocorra porque essas relações de apenas um vínculo não possuem sentimentos complexos, em regra, que são melhores tratados através da mediação, uma vez que a conciliação é um processo voltado para a realização do acordo e para a criação de solução para a controvérsia.

Por fim, deve-se tratar de dois temas antes de encerrar o comentário sobre conciliação. É válido tratar, ainda que brevemente, das Comissões de Conciliação Prévia, as quais foram uma forma clara de tentativa de conciliar extrajudicialmente os conflitos trabalhistas.

Apesar de não terem obtido sucesso em sua implantação após o STF decidir pela interpretação de que não era obrigatório que a lide fosse tratada primeiramente pelas

²²Infelizmente, alguns juízes quando tentam realizar a conciliação o fazem através da coação das partes, como observa Tartuce (2019, p. 51) ao afirmar que o juiz jamais deve influenciar o estado de espírito das partes com prognósticos de resultados favoráveis ou não de sua decisão, o que pode ser entendido como uma ameaça. Justamente por quebrar sua imparcialidade no julgamento futuro se a conciliação não tiver sucesso. Inclusive, entende a autora por conta do princípio da confidencialidade, não deve o juiz ser a pessoa que conduz a conciliação.

²³Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (...) § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, **sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.**

Comissões de Conciliação Prévia ou Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista, que o art. 625-D da CLT trazia, para só depois poder ser levada ao judiciário. O STF entendeu que esse artigo ofendia ao princípio constitucional de amplo acesso ao Judiciário, estabelecido no art. 5º, XXXV (DELGADO, 2017a, p. 1668).

Delgado (2017a, p. 1665) afirma que as Comissões de Conciliação Prévia foram inseridas na CLT através da Lei n. 9.958/00, eram comissões de composição paritária – ou seja, deveriam ter o mesmo número de representantes dos trabalhadores e dos empregadores – a serem estabelecidas em empresas ou grupos de empresas e em sindicatos ou grupo de sindicatos e comissões intersindicais com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho.

Antes da decisão final do Supremo, a lei que estipulou as Comissões de Conciliação Prévia defendia que as demandas juslaborativas teriam que ser submetidas às comissões antes como condição para a proposição de ação trabalhista. Como afirma Delgado (2017a, p. 1668), em razão dessa condicionante para o acesso ao Judiciário, tanto o acordo como um termo de tentativa frustrada da conciliação deveriam ser escritos para poderem ser anexado na exordial como forma de comprovar o requisito.

Em razão de não haver muitas Comissões de Conciliação Prévias instaladas e de ser um instituto basicamente teórico, acaba não sendo necessária a sua exploração. Em verdade, pode ser que, com a estimulação que a reforma trabalhista está trazendo para os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, as comissões prévias possam ter alguma chance de serem implementadas devidamente. Contudo, não há como negar a sua importância no fato de que são a grande prova de que a conciliação é compreendida como possível no âmbito do direito laboral individual, mesmo aquela que não ocorre no Poder Judiciário.

Compreendendo o que é o conflito, as formas e os métodos de resolução das controvérsias, resta entender o que é a mediação.

2.2 O SENTIDO DA MEDIAÇÃO

2.2.1 Definição da mediação

O conceito de mediação, apesar de ter sido definido pelo CPC e pela Lei de Mediação, ambos de 2015, ainda não é completamente pacífico, pois permanecem algumas correntes divergentes no direito civil e em outras searas do direito, como a trabalhista. Por essa razão, desde já se adverte que o conceito de mediação adotado pelo presente trabalho é o que o CPC

e a Lei de Mediação trazem. Porém, para compreender como ela é vista, especificamente pelo Direito do Trabalho, serão observados alguns conceitos que são divergentes das leis anteriormente citadas.

De forma geral, todos os escritores e estudiosos que foram trabalhados no texto compreendem que a mediação é um método de resolução de conflito e que ela surge como uma resposta à crise de insatisfação com o Judiciário²⁴. Para Vezzulla (2001, p. 14), a mediação surge como resposta à vontade e à necessidade de as pessoas poderem decidir suas próprias questões e não mais permitir que um terceiro o faça.

Observa-se que o CPC traz, indiretamente, no seu artigo 165, § 3º²⁵ (BRASIL, 2015a), o que é a mediação, pois diz onde o mediador atuará; já a Lei n. 13.140/2015 (BRASIL, 2015b) estabelece no parágrafo único do seu artigo 1º²⁶ o que é a mediação. Ambos os conceitos são bem parecidos, justamente para demonstrar que estão em harmonia. A ideia das duas normas citadas é que a mediação deve ser usada, de preferência, em casos, cujas partes tenham algum vínculo anterior ao conflito, sendo a mediação a técnica de comunicação exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório que irá auxiliar as partes a compreenderem os interesses em conflito e a estimular que soluções consensuais sejam geradas pelos envolvidos na controvérsia.

Restando clara que a intenção do legislador é permitir que as partes resolvam seus próprios conflitos e tendo um auxiliar imparcial apenas para ajudá-las a manter a comunicação num nível de compreensão mútua.

²⁴Segundo Morais e Spengler (2008, p. 76) “Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário”. Enquanto Tartuce (2019, p. 182-183) traz, dentre outros inimigos, o tempo e a lentidão dos processos que gerariam essa insatisfação. Pontos que também são relevados por Vezzulla (2001, p. 15) que diz que a mediação, ao contrário do judiciário que é sobrecarregado e demorado, propõe um tempo curto, de baixo custo e procura manter um bom relacionamento entre os litigantes. Entende-se, então, que as características principais dessa insatisfação são uma crise de representatividade do Judiciário, que já não correspondem de modo satisfatório os anseios populacionais.

²⁵Art. 165. Do CPC - Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (...) § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

²⁶Art. 1º da Lei nº 13.140/2015 - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Parágrafo único.** Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Na corrente dos civilistas, observa-se a conceituação de mediação feita por Sposato e Silva (2018), Tartuce (2019) e Vezzulla (2001) que, de modo geral, seguem a ideia das leis sobre o que é a mediação. Sposato e Silva (2018, p. 59) definem a mediação como o mecanismo de facilitação de comunicação, usado para construir uma possível solução de conflitos autônoma e cooperativa.

Para Tartuce (2019, p. 197), a mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa imparcial atua para facilitar a comunicação entre as partes envolvidas e propiciar que elas possam, a partir do entendimento ampliado dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. Já, na visão de Vezzulla (2001, p. 15), a mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as partes ganhem.

Nota-se, com os três conceitos escolhidos, que o entendimento da mediação como método de resolução de conflito é antigo, bem como o fato de que o mediador é alguém que apenas auxilia as partes, nunca decide por elas. Por isso, foi acertado que as legislações de 2015 tenham estabelecido a mediação como meio de autocomposição facilitado por terceiro imparcial e sem poder decisório.

Ainda sobre o acerto das legislações de 2015, o CPC também tentou pacificar uma questão importante do conceito de mediação: a sua diferença com a conciliação. Em verdade, é quase impossível tratar da mediação sem falar sobre conciliação, justamente por serem métodos consensuais de resolução de conflitos tão parecidos.

Enquanto o §3º do art. 165 (BRASIL, 2015a) diz onde o mediador atuará, o §2º do mesmo artigo trata sobre o conciliador. A diferença principal é que o primeiro atuará preferencialmente em casos nos quais haja vínculo anterior entre as partes e buscará restabelecer a comunicação entre as partes, enquanto o conciliador atuará preferencialmente em casos que as partes não tenham vínculo anterior, podendo realizar sugestões para resolver o litígio – vedado qualquer tipo de constrangimento ou intimidação.

Ou seja, como observam Sposato e Silva (2018, p. 59) “A lógica da mediação, portanto, obedece a um padrão *dialogico* (o seu foco está direcionado para a compreensão das circunstâncias do conflito e a restauração da comunicação entre os sujeitos) (...)”. Entende-se, então, que a mediação se preocupa em tratar de modo profundo o conflito e o diálogo para que as partes, na medida do possível, mantenham a relação anterior e resolvam, por si mesmas, o problema, enquanto a conciliação se preocupada em ajudar as partes a solucionar a

controvérsia da melhor forma possível, mesmo que seja através de uma sugestão, sem imposição, de pessoa estranha ao conflito e não das partes envolvidas.

Para observar o entendimento dos doutrinadores trabalhistas, têm-se os conceitos de Delgado e de Brito. Como foi visto, Delgado (2017a, p. 1649) entende que mediação é uma forma de heterocomposição, já que para ele a autocomposição ocorre apenas quando os envolvidos no conflito conversam, sem auxílio de terceiro. O autor Delgado, (2017a, p. 1662) entende que mediação consiste na conduta que determinado agente – terceiro imparcial em face dos interesses contrapostos e das partes conflituosas – busca auxiliar os envolvidos e, até mesmo, instigá-los à composição. Entretanto, o teor do acordo será decidido pelas próprias partes.

Contudo, pode-se notar que Delgado (2017a, p. 1663) concorda com a ideia de que o mediador é um facilitador do diálogo, como se nota quando o autor diferencia o mediador do árbitro. Explica ele que o mediador não assume poderes decisórios perante as partes, como o árbitro faz, e que os envolvidos no conflito permanecem com toda a autonomia quanto à fixação da solução final do litígio. Além disso, ele entende que o mediador não toma para si a prerrogativa de formular, isoladamente, a solução para o conflito, tendo, apenas, a atribuição de contribuir para o diálogo entre as partes, fornecendo subsídios e argumentos convergentes, aparando divergências e instigando à resolução pacífica da controvérsia.

Já Brito (2018) entende que mediação e conciliação são iguais, para esse autor “(...) A distinção feita entre os dois institutos não se sustenta, na prática, pelo que, embora doutrinariamente se possa, talvez, fazer a distinção, do ponto de vista da realidade, os institutos são um só (...)” (BRITO, 2018, p. 256).

Sendo assim, Brito (2018, p. 255) caracteriza conciliação e mediação como o meio de autocomposição em que as partes não estabelecem diálogo diretamente, nem sozinhas, precisando do auxílio de um terceiro, denominado mediador ou conciliador, que tem a tarefa de coordenar o processo e de propor soluções. Compreendendo que, embora ocorra essa intervenção de pessoa estranha ao conflito, ela não ocorre para que esse estranho decida o conflito, mas para que o terceiro coordene o diálogo das partes, sendo que somente as partes podem decidir, por meio do consenso, qual solução é cabível para a controvérsia.

Apesar da própria diferença entre a ideia de Delgado e de Brito do que é mediação, já que Delgado (2017a, p. 1664) diferencia mediação de conciliação, ambos entendem que a mediação, nos conflitos de Direito do Trabalho, só pode ser usada no âmbito coletivo. Como observa Brito (2018, p. 256), “Em nosso País, ressalta-se, esta é única forma possível de mediação, tratando-se de conflitos coletivos do trabalho”. Ressalta-se que ambos os livros são

de publicações posteriores às legislações de 2015, ao CPC e à Lei de Mediação, bem como à reforma trabalhista – Lei n. 13.467/2017 – que será vista em outro momento, mas que teve como intuito aumentar a utilização dos meios de resolução de conflito extrajudiciais, além de aumentar a flexibilização dos direitos trabalhistas. Ou seja, ambos os autores entendem que a mediação não deve ser usada nos conflitos individuais de Direito do Trabalho.

Com tudo que foi abordado anteriormente sobre a mediação, seja na versão trabalhista ou civilista, entende-se que ela busca tratar muito além da mera relação de causa e efeito dos conflitos, como observa Silva (2013, p. 163) ao afirmar que a mediação resolve o conflito de forma macro e não pontual, diferente do que ocorre na solução adjudicada estatal por sentença, que se limita aos fatos expressamente narrados no processo.

Dessa forma, a mediação possibilita a abordagem do conflito oculto, contribuindo para uma efetiva pacificação do conflito. Ainda em Silva (2013, p. 163), compreende-se que a mediação consegue ser efetivamente uma forma de pacificação do conflito social porque ela se baseia no estímulo da cooperação – sem a criação do clima de confronto e de adversidade – e na identificação dos reais motivos das partes – ou seja, ela trata dos sentimentos e dos interesses subjacentes ao conflito que se manifesta em razão desses interesses e sentimentos.

Todavia, para tratar por completo da mediação é preciso conhecer os modelos ou escolas que ela possui, suas técnicas e ainda sobre os mediadores, pois, segundo Vezzulla (2001, p. 43), aprofundar-se no conhecimento da mediação é, basicamente, estudar qual o devido comportamento do mediador. Segue-se, então, para o tratamento desses tópicos, respectivamente, na ordem que foram comentados.

Bacellar (2017, p. 108) elenca as seguintes modalidades ou escolas da mediação: a mediação da escola de Harvard; mediação circular narrativa; mediação transformativa e; a mediação avaliadora. Enquanto Sposato e Silva (2018, p. 64) trazem os seguintes métodos: o método de Harvard; o circular narrativo; o transformativo; o interdisciplinar e; o waratiano. De modo breve, observa-se a explicação dos autores sobre os procedimentos ou escolas que listaram.

A escola ou o método de Harvard, também conhecido como mediação clássica ou tradicional, segundo Bacellar (2017, p. 108) e Sposato e Silva (2018, p. 64), é a mediação realizada com a noção da negociação baseada em princípios dos professores de Harvard Ury e Fisher. Bacellar (2017, p. 108) afirma que é uma mediação cujo processo é estruturado linearmente em fases bem definidas. Para Sposato e Silva (2018, p. 64), o método de Harvard é uma negociação facilitada, já que não busca tratar do conflito a fundo. Esse método busca, primordialmente, criar acordos com ganhos mútuos para as partes, por essa razão entendem as

autoras que esse tipo de mediação não trata adequadamente do conflito, apenas focando na causa e efeito que ele gera.

O método circular-narrativo, ou modelo de Sara Cobb – por ser a idealizadora desse modelo –, segundo Bacellar (2017, p. 108), tem uma visão sistêmica com foco tanto nas pessoas como no conflito, de modo que as relações entre um e outro não podem ser vistas isoladamente. Para Sposato e Silva (2018, p. 65), esse modelo foca nas pessoas, nos conflitos e nas histórias trazidas por cada um para formar um conjunto de narrativas a ser considerado no processo de mediação. As autoras (SPOSATO; SILVA, 2018, p. 65) entendem que esse modelo busca desconstruir velhas narrativas dos envolvidos no conflito para que possam criar novas. Esse método é focado tanto na transformação das pessoas quanto no acordo final.

Já o modelo transformativo, consoante Bacellar (2017, p. 108), busca transformar a postura adversarial das relações para uma postura cooperativa através da identificação das necessidades das partes e pelas capacidades de decisão e de escolha. Para ele, esse modelo tenta refazer os vínculos dos envolvidos, podendo, a partir desse momento, gerar ou não um acordo. Para Sposato e Silva (2018, p. 65) esse modelo trabalha o conflito como uma oportunidade de crescimento pessoal e moral a ponto de possibilitar uma transformação nas relações humanas. As autoras afirmam que esse modelo tem dois conceitos básicos que devem ser observados que são a revalorização (que é fortalecer o indivíduo para que esteja capacitado e tenha a possibilidade de triunfo ao enfrentar as adversidades) e o reconhecimento (que é a forma de preparar o indivíduo para experimentar as preocupações e aflições do outro, especialmente aqueles que apresentam interesses distintos dos do indivíduo).

O modelo interdisciplinar, segundo Sposato e Silva (2018, p. 65/66) estabelece que o procedimento de mediação deva ser realizado com uma equipe interdisciplinar por meio do encaminhamento dos casos. A crítica que as autoras fazem sobre esse modelo é que a mediação não entra no quesito de terapia, ou seja, não busca melhorar a relação e a convivência das pessoas, que é algo próprio do campo terapêutico e psicológico.

A mediação avaliadora ou avaliativa, segundo Bacellar (2017, p. 108), é aquela em que o mediador, após seguir as etapas do processo de mediação, observa, sem intervir no mérito do conflito, as soluções propostas pelos próprios interessados e as impossibilidades apresentadas para, ao final, oferecer sua opinião sobre o caso com o objetivo de facilitar o acordo. Apesar de Bacellar não trazer essa crítica, é bom ressaltar que, como será visto adiante, o mediador tem uma postura passiva em relação ao conflito, ou seja, ele não sugere nenhuma solução, sendo apenas um facilitador de comunicação. Aliás, esta é uma das diferenças com a conciliação, pois o conciliador tem uma postura mais ativa.

Por fim, Sposato e Silva (2018, p. 66) trazem o modelo waratiano, baseado nos estudos de Warat. Segundo as autoras, essa modalidade de mediação possibilita que as pessoas compreendam o conflito com maior serenidade, de maneira a retirar a carga de energia negativa que impede a administração criativa. Segundo Warat (2004, p. 28), os caminhos da mediação podem ajudar a recuperar os sentimentos que fazem as pessoas serem o que são e a desfazer as camadas da superficialidade para que possam ser mais íntegras nos confrontos com o outro. Dessa forma, a mediação é, em primeiro entendimento, a realização dos próprios sentimentos com o outro. Expressando o autor que fazer mediação nada mais é do que viver em harmonia com a própria interioridade e com os outros. Ou seja, entende-se que, para Warat, a mediação é, antes de uma forma de resolver os conflitos, uma filosofia de vida, pela qual se busca o equilíbrio e a harmonia interior (consigo mesmo) e exterior (com o outro/outros).

Essas escolas ou métodos servem para explicar, de certa forma, as próprias nuances no conceito da mediação. Ou seja, a depender de que escola a pessoa se filie, a mediação pode ter uma finalidade a mais ou a menos do conceito geral. É a própria tentativa de harmonizar os conceitos de mediação e entender o porquê de haver essas diferenças.

Entender os modelos é relevante, porém é possível afirmar que também é importante conhecer as técnicas da mediação, pois são elas que efetivamente fazem o procedimento de mediação caminhar. Para Tartuce (2019, p. 258), as técnicas são de grande importância, a ponto de serem associadas ao método de solução de conflitos, o próprio legislador, segundo a autora, traz que a mediação é uma atividade técnica.

Encerrando o tópico sobre o conceito mediação, é válido lembrar que, apesar da mediação nascer como um instrumento extrajudicial, segundo Bacellar (2017, p. 110), ela pode ocorrer tanto dentro do Judiciário – a mediação judicial – quanto fora dela – sua forma extrajudicial. Ambas as mediações estão regulamentadas pela Lei n. 13.140/2015 (BRASIL, 2015b). Diferenças que serão tratadas melhor a seguir.

2.2.2 Diferença entre mediação judicial e mediação extrajudicial

Como observado por Bacellar (2017, p. 110), a mediação chega ao Brasil em sua forma extrajudicial de resolução de conflito, que é a forma como nascem, em regra, todos os meios autocompositivos de resolução de conflito. A partir daí, surgem novas legislações com o intuito de aderi-la ao Poder Judiciário, inicialmente com a Resolução n. 125/2010 (BRASIL,

2010a) do CNJ, seguindo até a Lei de Mediação (BRASIL, 2015b) e o Código do Processo Civil (BRASIL, 2015a).

Segundo Mello e Baptista (2011, p. 99), bem como levando em consideração que na época não havia as legislações referentes à mediação que se tem hoje, a diferença entre a mediação judicial e a mediação extrajudicial residia no fato de que a judicial se associava aos princípios colocados em prática no interior das instituições judiciais, ou seja, dentro do processo judicial, enquanto a extrajudicial se associava ao que ocorreria fora dos limites das instituições e dos processos judiciais.

De certa forma, não houve uma mudança tão brusca de concepção. Pois, como se observa em Tartuce (2019, p. 313), a mediação extrajudicial ou judicial são, em verdade, modalidades de mediação. Havendo peculiaridades a se reservarem, porém ambas são o mesmo instituto jurídico.

Segue Tartuce (2019, p. 313), afirmando que tanto mediadores independentes quanto instituições voltadas à finalidade de autocomposição podem realizar a mediação. Quando a mediação ocorrer sem nenhum componente do Judiciário, será denominada de mediação extrajudicial, privada ou ainda comum. Desse modo, a autora explica que a mediação extrajudicial pode ser dividida em duas, a mediação institucional – aquela realizada por centros ou associações de mediação – e a mediação independente que é a conduzida por um mediador sem vínculo com qualquer entidade e que seja escolhido pelas partes livremente. Esse mediador pode ser qualquer pessoa de confiança das partes, desde que esteja capacitado para tal ato, segundo as exigências da Lei de Mediação.

Já, no caso da mediação judicial, explica Tartuce (2019, p. 321/322), é aquela se efetiva no curso de uma demanda judicial já instaurada. Além disso, essa modalidade de mediação é conduzida por mediadores judiciais que são designados pelo juiz da causa ou indicados pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs.

Mello e Baptista (2011, p. 99) trazem em sua análise o fato de que, com a possibilidade da mediação judicial, houve crítica por parte de quem defendia a mediação apenas extrajudicialmente, pois, segundo as autoras, a mediação dentro do Judiciário estaria mais comprometida com a celeridade e com a diminuição dos processos destinados ao juiz. Acrescentam as autoras que também houve alegação de que a mediação judicial era a conciliação já praticada apenas com um novo nome. Apesar de que, a essa crítica, as próprias autoras demonstram que, mesmo antes da Lei de Mediação ou do CPC de 2015, já existia a diferenciação entre conciliação – como meio consensual que visa acabar com o conflito – e a mediação como meio consensual que visa restabelecer a comunicação entre as partes.

Segundo Bacellar (2017, p. 110), a descrição ou o conceito de mediação que a Lei n. 13.140/2015 trouxe foi propício para ajustar tanto a mediação extrajudicial quanto para a judicial. Apesar de parecer simples, o que se entende dessa afirmação é que a Lei da Mediação veio apenas regulamentar algo que já acontecia, lembrando que a mediação nasce extrajudicialmente e é incluída no Judiciário com a Resolução n. 125/2010 do CNJ, sem gerar nenhuma diminuição ou impedimento para a tradição que já existia.

É interessante observar o entendimento de Cintra, Ginover e Dinamarco (2015, p. 49/50) acerca da conciliação extraprocessual – que, apesar de ocorrer dentro do Poder Judiciário, não é vinculada a nenhum processo – e da conciliação endoprocessual, aquela que ocorre no começo, no meio ou no final de um processo tradicional. Pode-se realizar essa mesma diferenciação para a mediação. Naturalmente, a endoprocessual é a mediação que ocorre dentro de um processo; atualmente, ela pode ser designada antes do processo iniciar ou no curso do processo já iniciado. Por sua vez, a extraprocessual, também chamada de pré-processual, ocorre antes mesmo de o processo existir. Ela ainda ocorre no Judiciário, com mediadores designados pelos CEJUSCs, mas não há um processo vinculado a ela. Em verdade, é como se fosse uma mediação extrajudicial dentro do Judiciário.

As mediações pré-processuais foram estabelecidas pelo art. 24²⁷ da Lei de Mediação (BRASIL, 2015b), o qual determina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos – por exemplo, os CEJUSCs – que serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, sejam elas pré-processuais ou processuais, bem como ficarão responsáveis pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Ressalta-se ainda que as mediações pré-processuais, ainda que não se vinculem a uma demanda judicial, devem ser entendidas como mediações judiciais não só por acontecerem dentro do Poder Judiciário como também por estarem localizadas na subsecção que trata sobre a mediação judicial.

Estudando sobre a diferenciação entre mediação judicial e extrajudicial é notável que apareça também uma diferença entre os mediadores judiciais e os mediadores extrajudiciais.

Importante observar o que Cremasco e Lopes (2018, p. 47) estabelecem ao tratar sobre o artigo 9º da Lei de Mediação. Os autores contemplam que a citada lei não definiu o que seria um mediador judicial nem o que seria um mediador extrajudicial, o que, na visão dos

²⁷Art. 24 da Lei n. 13.140/2105 - Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

autores, gera algumas incertezas ao operador do direito. Contudo, ainda que não haja uma definição de quem é o mediador extrajudicial ou judicial, a Lei de Mediação estabeleceu requisitos para qualquer um que pretenda atuar como mediador – extrajudicial ou judicialmente – deva preencher a fim de que possa atuar validamente como mediador no ramo que escolheu.

O art. 9º²⁸ da Lei n. 13.140/2015 (BRASIL, 2015b) trata sobre os requisitos necessários para atuar como mediador extrajudicial, sendo uma lista com apenas três requisitos que devem ser cumulativos. Provavelmente, o legislador não quis interferir no sistema tradicional de mediadores extrajudiciais ao regulá-lo. Para o mediador extrajudicial, são feitas as seguintes exigências: ser capaz, ou seja, ter capacidade civil plena; ser pessoa de confiança para as partes e; estar capacitado para realizar a mediação, ou seja, ter capacidade técnica. Frisando que essa última independe de o mediador integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação.

Creiasco e Lopes (2018, p. 49) entendem que, apesar de a Lei de Mediação só determinar esses três requisitos para a atuação do mediador extrajudicial, a própria lei traz, em seu artigo 22, III²⁹, a possibilidade das partes estipularem critérios e características que desejam que o mediador deva possuir, como se comunicar em determinado idioma ou exigência de experiência em determinada situação, etc. É válido ressaltar que, desde que não seja uma exigência discriminatória, é possível que seja qualquer tipo de requerimento que as partes podem estipular.

Sobre a capacidade civil da pessoa, ou seja, sobre o requisito da pessoa capaz, entendem Creiasco e Lopes (2018, p. 50/51) que, embora a Lei de Mediação não tenha estipulado tal determinação de modo expresse, o mediador só pode ser pessoa natural – pessoa física –, já que o primeiro requisito que a lei estabelece é o da personalidade. Observa-se que, no caso de ser contratada entidade para realizar a mediação, o que ocorre é que a entidade nomeia ou oferece lista para as partes escolherem o mediador, não sendo a entidade quem irá conduzir a mediação.

Outro ponto a se tratar sobre a capacidade civil do mediador é que ela deve ser plena, ou seja, os mediadores extrajudiciais devem ser maiores de 18 anos no gozo total de suas capacidades civis ou, entendem Creiasco e Lopes (2018, p. 51), os menores emancipados pela

²⁸Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

²⁹Art. 22 da Lei 13.140/2015 - A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: (...) III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

concessão dos pais, pela sentença judicial, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em ensino superior, pela existência de relação de emprego ou, se ao completar 16 anos, o menor tiver economia própria pelo estabelecimento civil ou comercial.

Para encerrar sobre a capacidade do mediador, Cremasco e Lopes (2018, p. 51) observam que há situações em que esse requisito pode ser dispensando de comum acordo entre as partes. Essa afirmação dos autores parece ser perigosa, pois como um incapaz poderia ser considerado apto a mediar um conflito? Parece ser uma incongruência. Porém, os autores exemplificam a situação demonstrando que, às vezes, a escolha de um mediador incapaz é a mais adequada para a condução da mediação. Como é o caso dos conflitos escolares, nos quais há a capacitação dos alunos para atuarem como mediadores.

Sobre o requisito de ser pessoa de confiança das partes, Tartuce (2019, p. 315) entende ser um elemento subjetivo, restando às partes decidirem em confiarem ou não no mediador. Contudo, observam Cremasco e Lopes (2018, p. 51/52) que essa confiança que a Lei de Mediação estabelece não é uma confiança pessoal, ou seja, não é de conhecer a pessoa que irá atuar como mediador, mas sim o ato de reconhecimento, pelas partes, de que o mediador é um agente capaz de auxiliá-los na dissolução do conflito imparcialmente. Os autores associam essa confiança àquela que a lei de arbitragem trata. Em outras palavras, a confiança da qual trata a Lei de Mediação é a confiança profissional, de confiar em determinado profissional, pois acredita que ele é o melhor para realizar aquele trabalho de modo ético e adequado.

Um ponto que deve ser tratado dentro da confiança é a lista fechada que nada mais é do que uma lista com todos os mediadores habilitados de uma entidade de mediação – por exemplo, uma câmara. Segundo Tartuce (2019, p. 315), muitas câmaras possuem lista fechada por meio da qual as partes devem escolher um ou mais dos mediadores ali listados para serem seus facilitadores. Observa, ainda, que isso não é uma quebra do requisito de confiança ou da autonomia das partes, pois se tratados “funcionários” daquela câmara, lembrando que não é a pessoa jurídica que realizará a mediação, e sim uma física. Logo ao ser escolhida uma câmara de mediação para tratar do conflito, nada mais justo que as partes escolherem dentro do quadro de mediadores que a entidade apresenta a elas. Lembrando, também, que nada impede que um terceiro – nesse caso, a entidade – possa nomear o mediador; contudo, é inegavelmente mais apropriado que as partes possam escolhê-lo por elas mesmas (CREMASCO; LOPES, 2018, p. 52).

Por fim, o último requisito do mediador extrajudicial é a sua capacidade para realizar mediação, ou seja, sua capacidade técnica. Tanto Tartuce (2019, p. 315) quanto Cremasco e

Lopes (2018, p. 53) declaram categoricamente que a lei não trouxe nenhum parâmetro para validar essa capacitação, nada que regulamente ou que defina o teor dessa capacitação. Muito diferente do que acontece com o mediador judicial. Seguem os autores observando que não há exigência de nenhum grau de escolaridade mínimo, nenhuma certificação teórica ou prática, nenhuma experiência prévia, nenhum conteúdo programático reconhecido ou qualquer carga horária mínima cursada.

Para Tartuce (2019, p. 315), essa ausência de uma melhor definição do que seria a capacitação para atuar como mediador ficou dispensada para preservar a possibilidade de atuação de facilitadores que realizem mediação escolar e comunitária e dos mediadores privados que exercem suas funções há tempo significativo, de modo que não fossem prejudicados por nenhuma exigência superveniente há anos de desempenho de sua atividade.

Creiasco e Lopes (2018, p. 53) são contrários à ideia, que surgiu após a promulgação da lei, de exigir os requisitos de capacitação dos mediadores judiciais para os mediadores extrajudiciais, pois, segundo eles, se essa fosse a vontade do legislador, assim o teria feito anteriormente. Finalizando os autores com a afirmação de que o importante é que haja uma formação própria, a partir de diversos campos do conhecimento humano, do mediador que o torne capacitado a atuar nessa função, que o habilite a auxiliar as partes a tratarem o conflito por meio do diálogo e de forma colaborativa, pouco importando como essa formação foi desenvolvida formalmente.

Do outro lado, a Lei de Mediação (BRASIL, 2015b), em seu art. 11³⁰, apesar de também só estabelecer três critérios para o mediador poder ajudar de modo judicial trouxe três requisitos um pouco mais puxados. Sendo eles: capacidade civil absoluta – igual ao mediador extrajudicial; ter no mínimo dois anos de graduado em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e; ter obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado ou pelos tribunais, observando os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Sobre a capacidade civil absoluta, não se comentará novamente, apenas lembrando que, em regra, ela se obtém quando completa os 18 anos ou nas exceções já expostas anteriormente.

³⁰Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

A segunda exigência é a graduação em qualquer curso superior, com no mínimo de dois anos de formado, desde que a instituição seja reconhecida pelo MEC. Sendo essa uma exigência um tanto mais rigorosa, ainda que não impossível de se obter. Observa Tartuce (2019, p. 324) que essa exigência não tem nenhum embasamento, pois, segundo a autora, se a pessoa é capacitada, domina a abordagem consensual de controvérsias e atua de forma imparcial por que não poderia realizar a condução da mediação, que é uma atividade técnica? Para Tartuce essa é uma regra que não deveria prevalecer.

Por fim, resta observar o requisito da capacitação para mediador judicial. Nesse requisito a Lei de Mediação foi bem cuidadosa para estabelecer qual tipo de capacitação seria considerada como válida. Segundo Marcato (2018, p. 66), o último requisito para atuação como mediador judicial é a detenção de formação em escola ou instituição reconhecida pelos próprios tribunais ou pela Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), ente oficial responsável pela formação dos magistrados do Brasil. Essa formação deverá obedecer aos requisitos de capacitação mínima, consoante as diretrizes curriculares definidas pelo Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça.

Dessa forma, observa Marcato (2018, p. 67), é necessário seguir os parâmetros curriculares disciplinados no Anexo I da Resolução 125/2010 do CNJ (BRASIL, 2010a), a qual prevê que o curso de capacitação básica dos mediadores e conciliadores tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais sobre a mediação, bem como a vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da mediação judicial.

Segue Marcato (2018, p. 67), explicando que o curso é dividido em dois módulos: o teórico, com duração mínima de 40 (quarenta) horas e o prático, também chamado de estágio supervisionado, com duração de 60 (sessenta) a 100 (cem) horas, o qual permite que o aluno aplique seu conhecimento teórico em casos reais. A Resolução n. 125/2010 do CNJ (BRASIL, 2010a) determina, ainda, quais os temas que devem ser abordados durante o curso teórico, bem como a necessidade de relatórios do curso prático e as quantidades de cada tipo de audiência que devem ser realizadas pelo aluno. Em outras palavras, a Resolução n. 125/2010 do CNJ estabelece os critérios de validade para que um curso, ainda que não seja o realizado pelo tribunal, possa permitir a atuação do mediador como judicial – lembrando, desde que seja reconhecido pelo tribunal ou pelo ENFAM.

Por fim, é válido trazer outra crítica de Tartuce (2019, p. 324) que observa uma falta de conversa entre as leis, as quais, ironicamente, estabelecem regras sobre procedimentos de autocomposição: o CPC e a Lei de Mediação. Ou, como afirmam Cremasco e Lopes (2018, p.

47), “(...) o que traz certas dificuldades ao operador do direito, que são agravadas pelas regras por vezes contraditórias contidas na Lei de Mediação e no Código de Processo Civil”. Ou seja, entendem os autores que, em alguns momentos, há uma falha de comunicação que aparentemente gera contradições entre os atos normativos estudados.

Tartuce (2019, p. 323) critica a exigência do duplo cadastramento que o CPC trouxe. Enquanto a Lei n. 13.130/2015 Brasil, (2015b) estabelece, em seu art. 12³¹, que os tribunais deverão criar e manter cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial, o CPC Brasil (2015a) prevê expressamente a necessidade de um cadastramento duplo³²: um, em âmbito nacional e; outro, em âmbito local – aquele que trata a Lei de Mediação, que deve ser feito pelo tribunal da localidade que for atuar o mediador.

Esta exigência, segundo Tartuce (2019, p. 323), embora soe relevante por centralizar todas as informações em um cadastro nacional pode gerar um efeito contrário. Exigir dos facilitadores um cadastramento nacional pode implicar em um monopólio dos órgãos nacionais quanto aos critérios de cadastramento e de capacitação de facilitadores, o que comprometeria, em âmbito local, a participação dos tribunais, das entidades privadas, das universidades e do próprio Estado que ofereçam cursos de formação. Por essa razão, a autora entende que é necessário ter cautela ao exigir o duplo cadastramento para que ele não configure um empecilho à célere composição do quadro de mediadores e conciliadores judiciais.

2.2.3 Vantagens e desvantagens da mediação

Para finalizar o estudo sobre a mediação é importante compreender as vantagens e as desvantagens que este método de resolução de conflito tem para quem optar por sua utilização. Em verdade, talvez, a denotação de vantagens e desvantagens tenha alguma carga pejorativa, o que se observa, na verdade, são características dessa forma de resolução de

³¹Art. 12 da Lei 13.140/2015 - Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

³²Art. 167 do CPC - Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

conflito que podem torná-la inadequada para alguns tipos de lide. O que é normal, por isso mesmo que existe mais de um meio de resolução de controvérsias.

Entende-se, de modo geral, que a mediação é sigilosa, mais célere em comparação aos outros meios de solução de conflito, democrática por garantir a participação dos envolvidos para criação da solução, mais econômica e tende a gerar acordos que são, em regra, mais efetivos e menos rejeitados. Essas seriam as vantagens da mediação.

Como se observa em Tartuce (2019, p. 191), apesar de a autora não mencionar especificamente as vantagens da mediação, ela elenca as vantagens dos meios adequados de resolução de conflito; logo, também são vantagens da mediação, ainda que não exclusivamente dela. Entende a autora que as vantagens seriam: a obtenção de resultados confiáveis, econômicos, céleres e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; a ampliação de opções ao cidadão, de modo que não limita a escolha de pleitear o direito ou não pleitear, pois há uma diversidade de formas de tratamento que o conflito pode ter; o aperfeiçoamento do sistema de Justiça Estatal por força da redução do número de processos em cursos.

Alves e Mendes (2018, p. 132) trazem que algumas das vantagens da mediação coincidem com seus princípios ou com suas regras de observação, como é o caso da celeridade, uma vez que as sessões da mediação possuem tempo acordado previamente entre as partes e, em regra, demoram menos tempo para gerar um resultado; a voluntariedade, que estabelece que as partes participam e realizam o acordo se assim quiserem, não podendo ser forçadas a nenhum ato; e o sigilo, que protege tudo o que foi dito na sessão de mediação, de forma que garanta às partes que nada do que foi comentado dentro da sessão será divulgado em qualquer meio que seja.

Observam as autoras Alves, Mendes (2018, p. 132) ainda que outras das grandes vantagens da mediação são a satisfação das partes e o cumprimento dos acordos realizados, visto que, coadunando com o pensamento de Tartuce (2019, p. 212/213), a mediação proporciona uma participação democrática das partes, de modo que possam ser ouvidas e que possam participar concretamente da construção da solução, a qual respeitará seus limites e representará seus reais objetivos.

Essa participação gera maior contentamento e satisfação das partes, também gera maior responsabilidade por suas decisões, já que permite que as partes construam a solução de seus próprios conflitos. O que, no Código de Ética do Mediador e do Conciliador da Resolução n. 125/2010 do CNJ Brasil, (2010a), é o princípio do empoderamento, ou seja, a mediação deve ser capaz de ensinar às partes a lidarem com suas controvérsias da melhor forma possível para que no futuro elas possam decidir a solução de seus conflitos.

Ainda sobre as vantagens da mediação, Duarte (2016, p. 75) afirma as vantagens seriam: a simplicidade, que pode ser entendida como a informalidade e a flexibilidade do meio de resolução de conflito, que a torna mais acessível; o fato de ser mais econômica que o processo judicial; a sua rapidez, uma vez que há uma diferença gritante entre quanto tempo a negociação facilitada gasta para resolver o problema e quanto tempo o processo judicial leva e ainda; uma presumível definitividade quando a solução é encontrada através do consenso, o que significa que a solução encontrada por ser construída por ambas as partes, de maneira que acaba sendo definitiva, já que foram respeitados os desejos e os limites dos interessados, tornando seu cumprimento mais viável e a solução em si mais justa e satisfatória na medida do possível para ambas as partes.

Duarte (2016, p. 75) ainda deixa claro que a mediação não é apenas uma solução que visa desafogar o Poder Judiciário, apesar de também estar sendo usada com esse propósito, mas ela é, principalmente, uma forma de proporcionar uma solução mais célere e mais satisfatória para os jurisdicionados, de modo que atenda às suas necessidades com rapidez.

Por outro lado, é importante observar também as desvantagens da mediação especialmente para compreender que, em algumas situações, ela pode não ser o meio mais adequado para resolver o conflito.

Tartuce (2019, p. 192) elenca que são desvantagens dos meios de resolução de conflitos, por consequência, pode-se entender que são desvantagens da mediação: a privatização da Justiça, enfraquecendo e retirando do Estado a sua função de administrar o sistema de Justiça; a falta de controle e de confiabilidade nos procedimentos e nas decisões, nesse caso, considerada como falta de transparência e lisura; a exclusão de cidadão, que não possam pagar ou que não consigam acompanhar o procedimento, criando uma situação de justiça de segunda classe; a frustração do jurisdicionado e o enfraquecimento do Direito e das leis.

Sobre a possível privatização da Justiça, Tartuce (2019, p. 192/193) observa que essa argumentação deriva de críticas contra um documento do Banco Mundial que tratava sobre a necessidade de reformas no Judiciário. Segundo ela, o documento em tela indicava a necessidade de se fomentar mecanismos de Justiça privada, como os meios de resolução extrajudiciais de conflitos, pois dessa forma se melhoraria a qualidade e a eficiência da Justiça para que houvesse um ambiente propício ao mercado, ao financiamento e aos investimentos. Dando a entender que os meios de resolução de conflito extrajudiciais acabariam por atender o interesse de certos setores econômicos em detrimento do cidadão.

Contudo, Tartuce (2019, p. 193) entende que não houve nenhuma intenção de privatizar a Justiça no referido documento. Segundo ela, o Banco Mundial apenas estava defendendo a utilização dos meios de resolução de conflito como uma forma mais célere e propícia de tratar do conflito, provavelmente inspirada em obras que tratassem sobre o acesso à Justiça. Defende a autora que os meios de resolução de conflitos extrajudiciais não vieram para enfraquecer o Poder Judiciário, mas para fortalecê-lo (TARTUCE, 2019, p. 195).

Ademais, Tartuce (2019, p. 27) ainda traz o posicionamento de alguns autores que observaram a instabilidade das soluções como uma das desvantagens dos meios de autocomposição de conflito, pois as partes poderiam enganar ou concordar com qualquer acordo apenas para porem fim ao conflito. Nesse caso, essa instabilidade das soluções geraria o renascimento dos conflitos. Todavia, a autora observa que a possibilidade de renascimento do conflito não é exclusividade das formas autocompositivas de resolução de conflito, sendo, inclusive, bem recorrente nas gestões julgadas pelo Estado-Juiz.

Do ponto de vista de gerar frustrações ao jurisdicionado e do enfraquecimento do direito, é interessante observar o que Mesquita (2005, p. 289) trata sobre as formas de autocomposição. Segundo o autor, quando há a resolução do litígio pelas próprias partes, com o juiz agindo apenas de ligação entre eles, há uma administração pública dos interesses privados, o que configura essa função como sendo uma jurisdição voluntária. Nesse caso, o Estado se abstém de definir a norma aplicável e de aplicá-la ao caso contrário. É certo, para Mesquita (2005, p. 289), que essa forma de solução de litígio tem suas vantagens; porém, na visão do autor, tem um custo institucional muito mais caro, pois há uma transferência da responsabilidade da solução do litígio para as partes. De certa forma, isso é o que a mediação propõe de fato.

Além disso, o jurisdicionado, ao procurar a solução de seu litígio, deposita sua confiança na força imperativa do Direito e na esperança de que a parte contrária tenha consciência da responsabilidade de suas obrigações. Essas expectativas se frustram ao ver o jurisdicionado que o juiz, ao invés de aplicar a lei ao caso concreto e determinar quem tem razão, insiste para que ela desista de parte de seu direito em favor daquele que, em sua perspectiva, não tenha direito algum. Entende-se que a preferência estatal pela conciliação enfraquece o Direito, pois abala a confiança dos jurisdicionados na imperatividade da lei. Tornando-os assim desconfiados na garantia legal, de modo que, para o autor, cada processo que os meios autocompositivos colocam fim estimula o nascimento de outros (MESQUITA, 2005, p. 290).

De certo modo, a visão de Mesquita (2005) é altamente positivista, trazendo o que é dito, em regra, como vantagem da mediação como sua desvantagem. Até certo ponto, compreende-se que, de fato, pode ser que a visão do autor esteja correta. Porém, acredita-se que a mediação só vá causar desconfiança e gerar mais conflitos quando não for bem realizada. Inclusive, essa má condução pode ser relacionada com outra desvantagem, que seria o forçamento de um acordo.

Para compreender a desvantagem de forçar um acordo, é importante observar a crítica de Barbosa (2015, p. 79/80) sobre o fato de que a mediação não é uma forma de resolução de conflito. Segundo a autora, é um equívoco tremendo definir a mediação simplesmente como uma forma de resolução de conflito, pois a mediação seria, em sua visão, uma forma de estabelecer comunicação entre as pessoas ou grupos. Nesse caso, ela se relaciona com as pessoas e não com o conflito, tendo sua função início muito antes do conflito surgir, concluindo a autora que a mediação é, em verdade, uma prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei, respeito ao outro e respeito a si próprio.

Acontece que, às vezes, o mediador acaba por forçar as partes a realizarem o acordo ou as conduz para que o acordo seja realizado da maneira que ele entende ser a mais adequada; algumas vezes, até por pressão externa ou interna que o mediador pode sofrer ao ser cobrado por eficiência (TARTUCE, 2019, p. 221; 228; 232). Nesses casos, há uma clara quebra da imparcialidade do mediador e de sua independência.

Além disso, soma-se à crítica de Barbosa (2015), de Melo e Baptista (2010) e de Mesquita (2005) o fato de que a exigência judicial de uma resolução para a mediação gera um produtivismo, ou seja, gera indiretamente uma obrigação do mediador de realizar acordos, vinculando sua atuação e sua efetividade com sua produtividade. Isto quebra a própria razão de ser da mediação – que não é apenas uma forma de resolução de conflito, além de gera desconfiança nas partes envolvidas no conflito.

Por fim, é interessante observar outras desvantagens que podem ser relacionadas à mediação. Consoante Torres (2006, p. 28), a mediação tem como desvantagens: a impossibilidade do mediador impor acordo – que deve ser considerado como uma vantagem; o fato de que o mediador não pode forçar a participação das partes – nesse sentido, entende-se que o autor quis dizer que não há como obrigar a parte a ir para a mediação, todavia, também não se pode considerar que essa seja uma desvantagem; a não existência de salvaguardas do devido processo; a possibilidade de que uma das partes, que seja mais poderosa, consiga influenciar drasticamente o resultado ao seu favor; o fato de que a mediação não é vinculante;

a não aplicação de normas ou padrões públicos e o fato de que o resultado não precisa ser balanceado em princípios do direito.

3 A COMPATIBILIDADE ENTRE MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Compreendida a mediação, busca-se analisar sua compatibilidade com o Direito do Trabalho, especialmente, após a reforma trabalhista que trouxe o fomento da negociação de direitos laborais e da utilização de meios extrajudiciais para a resolução das controvérsias trabalhistas e, após a Lei n. 13.140/2015, que determinou a mediação de direitos indisponíveis transigíveis e a regulamentação da mediação trabalhista por lei própria.

Essa mudança é oposta à tradição jurídica de que os direitos trabalhistas deveriam ser submetidos, em regra, ao meio jurisdicional ou a métodos que foram incorporados a ele – como a conciliação judicial. Em situações como essa, é natural que haja um debate para tentar compreender se a mediação é compatível com o Direito do Trabalho.

É válido lembrar que devido à especialidade do Direito do Trabalho qualquer instituto ou princípio que venha a ser incorporado a ele deve se adequar às suas regras e sua finalidade. Delgado (2017a, p. 208) trata sobre essa necessidade de adaptação dos princípios gerais, não se limitando a princípios que sejam aplicados ao Direito do Trabalho para que nenhum princípio externo venha a contradizer as regras do ramo justabalhista.

Observa-se a crítica de Delgado e Delgado (2017, p. 106) sobre a alteração do § 1º do art. 8º da CLT sobre a supressão da expressão “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, que tratava do direito comum usado como fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Ao que parece, o legislador quis retirar esse controle de incompatibilidade e permitir que o direito comum fosse usado sem os limites dos princípios laborais. Todavia, os autores explicam que, mesmo que as palavras que tratavam sobre a adequação das fontes subsidiárias do direito comum tenham sido retiradas, só poderá ser usado o instituto que tenha real compatibilidade lógica e principiológica entre as regras importadas e o campo jurídico importador.

Tendo em mente essa necessária adequação do direito comum para ser aplicado ao Direito do Trabalho, passa-se a tratar sobre a aplicação da mediação no Direito do Trabalho. Para entender melhor sobre o assunto, é imprescindível tratar sobre três pontos: o primeiro, é a compatibilidade dos princípios trabalhistas e dos princípios da mediação; o segundo, é a questão dos *status* dos direitos laborais e dos direitos que podem ser mediados e; o terceiro ponto é observar o quesito sobre a necessidade de uma lei específica para regulamentar a mediação trabalhista, que foi exigida pela própria Lei de Mediação para, por fim, entender sobre a aplicação da mediação nas relações do trabalho.

3.1 OS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS PODEM SE CONCILIAR COM OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO?

A discussão sobre os princípios do Direito do Trabalho e os da mediação é essencial, visto que os princípios são fundamentalmente a razão de ser de direito ou de um ramo do direito. Como observa Oliveira (2013, p. 203/204), ao tratar das funções comunicantes essenciais dos princípios, eles têm função conformadora, a qual seria o cerne do direito, pois garante que as regras jurídicas sejam efetivadas ou concretizadas em conformidade com os princípios do direito. Essa função ainda vincula os sentidos e significados da posituação e da efetivação das regras por meio da semiologia do direito que une e orienta seu passado, presente e futuro.

Em outras palavras, é a ideia de que os princípios do direito e dos ramos jurídicos especializados são, além de balizadores para interpretação e aplicação, a própria justificativa do porquê determinado ramo do direito existe. Seria a própria identidade do direito, explicando sua função no mundo jurídico, além de como orientar tanto o passado, o presente e o futuro do ramo jurídico.

Tendo esta visão de que os brocardos são o cerne do direito, é fácil notar que se não há uma harmonização entre os princípios de dois ramos do direito ou, no caso do presente estudo, entre uma seara do direito e um instituto de outra seara, não há compatibilidade entre eles, pois suas matrizes fundamentais não se alinhariam.

Pode haver uma incompatibilidade total, de modo que não tenha como adequar o instituto para ser aplicado em outro ramo do direito, pode haver uma compatibilidade total, sem a necessidade de uma adequação ou, por fim, pode haver uma compatibilidade parcial, ou seja, é necessário que o instituto do outro ramo do direito seja modificado para que possa ser aplicado dentro de outro ramo do direito que não o seu de origem.

É o que se busca compreender nesse tópico, se a mediação pode ser aplicada ou não no Direito do Trabalho, seja com ou sem modificações para que esse método de resolução de conflito se adeque às especificidades da seara laboral do direito.

3.1.1 Princípios trabalhistas

Antes de adentrar nos princípios trabalhistas, é válido ressaltar que a função principal do Direito do Trabalho é a proteção do lado hipossuficiente da relação de emprego, que é o empregado. Conforme Delgado (2017a, p. 54), essa função ou valor fundamental do Direito do Trabalho “(...) consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na

ordem socioeconômica”. É através dessa função que o ramo trabalhista pode concretizar o seu intuito democrático de desmercantilizar a força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista e proteger a mão de obra do ser humano de ser transformada em mercadoria.

A diretriz fundamental do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, que é também o principal corolário desse ramo jurídico especializado, uma vez que o empregado não tem igualdade material ao empregador. Por isso, a finalidade do Direito do Trabalho só é alcançada quando há igualdade substancial entre as partes e para que haja essa igualdade é necessário proteger a parte mais frágil dessa relação (CASSAR, 2017, p. 169).

I) Princípio da Proteção

Chamado de princípio protetivo, princípio tutelar, princípio equilibrador, princípio da proteção ao trabalhador ou princípio da proteção ao hipossuficiente, é o brocardo que inaugura qualquer estudo sobre princípios trabalhistas por ser aquele que traduz o dever e a razão de ser do Direito do Trabalho.

Afirma Delgado (2017b, p. 136) que o princípio protetivo estrutura o Direito do Trabalho: com suas normas, institutos, princípios e presunções próprias; criando uma teia de proteção à parte hipossuficiente da relação empregatícia, além de atenuar ou tentar atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Ainda segundo Delgado (2017a, p. 213/214), o princípio da proteção influencia todo o direito individual do trabalho, inclusive na própria perspectiva do ramo ao construir, desenvolver e atuar como direito. Justificando a existência de toda essa proteção jurídica em razão da discrepância socioeconômica fática dos sujeitos da relação empregatícia.

O brocardo da proteção visa garantir que não haja a transformação da mão-de-obra humana em mercadoria, ou seja, ele tenta evitar a coisificação do homem, de modo que o trabalho não seja um mecanismo para retirar a dignidade humana, mas uma forma de garanti-la. Uma vez que, segundo Delgado (2017b, p. 37), é através do trabalho que a maioria das pessoas se integra na sociedade capitalista que rege o mundo. Dessa forma, a valorização do trabalho e suas regras protetivas constituem uma das mais importantes e eficientes formas de proteger e engrandecer o próprio ser humano.

O princípio da proteção ainda é caracterizado pela intensa intervenção estatal nas relações entre empregado e empregador, que limitam a autonomia da vontade das partes (CASSAR, 2017, p. 169). Dessa forma, observa-se que até um princípio de origem civilista, como é o da autonomia da vontade das partes dentro do Direito do Trabalho em virtude da

desproporcionalidade da relação empregatícia, sofre intervenção estatal para que seja protegida a liberdade das partes e para que não haja sonegação dos direitos do empregado.

Todavia, é importante ressaltar que o principal brocardo do Direito do Trabalho tem sofrido diversas intervenções que, ao invés de promovê-lo e ampliar sua proteção, estão fazendo o oposto. Segundo Cassar e Borges (2017, p. 6), o princípio da proteção está atravessando um cenário de crise, pois o Welfare State que pregava essa proteção excessiva está enfraquecido devido aos cenários das crises econômicas. Em razão dessas crises, há uma tendência para a desproteção ou para uma proteção menor destinada ao empregado. Ou seja, as crises vivenciadas tendem a fazer com que a empresa seja priorizada e não o trabalhador.

Para encerrar o princípio da proteção, é necessário falar de três princípios que, segundo a doutrina majoritária, decorrem diretamente do princípio protetivo. Cassar (2017, p. 170) entende que o princípio da proteção do trabalhador se divide em: princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador e; o princípio da interpretação *in dubio pro operário*.

No entanto, Delgado (2017a, p. 214) entende que, na verdade, o princípio da proteção não se desdobra em apenas três dimensões. Para ele, a noção de tutela trabalhista e de retificação jurídica, que representa o princípio protetivo, abrange, essencialmente, todos os princípios especiais do Direito do Trabalho. Sendo assim, não haveria como desassociar o princípio da proteção dos demais brocardos do direito trabalhista, pois todos eles criam, no âmbito de suas abrangências, uma proteção especial para os interesses contratuais do empregado.

Ainda assim, majoritariamente, a doutrina, como a de Nascimento (2011, p. 455) e Cassar (2017, p. 170), dentre outros, utilizam, ainda que para fins didáticos ou por concordarem com essa divisão, a ideia de que o princípio da proteção se desdobra em três.

a) Princípio da aplicação da norma mais favorável

Segundo Delgado (2017a, p. 214/215), o princípio da norma mais favorável determina que o operador do direito deve optar pela regra mais favorável ao empregado em três situações distintas, quais sejam no instante de elaborar a regra (princípio orientador da ação legislativa), no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de norma trabalhista) ou no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). Para o autor, na visão mais ampla, entende-se que o princípio atua em tríplice dimensão dentro do Direito do Trabalho, sendo ela informadora, interpretativa e hierarquizante.

Enquanto na fase jurídica, Delgado (2017b, p. 139) afirma que o princípio da norma mais favorável atua como critério de hierarquia de regras jurídicas e como princípio de interpretação. Em sua atuação como critério de hierarquia, ele permite que a regra mais favorável ao trabalhador seja eleita como a prevalecente, desde que observados certos critérios objetivos. Já como princípio de interpretação do direito, ele permite a escolha da interpretação mais favorável ao empregado em situações que sejam apresentadas ao intérprete duas ou mais interpretações em face de uma determinada regra jurídica.

Já, na fase pré-jurídica, o princípio age como critério de política legislativa, influenciando o processo de construção desse ramo jurídico. Seria a sua função essencialmente informativa, sem caráter normativo, agindo como verdadeira fonte material do Direito do Trabalho. Essa influência é muito importante, especialmente nos contextos políticos democráticos, pois busca evitar diplomas normativos que contradigam a direção civilizatória inerente ao Direito do Trabalho (DELGADO, 2107a, p. 215).

Para Cassar (2017, p. 179), o princípio da norma mais favorável pressupõe a prévia existência de um conflito entre normas aplicáveis a um mesmo trabalhador. Nessa situação, opta-se pela norma que for mais favorável ao empregado, pouco importante sua hierarquia formal. Ou seja, quando houve mais de uma norma aplicável a um determinado empregado, o princípio determina que seja escolhido por aquela que será mais favorável ao trabalhador sem considerar a hierarquia das normas.

Importante observar que, segundo Cassar e Borges (2017, p. 6), a Lei n. 13.467/2017 inverteu a lógica principiológica do brocardo ora estudado quando determinou a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção em seu artigo 620³³ da CLT (BRASIL, 1943). Entretanto, entendem os autores que a reforma trabalhista de 2017 não alterou por inteiro o teor do princípio da forma mais favorável, de modo que essas inversões são exceções ao princípio e só devem ser aplicadas nos casos previstos pelos artigos.

b) Princípio da prevalência da condição mais benéfica

Para Cassar e Borges (2017, p. 7), o princípio da prevalência da condição mais benéfica determina, em qualquer caso, que o trabalhador se encontre habitualmente inserido numa circunstância que seja mais vantajosa que uma situação anterior, prevalecerá a mais vantajosa, seja ela oriunda de lei, de contrato, de regimento interno ou de norma coletiva.

³³Art. 620 da CLT - As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

Dessa forma, todo tratamento favorável ao empregado, concedido, tácita ou expressamente, prevalece em detrimento da situação anterior, não podendo ser suprimido, pois se incorpora ao patrimônio do empregado como cláusula contratual ajustada.

Cassar (2017, p. 172) estabelece quatro elementos fundamentais para a aplicação do princípio da condição mais benéfica: deve haver uma condição mais favorável ao trabalhador que a legal ou contratual; deve ser concedida com habitualidade, exceto aqueles benefícios que sejam concedidos de forma expressa; deve haver a concessão voluntária e incondicional, e; não pode existir impedimento legal para a incorporação do benefício ao contrato.

Já Delgado (2017a, p. 217/218) entende que esse princípio importa na garantia da preservação da cláusula contratual mais vantajosa ao empregado, ao longo do contrato, que se reveste do caráter de direito adquirido – estabelecido no art. 5º, XXXVI³⁴ da CF (BRASIL, 1988). Frisando ainda que as cláusulas contratuais benéficas só possam ser suplantadas por novas cláusulas que sejam ainda mais favoráveis (DELGADO, 2017b, p. 149).

c) Princípio do *in dubio pro operário*

Para Cassar (2017, p. 182), o princípio do *in dubio pro operário* recomenda que o exegeta opte pela interpretação que seja mais favorável ao empregado, haja vista ser o lado mais fraco. Isso ocorrerá sempre que estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta. Em outras palavras, quando de uma regra surgir mais de uma interpretação para sua aplicação, desde que sejam interpretações coerentes e razoáveis, o intérprete deve escolher aquela que beneficiará o hipossuficiente.

Já Delgado (2017a, p. 227/228) tem um entendimento contrário a esse princípio. Entendendo que o *in dubio pro misero/operário* apresenta dois problemas: o fato de que já existe um princípio que abrange a dimensão temática dele e o fato de que ele entra em choque com os pressupostos de ônus das provas e do andamento processual imparcial.

Sobre o primeiro problema, Delgado (2017b, p. 181) entende que ele se tornou redundante e inútil. Isso porque sua dimensão principal, a qual determina que, em situações de confronto entre interpretações consistentes de certo preceito normativo, o juiz opte pela mais favorável ao trabalhador, já é abrangida pelo princípio da norma mais favorável.

Já o segundo problema, Delgado (2017a, p. 228/229) entende que essa seria uma debilidade que não pode ser ignorada. Ele rejeita firmemente qualquer aplicação do *in dubio pro operario* no âmbito do processo trabalhista, pois, dentro da dimensão processual, a

³⁴ Art. 5º (...) XXXVI da CF - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

diretriz provoca desequilíbrio ao processo de exame e valoração dos fatos trazidos à análise do juiz, de modo que tal diretriz não passa pelo crivo da cientificidade que se espera do fenômeno jurídico. Ademais, a teoria do ônus da prova no processo do trabalho e as vastas possibilidades de presunções já representam soluções melhores que a utilização do desequilíbrio probatório imposto às partes.

II) Princípio da irrenunciabilidade das normas trabalhistas ou princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Segundo Delgado (2017b, p. 143), alguns doutrinadores se utilizam da expressão irrenunciabilidade para tratar do princípio da indisponibilidade. Em outras palavras, pode-se afirmar que irrenunciabilidade das normas trabalhistas e indisponibilidade dos direitos trabalhistas são o mesmo princípio. Todavia, ele entende que o epíteto de irrenunciabilidade não contempla toda amplitude que o princípio aborda, pois ele não se resume a proibir a renúncia dos direitos laborais. Afirmando firmemente que para a ordem trabalhista não serão válidas a renúncia, nem a transação, caso importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador.

Para Cassar (2017, p. 205), é proibido ao empregado, como regra geral, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar seus direitos. Tal impedimento se fundamenta na natureza dos direitos previstos nas normas trabalhistas – normas de ordem pública, cogente e imperativas. Logo, irrenunciáveis e intransigíveis.

Já Delgado (2017a, p. 217) estabelece que o brocardo da indisponibilidade dos direitos trabalhistas está relacionado com o princípio da imperatividade, uma vez que ele traduz a inviabilidade técnico-jurídica do empregado se despojar das vantagens e das proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato, apenas pela manifestação de seu desejo. De modo que o estabelecimento da indisponibilidade intrínseca aos direitos trabalhistas pode ser a principal forma de o Direito do Trabalho buscar o equilíbrio, no plano jurídico, da discrepância clássica existente entre os sujeitos da relação de emprego no nível socioeconômico.

Contudo, é importante ressaltar que o princípio da indisponibilidade não é uma matéria pacífica dentro do Direito do Trabalho, especialmente após a reforma trabalhista de 2017, que trouxe diversas mudanças para permitir a transação de direitos laborais. Desse modo, observa-se o que Cassar (2017) e Delgado (2017a, 2017b) trazem sobre a indisponibilidade dos direitos do trabalho e o grau de sua abrangência.

Primeiro, é necessário entender o que é renúncia e transação. A renúncia é a declaração unilateral de vontade do titular do direito que atinge a esse bem jurídico certo e

atual e que causa a extinção do direito renunciado (CASSAR, 2017, p. 205). Já a transação é uma declaração bilateral de vontade, ou seja, entre duas ou mais pessoas e, segundo ela, recai sobre direito duvidoso, tendo como efeito, nesse caso, não a extinção do direito, mas a prevenção de um litígio. Cassar (2017, p. 206) observa ainda que a renúncia e a transação só podem versar sobre direitos patrimoniais. Logo, os direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado poderiam ser renunciados e transacionados.

De forma muito resumida, patrimoniais são os direitos que podem ser avaliados em dinheiro ou podem se atribuir valoração econômica; indisponíveis são os direitos que são controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade a fim de proteger o interesse público e; disponíveis são os direitos que os particulares podem dispor livremente através de simples manifestação de desejo ou interesse (CASSAR, 2017, p. 206).

Todavia, entende Cassar (2017, p. 206), que os direitos trabalhistas são indisponíveis, em regra, pois, devido à exploração humana realizada no período liberal do Estado, no qual ele não devia intervir nas relações privadas, houve a necessidade de se revalorizar o emprego para protegê-lo. Essa revalorização faz com que o Direito do Trabalho seja alçado aos textos constitucionais, consagrando-o como um direito fundamental da pessoa. Por consequência, houve uma limitação da liberdade contratual e dos poderes patronais.

Essa constitucionalização dos direitos laborais e seu enquadramento como direito fundamental social intensificou o caráter de indisponibilidade de suas normas, que se impõem aos cidadãos em suas relações interpessoais e interprivadas, funcionando como um limite à autonomia da vontade de negociar (CASSAR, 2017, p. 206). Em outras palavras, a consagração como direito de *status* constitucional aumentou a proteção dos direitos laborais de modo que essas garantias, em regra, são imperativas, restringindo a autonomia da vontade das partes e só permitem a negociação, transação ou renúncia quando expressamente autorizado em lei.

Por fim, Cassar (2017, p. 207) ainda estabelece que há os direitos disponíveis que são criados pelas partes através do contrato de trabalho, do regulamento interno da empresa ou das convenções ou acordos coletivos, de modo que imperam a vontade dos contratantes. Esses direitos criados pelos ajustes entre as partes podem ser transacionados, desde que não causem prejuízo direto ou indireto ao trabalhador – em virtude do princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Todavia, mesmo sendo possível a transação, a renúncia permanece inválida.

III) Princípio da imperatividade das normas trabalhistas

Segundo Delgado (2017b, p. 142), “De fato, não vigora, como regra, no ramo juslaboral o critério da autonomia da vontade, do qual deriva a prevalência de regras dispositivas no âmbito do direito obrigacional civil”. Ou seja, dentro do Direito do Trabalho, por mais que seja um ramo do direito privado, a autonomia da vontade não é plena dentro de seu regramento.

É verdade que há uma margem considerável de autonomia da vontade dentro das relações trabalhistas. Porém, como visto no princípio da proteção, em virtude da desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego, o Estado intervém em suas regras para proteger o lado mais fraco da relação. Por essa razão, a autonomia da vontade das partes fica mitigada dentro do Direito do Trabalho, não podendo ser exercida livremente.

Afirma Delgado (2017a, p. 216) que esse princípio estabelece que, no Direito do Trabalho, prevalece o domínio de regras jurídicas obrigatórias e não de regras dispositivas. Explica ainda que as regras do direito trabalhista são essencialmente imperativas. Assim, de maneira geral, não podem ter sua regência afastada pela simples manifestação de vontade.

IV) Princípio da inalterabilidade contratual lesiva

Segundo Cassar e Borges (2017, p. 11) e Delgado (2017b, p. 149), esse princípio tem origem no princípio do *pacta sunt servanda* do Direito Civil. Ou seja, estabelece que o contrato faz lei entre as partes e que, por essa razão, estão obrigadas a cumprir o contrato. De modo que não podem, em regra, alterá-los livremente no curso de seu cumprimento.

Delgado (2017b, p. 150) observa que o princípio de matriz civilista ao adentrar o ramo trabalhista teve que ser adaptado para se adequar ao Direito do Trabalho e poder ser utilizado, elencando que foram necessárias as seguintes modificações: o princípio perdeu a noção genérica de inalterabilidade, pois, no ramo trabalhista, as alterações favoráveis ao empregado são válidas e incentivadas no decurso do contrato. Além disso, atrelou-se à noção de inalterabilidade com as alterações desfavoráveis ao trabalhador, tornando rigorosa sua proibição e; a atenuação da *rebus sic stantibus*, pois, no ramo trabalhista, o ônus do risco do negócio é do empregador, independentemente do seu sucesso, as obrigações trabalhistas devem ser pagas.

Observam Cassar e Borges (2017, p. 11) que, em consequência do princípio da proteção, ao trazer o princípio da inalterabilidade contratual para o ramo trabalhista, a CLT vedou a alteração contratual, mesmo que bilateral, quando prejudicar o empregado, regra do art. 468 da CLT (BRASIL, 1943). Todavia, é sempre válido lembrar que esse princípio não é

absoluto, existindo exceções. em especial, as exceções que a reforma trabalhista trouxe, permitindo algumas alterações contratuais mesmo que prejudiciais para o empregado.

Por fim, salienta-se que não foram tratados todos os princípios trabalhistas. Em verdade, como o foco da pesquisa é a relação entre mediação e Direito do Trabalho, especificamente no presente tópico, discutiu-se se há incompatibilidade ou não dos seus princípios e se buscou apenas tratar dos princípios trabalhistas que, de algum modo, envolvem-se com o instituto da mediação.

3.1.2 Princípios da mediação

A mediação é um instituto que existe há muito. Porém, apenas em 2015 houve sua regulamentação dentro do ordenamento brasileiro através da Lei n. 13.140/2015 e do Código de Processo Civil. Em ambas as legislações, estabeleceram-se quais princípios guiarão o instituto de mediação. Acontece que, dentro do rol do CPC, foram estabelecidos alguns princípios que não foram listados no rol da Lei de Mediação e vice-versa. Desse modo, para não ignorar nenhuma das duas leis, serão observados os brocardos em comum dentro das duas normas. Em seguida aqueles que são estipulados apenas no CPC e os que são apenas na Lei de Mediação.

I) Princípio da imparcialidade ou princípio da imparcialidade do mediador

O Código de Ética do Mediador e do Conciliador, Anexo III da Resolução n. 120/2010 do CNJ, conceitua a imparcialidade como o dever que o mediador tem de agir sem preferência ou preconceito, de modo que assegure que seus valores e seus conceitos pessoais não interfiram no resultado da sua atuação, nem na compreensão da realidade dos envolvidos na disputa, segundo o art. 1º, III³⁵ do CEMC (BRASIL, 2010a).

Afirma Tartuce (2019, p. 226) que essa é uma diretriz essencial para todos os meios de solução de conflito. A imparcialidade representa o tratamento isonômico entre as partes e a ausência de envolvimento do facilitador com o conflito com os as partes. Sendo sua presença necessária tanto nos meios consensuais como adjudicatórios a fim de validar a atuação do terceiro como efetivamente imparcial.

³⁵Art. 1º da Resolução n. 125/2010 do CNJ – (...) III - 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 na disputa e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Para Cunha (2018, p. 10), o mediador deve agir de modo imparcial diante das partes, não devendo ter interesse no resultado em favor de qualquer um deles. Ressaltando que a aplicação de técnicas negociais pelo mediador com a finalidade de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição não fere o princípio da imparcialidade, uma vez que é dever do mediador atuar com a adoção de técnicas adequadas à obtenção do acordo.

Observa que a Lei de Mediação (BRASIL, 2015b) trouxe um cuidado para garantir essa imparcialidade dos mediadores. No caso dos mediadores extrajudiciais, o parágrafo único do art. 5º³⁶ trouxe o que Cunha (2018, p. 10) chama de “dever revelação”. Esta relação se apresenta como a necessidade de o mediador se revelar às partes, antes de aceitar sua função. Assim, deve informar qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito. Já no âmbito judicial, observa Tartuce (2019, p. 227) que o que ocorre é um procedimento semelhante aos incidentes de suspeição ou impedimento do juiz.

Em contraste com o que Cunha (2018) afirma sobre a atuação do mediador, Tartuce (2019, p. 228) afirma que o facilitador deve ter bastante cautela ao abordar as propostas realizadas pelas partes, pois sua função não é buscar o acordo. Ademais, o mediador, ao abordar as propostas, não deve manifestar nenhum juízo de valor sobre o resultado que entende ser o mais adequado para compor o conflito, nem influenciar ou decidir pelas partes. Uma vez que a manifestação de opinião do facilitador sobre as propostas pode influenciar as condutas dos envolvidos, podendo gerar a sensação de ter sido preterido, desanimando a parte quanto ao procedimento por uma suposta falta de ética do terceiro ou pode gerar um acordo artificialmente formado que não reflita a realidade nem os interesses das partes.

II) Princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia da vontade das partes

Apesar de não ser estabelecido como princípio pelo CEMC, o brocardo da autonomia da vontade vem estabelecido como regras do procedimento da mediação e da conciliação, elencado no art. 2º, II³⁷ do Anexo III da Resolução n. 125/2010 do CNJ (BRASIL, 2010a). A autonomia da vontade é o dever de respeitar os diversos pontos de vista dos participantes da

³⁶Art. 5º - Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

³⁷Art. 2º da Resolução n. 125/2010 do CNJ – (...) II - 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 e de interrompê-lo a qualquer momento;

autocomposição, assegurando-lhes que possam deliberar de forma voluntária e não coercitiva com liberdade para tomar suas decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo.

Para Tartuce (2019, p. 211), “O reconhecimento da autonomia da vontade implica na deliberação expressa por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais, deva ser tida como soberana”. Em outras palavras, entende-se que a autonomia da vontade trabalha como um espaço destinado e reservado para que a pessoa possa decidir sobre seus interesses e sua vontade, de modo que sua decisão seja respeitada inteiramente, caso não esteja indo de encontro aos ditames legais.

A mediação é um dos meios de resolução de conflito considerado democráticos por ser um procedimento no qual o indivíduo consegue decidir os rumos do conflito que lhe assola, bem como por protagonizar uma solução consensualmente construída. Isso acontece porque, ao incluir a pessoa como ator na abordagem da crise, há uma valorização da sua percepção e de seu senso de justiça, estabelecendo com isso a ligação entre dignidade, liberdade e autonomia da vontade das partes (TARTUCE, 2019, p. 212).

Por fim, resta apenas tratar sobre um ponto que Tartuce (2019, p. 212) também vincula o princípio da autonomia ao da voluntariedade, uma vez que para que a mediação exista, bem como, para que haja a conversa e a negociação, os participantes devem aceitar expressamente o caminho consensual e aderir às suas disposições desde o início até o fim do procedimento.

III) Princípio da confidencialidade

Para que os envolvidos no conflito possam expressar de forma aberta e transparente seus objetivos e expectativas durante a sessão de mediação é essencial que se sintam protegidos. Para isso, precisam ter alguma garantia de que tudo o que disserem não será usado contra eles em qualquer outra oportunidade (TARTUCE, 2019, p. 235). Coadunando com esse pensamento, Cunha (2018, p. 14) afirma que os participantes do procedimento de mediação só se sentirão à vontade para se expor e confiar ao mediador à conduta segura e serena de seus trabalhos, caso haja a confiança de que não serão prejudicados com aquilo que digam.

Dessa forma, o princípio da confidencialidade determina que, o que for discutido e mencionado dentro da sessão de mediação, manter-se-á em sigilo, de modo que nem o mediador, nem as partes podem divulgar ou usar as informações e os fatos fora do ambiente da mediação. Ou seja, os fatos alegados em mediação não podem ser usados como provas, argumentação ou defesa em eventual disputa judicial que venha a acontecer caso frustrada a tentativa de autocomposição (CUNHA, 2018, p. 14).

A Lei n. 13.140/2015 estabelece em seu art. 14³⁸ que as partes deverão ser alertadas pelo mediador sobre as regras de confidencialidade no início da primeira reunião de mediação e sempre que o mediador julgar necessário. Sobre a confidencialidade, também tratam os §§ 1º e 2º do art. 166³⁹ do CPC (BRASIL, 2015a). Estabelece-se que são confidenciais todas as informações produzidas no curso da sessão de mediação e que seu conteúdo não poderá ser utilizado para qualquer fim diverso daquele previsto por deliberação expressa das partes. Ademais, em decorrência desse dever de sigilo, nem os facilitadores, nem os membros de sua equipe poderão divulgar ou depor acerca de fatos oriundos da conciliação ou mediação.

A Lei de Mediação, em seu artigo 30⁴⁰ (BRASIL, 2015b), determina que toda informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial para terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for determinada por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. Como se observa, o *caput* do presente artigo traz três exceções à confidencialidade: pela autonomia das partes ao decidirem pelo não sigilo; pela divulgação exigida por lei e; pela necessidade de cumprimento do acordo.

A quarta exceção da confidencialidade está prevista no §3º do art. 30 da Lei de Mediação (BRASIL, 2015b). Ela ocorre quando a informação for relativa à ocorrência de um crime de ação pública. Pode-se notar que a Lei n. 13.140/2015 trouxe uma extensão maior para a confidencialidade que o CPC, abrangendo o mediador, as partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham participado, ainda que indiretamente, do procedimento de mediação. Estendendo-se desde declarações e opiniões até

³⁸Art. 14 da Lei n. 13.140/2015 - No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

³⁹Art. 166 do CPC - (...) § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (...) § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

⁴⁰Art. 30 da Lei n. 13.140/2015 - Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

(...) §3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

reconhecimento de fatos, manifestação de aceitação de propostas de acordo e documentos preparados unidamente para o procedimento de mediação.

Por fim, o art. 31⁴¹ da Lei de Mediação (BRASIL, 2015-b) estabelece que será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la aos demais, exceto se expressamente autorizado. Novamente, observando o poder da autonomia das partes mesmo em relação à confidencialidade.

IV) Princípio da oralidade

A mediação é um meio de solução de conflito que foca em restabelecer a comunicação entre as partes. Por essa razão, é desenvolvido através de conversa e de negociação, deixando claro que a forma verbal é a melhor configuração que esse procedimento poderia ter. Entende-se ainda que seu desenvolvimento deva ser através de questionamentos e afirmações, as quais buscam viabilizar um espaço de comunicação entre as partes para que elas possam expor suas percepções e contribuições para a disputa e, assim, elaborar propostas para solução (TARTUCE, 2019, p. 222).

Cunha (2018, p. 11) observa que o princípio da oralidade é aplicado para estabelecer a comunicação entre o mediador e os mediados, de modo que há a predominância das manifestações verbais. Nesse cenário, a atuação do mediador se destaca ao realizar perguntas, validar emoções e sentimentos, buscar reconhecer as questões e interesses das partes e em ajudá-las a se expressarem para serem entendidas e para entenderem umas às outras.

Tartuce (2019, p. 223) ainda vincula a oralidade com a técnica da escuta ativa da mediação, sendo por meio dela que se busca valorizar o sentido do que é dito, valorizando o que foi exposto pelo interlocutor. Desse modo, a oralidade na mediação a torna um espaço mais democrático, pois o indivíduo tem a liberdade de se expressar.

V) Princípio da informalidade

O procedimento de mediação deve ser ambientado em local informal, sem símbolos ou roupas solenes que possam inibir os interessados de participar. Além disso, deve ser desenvolvido de modo leve e com linguagem simples e de fácil compreensão, a fim de transmitir aos envolvidos conforto e confiança. É nesse ambiente que o mediador consegue

⁴¹Art. 31 da Lei n. 13.140/2015 - Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la aos demais, exceto se expressamente autorizado.

tranquilizar e demonstrar as partes que o conflito é um evento normal e que, de igual modo, deve ser normal resolvê-lo da melhor forma possível (CUNHA, 2018, p. 12).

Para Tartuce (2019, p. 218), o princípio da informalidade reflete no fato de que a mediação busca facilitar o diálogo entre as pessoas e por essa razão não pode ter regras fixas, não deve haver uma forma exigida para a condução de um procedimento de mediação, dando liberdade para o mediador e as partes construírem o procedimento da melhor forma a efetivar a comunicação entre eles. Ressalta-se que há algumas regras, como o princípio da confidencialidade e alguns outros, que servem para o bom andamento da mediação. Porém, esses não afetam na informalidade do procedimento, não criando uma rigidez de atuação do mediador ou das partes.

Por fim, estabelece Tartuce (2019, p. 219) que a informalidade na comunicação pode facilitá-la tanto entre as partes em conflito quanto entre elas e o mediador, uma vez que, com maior tranquilidade e descontração, há uma facilitação na conversa e pode ser que facilite o encontro de uma composição favorável a ambos os envolvidos. Além disso, a autora ainda afirma que, por se tratar de um meio que buscar restabelecer a comunicação, há a necessidade dessa flexibilidade dentro do procedimento, pois muitas vezes o caminho que será trilhado para tratar da controvérsia é conduzido por situações pessoais dos envolvidos e essas condições concretas são reveladas apenas naquele momento específico. Em outras palavras, o caso concreto pode variar com milhões de oportunidades de atuação do mediador e, por essa razão a sua atuação não deve ser travada ou fixada, pois poderia prejudicar a fluidez do próprio procedimento.

VI) Princípio da independência

O CEMC (BRASIL, 2010a) traz que um dos princípios fundamentais para a atuação do mediador é o princípio da independência que é o dever de atuar com liberdade, sem qualquer pressão interna ou externa que atrapalhe sua atuação. Ainda é permitido ao mediador recusar, suspender ou interromper a sessão quando entender que estão ausentes as condições necessárias para o seu desenvolvimento adequado. Ademais, o mediador não é obrigado a redigir acordo ilegal ou inexecutável⁴². Resta claro que tal princípio surge para proteger a atuação do facilitador.

⁴²Art. 1º da Resolução n. 125/2010 – (...): V- 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 inexecutável; (...).

Tartuce (2019, p. 221) afirma que o princípio da informalidade está conectado com o princípio da independência, de modo que só poderia a mediação ter seu procedimento informal se o mediador puder agir de forma independente. Ou seja, a atuação dos mediadores deve ocorrer com autonomia e liberdade, sem qualquer subordinação ou interferência.

Essa diretriz garante aos mediadores que possam desenvolver sua atividade sem sofrer influências capazes de prejudicar sua atuação perante às partes. Assim, permite que os facilitadores, durante a sessão, possam desempenhar de maneira autônoma a condução da negociação da forma mais vantajosa e no melhor interesse dos mediandos, contanto que sejam respeitados os limites legais, morais ou impostos pelos envolvidos (TARTUCE, 2019, p. 221).

VII) Princípio da decisão informada

Segundo o CEMC Brasil (2010a), o princípio da decisão informada estabelece que a parte seja plenamente informada sobre os seus direitos e sobre o contexto fático no qual está inserida⁴³. Para Cunha (2018, p. 17), o presente princípio determina que os envolvidos recebam informações quantitativas e qualitativas sobre o acordo que pretendem realizar, sendo esses envolvidos também advertidos acerca das possíveis implicações e dos riscos a serem assumidos.

Por outro lado, Tartuce (2019, p. 216) relaciona o presente brocardo com o da autonomia da vontade das partes. Entende-se que é dever do facilitador manter a parte plenamente ciente quanto aos seus direitos e sobre o contexto que está inserido. Porém, como o mediador não precisa ter formação jurídica, o princípio a decisão informada foca no esclarecimento sobre os direitos de aceitar participar da via consensual e das sessões. Ademais, não cabe ao mediador atuar como técnico quanto ao mérito da disputa, apenas checar se as partes conhecem dados suficientes para construir soluções consensualmente e que essas possam ser acolhidas devidamente como fruto de um consenso genuíno e inequívoco.

VIII) Princípio da isonomia entre as partes

Para Cunha (2018, p. 11), a prática do princípio ora estudado está relacionada com o fundamento da imparcialidade. Se o mediador é imparcial, ele conseguirá atuar de modo equilibrado, sem favorecer nenhuma das partes. Por essa razão, a imparcialidade é um ponto

⁴³Art. 1º da Resolução 125/2010 do CNJ – (...)II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

fundamental que o mediador deve ter, pois é através deste princípio que ele pode garantir um tratamento isonômico às partes, a fim de realizar uma autocomposição adequada.

Para que o procedimento seja isonomicamente adequado, deve o facilitador imparcial informar às partes sobre o perfil do procedimento da mediação, de modo que não haja nenhuma dúvida quanto ao teor das comunicações, além de esclarecer as consequências da celebração ou não de um acordo. O facilitador deve ainda checar se os mediandos conhecem os dados relevantes que devem ser levados em consideração em eventuais soluções construídas consensualmente, a fim de que esses resultados possam ser acolhidos como frutos de genuíno e inequívoco consentimento (TARTUCE, 2019, p. 239/240).

É de bom tom tratar sobre como o facilitador deve se portar ao se encontrar numa situação em que uma das partes esteja em disparidade de poder com relação à outra.

Nesse caso, Cunha (2018, p. 11) determina que a verdadeira atuação isonômica do mediador acontece, especialmente, quando ele não se limita a agir apenas com igualdade em relação às partes, como também quando ele atua para neutralizar as desigualdades e compensar as fraquezas da parte em desvantagem. Apenas neutralizando ou diminuindo as desigualdades é que o mediador promove a igualdade entre os envolvidos e reequilibra a posição das partes no procedimento destinado à autocomposição.

Todavia, Tartuce (2019, p. 241) tem uma visão bem menos ativa quando comparada com a apresentada por Cunha. Ela defende que, ao se deparar com uma discrepância de poder entre as partes, o mediador pode seguir dois caminhos. Quando a disparidade de poder é absolutamente desequilibrada e a parte mais fraca não tem nenhuma condição – não está representada por advogado, nem possui qualquer tipo de poder dentro da relação e nem conhecimento relevante –, o mediador deve informar que a mediação não é o caminho mais adequado para essa disputa, pois caso ele continue a fazê-la ou se tornará parcial tentando minimizar a diferença de poderes ou prejudicará a parte mais frágil ao tratá-la de modo igual que a parte mais poderosa (TARTUCE, 2019, p. 243).

Já, quando a disparidade de poder tenha como ser ajustada mediante a presença de um advogado ou quando se pode reequilibrar a relação ao fazer as partes analisarem a influência que ambas possuem através de estratégias para criar dúvidas sobre o verdadeiro poder das partes e obscurecendo suas supostas forças, nesse caso, Tartuce (2019, p. 242) entende que o facilitador deve atuar para tentar encontrar formas de restabelecer a igualdade entre as partes, sem proteger o lado mais frágil da relação, devendo o mediador informar às partes dos riscos de participar da mediação sem um advogado, além de esclarecer que o facilitador não é a

pessoa que deve proteger os interesses dos envolvidos, nem fornecer informações sobre seus direitos (TARTUCE, 2019, p. 242/243).

IX) Princípio da busca do consenso

Segundo Tartuce (2019, p. 230), a mediação tem como marca a realização de reuniões para promoção de conversas entre os envolvidos. Essa proposta busca abrir espaço para a comunicação e a cooperação das pessoas. Nesse caso, a cooperação ocorre quando uma das partes, entendendo que a melhor maneira de aumentar suas chances de alcançar o objetivo almejado é através da atuação em consenso, comporta-se de maneira a aumentar não apenas as suas chances, como a do outro. Em contraposição, ocorre a situação competitiva quando um dos participantes se comporta apenas a elevar suas próprias chances e diminuir a do outro.

A proposta da mediação é que o facilitador proporcione condições para que os envolvidos possam se engajar na conversa e compreender pontos úteis a serem trabalhados, de modo que trabalhem em conjunto e cooperativamente para solucionarem o problema que os levaram até o procedimento de autocomposição (TARTUCE, 2019, p. 230).

É importante observar a crítica de Tartuce (2019, p. 232) sobre a ideia de que a mediação deve ser voltada para a busca do consenso, ou melhor, necessita ser orientada exclusivamente para essa demanda. A busca do consenso faz parte de todo o procedimento autocompositivo e não apenas da mediação. Ademais, a mediação tem como finalidade principal o restabelecimento da comunicação. Desse modo, mesmo que não haja um acordo final, a mediação pode ter obtido sucesso em restabelecer o diálogo entre as partes.

X) Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé – classificada em objetiva ou em lealdade – deve orientar a mediação, a qual consiste na conduta das partes deve ser coerente, sem contradições, exigindo-se um conteúdo mais ético, que evite frustrações de expectativas legítimas. Ressaltando que o comportamento leal, coerente e transparente deve ocorrer em todas as etapas da negociação e do pacto de autocomposição (CUNHA, 2018, p. 16/17).

Para Tartuce (2019, p. 233), o princípio da boa-fé é indispensável e de suma relevância para a realização da mediação, uma vez que a boa-fé é o convencimento íntimo sobre a lealdade, a honestidade, a justiça e a integridade do comportamento realizado para os fins que ele é direcionado. Dessa forma, observa-se que o procedimento autocompositivo necessita de uma participação leal e uma real disposição para conversar como condutas para que a via

consensual possa se desenvolver de forma eficiente e satisfatória. Caso contrário, restará apenas em lamentável perda de tempo para todos.

3.1.3 Princípios trabalhistas e princípios da mediação: compatibilidade

Após observar os corolários tanto do Direito do Trabalho quanto da mediação, pode-se notar que, *a priori*, parece haver um choque entre o princípio da proteção e o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas com o princípio da autonomia da vontade.

Todavia, como será visto no próximo tópico, entende-se que não há uma afronta nem ao princípio da proteção, nem ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhista, pois, como se observa na fala de Delgado (2017a, p. 232), os direitos do trabalho possuem uma graduação em sua indisponibilidade, podendo ser absolutamente indisponíveis ou relativamente indisponíveis. Devido à regra de a mediação poder ser realizada com direitos indisponíveis transigíveis, entende-se que a mediação trabalhista pode ocorrer no caso de direitos relativamente indisponíveis.

É o que se entende da fala de Roxo e Bonaccorsi (2015, p. 234) ao afirmarem que somente os direitos de indisponibilidade relativa podem ser objetos de resolução de conflito pela via da mediação e que a mediação na área trabalhista, especialmente por ser usada com frequência no âmbito coletivo, adequa-se aos princípios e aos direitos laborais. Todavia, é importante ressaltar que as autoras queriam dizer que, entre os direitos indisponíveis absolutamente e os direitos indisponíveis relativamente, apenas esses últimos podem ser objeto de mediação, mas a mediação trabalhista também pode tratar dos direitos disponíveis patrimoniais do trabalho.

Há, certamente, uma mitigação do princípio da proteção e da indisponibilidade durante o uso dos meios autocompositivos de resolução de conflito para que o princípio da autonomia da vontade não seja tão restringido pela intervenção estatal. Ocorre que, com a reforma trabalhista, o princípio da autonomia da vontade está ganhando mais plenitude e menos restrição nas relações de trabalho, o que foi considerado como modernização. Dessa forma, parece que é seguro dizer que não há esse choque entre os princípios trabalhistas e os princípios da mediação.

Torna-se seguro afirmar que não há incompatibilidade entre os princípios da mediação e os princípios do Direito do Trabalho, especialmente ao se observar o que afirma Delgado (2017a, p. 1658/1659) sobre os métodos de resolução de conflito. Segundo ele, no âmbito do

direito individual do trabalho, os referidos meios se submetem aos princípios nucleares desses ramos especiais do direito, sob pena de ser invalidado pela mesma ordem jurídica que o criou.

Conclui-se que não faria sentido o legislador e o próprio CSJT regulamentarem mecanismos para ajudar na efetivação dos direitos trabalhistas que fossem de encontro aos princípios desse ramo jurídico especializado. Se fosse o caso, o que estaria acontecendo seria uma descaracterização dos ramos jurídicos. Porém, compreende-se que a mediação se adequou a todos os direitos trabalhistas, de modo que sua utilização não causará descaracterização nem violará o direito laboral.

3.2 QUANTO AO *STATUS* DOS DIREITOS TRABALHISTAS E OS DIREITOS PASSÍVEIS DE MEDIAÇÃO

Outro do ponto importante do debate sobre a compatibilidade entre a mediação e o Direito do Trabalho é a questão do *status* de seus direitos. A mediação, um meio de resolução de conflito extrajudicial por excelência, tratava apenas dos direitos patrimoniais disponíveis. Porém, com a promulgação da Lei n. 13.140/2015, houve a inclusão dos direitos indisponíveis transigíveis na lista de direitos passíveis de mediação.

Observando os princípios da irrenunciabilidade e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas é fácil entender que os direitos laborais sempre tiveram essa proteção de serem considerados indisponíveis, especialmente, no âmbito individual. Esse pensamento foi o majoritário até a reforma trabalhista de 2017, que mitigou a indisponibilidade dos direitos laborais e ampliou as possibilidades de o empregado negociar e dispor de seus direitos.

Ao que parece a reforma trabalhista acabou por adequar vários dos direitos laborais como passíveis de mediação, já que se encaixariam em direitos indisponíveis, mas transigíveis. Por essa razão é importante entender os conceitos desses *status* que são atribuídos aos direitos. Dessa forma, busca-se entender o que são direitos patrimoniais disponíveis, o que são direitos indisponíveis e a questão de sua transigibilidade, ou seja, se são transigíveis ou intransigíveis.

3.2.1 Direitos patrimoniais disponíveis

Afirma Mattos (2013, p. 50) que o direito subjetivo – o qual, segundo Gonçalves (2017), é a possibilidade de agir ou de exigir de outrem o cumprimento de algum interesse juridicamente protegido – pode ser dividido em direitos patrimoniais e direitos extrapatrimoniais. Esclarecendo ele que a diferença entre ambos é o caráter de transformação

em pecúnia que existe no primeiro. Logo, direitos patrimoniais seriam aqueles que são passíveis de valoração em dinheiro, ou seja, valor monetário; enquanto direitos extrapatrimoniais estão ligados a valores morais, como a vida e a liberdade.

De Plácido e Silva (2014, 1.378) define direito patrimonial como “(...) a designação de caráter genérico dada a toda sorte de direito que assegure o prazo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem apreciável monetariamente”. Dessa forma, entende o autor que o objeto do direito patrimonial é um bem que possa ser apropriado ou alienado ou que está em comércio. Assim, a definição de direito patrimonial se aproxima da ideia de patrimônio, ou seja, de bens, pois o bem é passível de uso, fruição ou alienação.

Por outro lado, Ferrajoli (2011, p. 20/21) não dá uma definição direta para direitos patrimoniais, mas os compara com os direitos fundamentais e elenca quatro diferenças estruturais entre eles: os direitos patrimoniais são direitos singulares, ou seja, têm um titular determinado e que exclui todos os outros de serem seus titulares; por natureza, são disponíveis, o que significa que podem ser negociados e alienados; são predispostos por norma, ou seja, são atos singulares que têm seus efeitos previstos por norma, de modo que não impõem a situação, apenas a regulam e; por fim, são horizontais dentro do ordenamento jurídico. O autor divide essa horizontalidade em dois pontos, o primeiro é que são direitos tratados entre pessoas do mesmo nível – ou seja, relações intersubjetivas civis – e o segundo é que eles representam um dever genérico e geral de não lesar o outro, que, quando violado, gera uma indenização.

Observando as definições e caracterização dos direitos patrimoniais, é compreensível perceber o porquê de a lei de arbitragem determinar que apenas os direitos patrimoniais sejam passíveis de arbitragem⁴⁴, já que eles são exclusivamente de seus titulares e, além disso, são, de modo geral, disponíveis. Também o CC Brasil (2002), ao tratar da transação, determinou que apenas os direitos patrimoniais de caráter privado poderiam ser transacionáveis⁴⁵. Isto implica na dedução lógica de que há direitos patrimoniais que são indisponíveis ou se encontram em um grau menor de autonomia da vontade de seu titular⁴⁶.

⁴⁴Art. 1º da Lei n. 9307/ 96 - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁴⁵Art. 840 do CC - É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Art. 841 do CC - Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

⁴⁶Há direitos patrimoniais indisponíveis, como o direito ao recebimento das férias e o salário, dentre outros na seara trabalhista e no direito civil, por exemplo, o direito do cônjuge sobre o patrimônio, que não chega a ser indisponível, mas a disponibilidade é diminuída já que depende também da outorga do outro cônjuge para que se possa dispor livremente do bem.

Sendo a disponibilidade uma das características elencadas por Ferrajoli sobre o direito patrimonial, é importante saber o que ela é. Mattos (2013, p. 53) vincula a disponibilidade com a possibilidade de “(...) o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo inter vivos ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito”. Enquanto De Plácido e Silva (2014, l. 731) define direito disponível como “(...) a espécie de direito subjetivo que pode ser abdicado pelo respectivo titular – contrapõe-se ao direito indisponível”. Tratando de modo mais dicotômico se refere ao direito que pode abdicar ou renunciar e àquele direito que não pode ser abdicado.

Todavia, definir o direito disponível como apenas o contrário do indisponível ou como apenas aquele direito passível de abdicação é limitar demais o seu significado. Por isso, observa-se o conceito de direito disponível segundo Carmona (2007, p. 56), para quem o direito disponível é o que “(...) pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do seu preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado que o infrinja”. Em outras palavras, a disponibilidade do direito permite que o dono daquele direito o exerça ou não segundo a sua vontade, uma vez que não há norma determinando como a pessoa deva agir quando, nem determinando consequências punitivas para o caso de o titular não agir conforme o preceito legal ordena.

Carmona (2007, p. 56) ainda entende que são disponíveis os bens que podem ser livremente alienados ou negociados, desde que se encontrem desembaraçados. Por essa razão, defende em sua argumentação que são arbitráveis, portanto, os direitos que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e que as partes possam livremente dispor do bem controvertido.

Entende-se, então, que direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que podem ser transformados em valor monetário ou que estão ligados a algum valor em pecúnia e que estão dentro da seara de disponibilidade e de autonomia da vontade de seus titulares. Nesse caso, esses direitos não afetam o interesse coletivo; por essa razão, o Estado não cria normas que obrigam aos titulares desses direitos a uma determinada forma de tratamento sobre eles, nem normas que os punam com nulidade de seus atos, caso não sejam observados seus preceitos legais. Dessa maneira, afirma-se que são direitos com alto grau de autonomia da vontade do seu titular.

Ao compreender que o direito patrimonial disponível é esse direito com um alto grau de autonomia da vontade do titular, é fácil entender porque ele é o direito mais comum de ser tratado nos meios de resolução de conflitos extrajudiciais, já que o princípio da autonomia da vontade das partes impera em todos os meios alternativos de resolução de conflitos. Isto

porque a premissa básica dos meios auto-compositivos é a de que ambas as partes devem ceder um pouco para que a controvérsia seja resolvida da melhor forma possível para ambas.

Em outras palavras, só se pode negociar algo que seja da pessoa e que não venha a afetar terceiros. Ademais, o valor pecuniário desses direitos patrimoniais facilita a negociação sobre eles, já que dinheiro é o bem mais fluído e fungível que há no mundo capitalista. Inclusive, pode-se notar, ao longo do tópico, que a disponibilidade está ligada, até certo ponto, ao patrimônio, uma vez que vários autores sempre se referem a direitos disponíveis como aqueles que podem ser alienados, sendo a alienação uma das marcas também do direito patrimonial.

3.2.2 Direitos indisponíveis (in)transigíveis

Por outro lado, existem direitos que não estão na seara de autonomia da vontade de seus titulares, eles são os direitos indisponíveis. Segundo De Plácido e Silva (2014, l. 731), estes direitos são contrários aos direitos disponíveis, ou seja, não permitem abdicação. Todavia, novamente, ela é uma definição limitada.

Ressalte-se que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um conceito legal para direitos indisponíveis. Todavia, de modo geral, compreende-se que são direitos que estão em uma categoria especial em razão de o interesse público entender que sua efetivação deve ser protegida e por isso se tornam irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares (VENTURI, 2016, p. 392). Em outras palavras, por serem considerados necessários para que a vida humana exista na sua melhor condição, o Estado estabelece que o titular daquele direito não pode exercê-lo ou deixar de exercê-lo livremente.

Por esse lado, observa-se que a principal diferença entre os direitos disponíveis e indisponíveis é que, no primeiro, não há uma matéria que o Estado necessite proteger para o bem dos interesses fundamentais coletivos; enquanto, no segundo, o Estado precisa proteger esses interesses para o bem da coletividade. Dessa forma, apesar de a pessoa ser titular do direito, ela não pode realizar plenamente sua vontade sobre ele, pois suas ações não afetaram apenas a ele próprio, como a toda a coletividade ainda que indiretamente.

Observa-se a fala de Martel (2010, p. 340) sobre a indisponibilidade proibir qualquer tipo de renúncia ou transação que “(...) diminuam ou afastam a incidência de um dado direito em face de terceiros. Então, parece haver uma tendência no sentido de ser a indisponibilidade ligada a comportamentos do titular que conduzem ao enfraquecimento do direito perante terceiros”. Nesse caso, o ato do titular do direito não afeta a terceiro; pelo contrário, diminui o

seu próprio direito, seja em face de terceiros ou apenas do próprio titular. Algo que o Estado não pode permitir que aconteça, já que esses direitos indisponíveis, em regra, são aqueles que garantem a vida digna, a qual é fundamento do próprio ordenamento jurídico. Um dos fundamentos é, inclusive, o fato de o Estado possuir o dever de promover e de proteger a dignidade humana.

Venturi (2016, p. 392) ainda afirma que a marca da indisponibilidade se revela uma legítima opção intervencionista do Estado no campo das liberdades individuais e sociais. Obviamente, uma restrição à autonomia da vontade da pessoa, a qual é feita para proteger tais direitos de lesões ou ameaças provenientes de seus próprios titulares ou de terceiros.

Comenta-se, brevemente, sobre a indisponibilidade dos direitos laborais, lembrando que esse é um dos princípios dessa seara do direito. Consoante Delgado (2017a, p. 232), a indisponibilidade dos direitos laborais para o empregado constitui regra geral do direito individual do trabalho, elencando alguns dispositivos da CLT (BRASIL, 1943) que marcam esse entendimento no ordenamento jurídico trabalhista: arts. 9º⁴⁷, 444⁴⁸ e 468⁴⁹. Acrescentando ainda os princípios da indisponibilidade, da irrenunciabilidade e da imperatividade dos direitos trabalhistas, os quais estabelecem que o empregado não pode renunciar a seus direitos laborais e que as normas do Direito do Trabalho são de obediência geral, ou seja, são imperativas, fazendo com que as regras laborais tenham *status* público.

Esclarecendo ainda que “Isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento” (DELGADO, 2017a, p. 232). Deixando claro que, na seara trabalhista, há uma forte intervenção estatal sobre a vontade das partes a fim de proteger o lado mais fraco da relação, o trabalhador. Todavia, dentro do Direito do Trabalho os princípios relacionados à indisponibilidade e à imperatividade das normas trabalhistas foram mitigados, reduzindo a intervenção estatal.

Apesar de a reforma trabalhista ter tido como consequência a mitigação dos princípios voltados para a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, é válido ressaltar que, mesmo antes da Lei n. 13.467/2017, havia a possibilidade de alguns direitos trabalhistas serem negociados,

⁴⁷Art. 9º da CLT - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

⁴⁸Art. 444 da CLT - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

⁴⁹Art. 468 da CLT - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

como, por exemplo, através das convenções e acordos coletivos, pois, no âmbito coletivo, a autonomia das partes é maior do que no âmbito individual do Direito do Trabalho.

Durante a explicação dos direitos disponíveis e indisponíveis, são recorrentes as palavras renúncia, transação, negociação, as quais são negócios jurídicos que envolvem concessão mútua de interesses e de direitos ou a desistência de exercê-los. Por razões óbvias, esses negócios jurídicos são, em regra, feitos apenas com direitos e interesses disponíveis, já que estão na seara de autonomia da pessoa; enquanto os direitos indisponíveis ficam a impossibilitados de sofrerem renúncia ou transação.

Naturalmente, há exceções e uma delas é exatamente a que está prevista o artigo 3º⁵⁰ da Lei de Mediação Brasil (2015b), que traz os tipos de direito que são passíveis de mediação, sendo eles: direitos disponíveis e direitos indisponíveis que admitem transação. Este é um ponto contrário ao que foi visto até agora, já que sempre que se trata de direitos indisponíveis as palavras associadas a ele são: intransigíveis, inalienáveis, inegociáveis e irrenunciáveis. Apesar dessa aparente contradição, o Estado permitiu que houvesse mediação de direitos indisponíveis com a condição de que, nesses casos, o acordo seja homologado em juízo com a participação do MP cumprindo o papel de *custus legis*.

Por fim, é importante observar que o conceito de transigível e de intransigível perpassa pelo de transação, uma vez que transigíveis são direitos que admitem transação e intransigíveis são direitos que não admitem transação. Para Delgado (2017a, p. 231), a transação é o ato bilateral com o qual se ajustam direitos e obrigações entre os acordantes, mediante concessões recíprocas que envolvem questões fáticas ou jurídicas duvidosas.

Como visto no capítulo anterior, seria uma forma de resolução de conflitos, no qual as partes trocam, exercem ou desistem de parte ou de todo de seu direito para porem fim a um conflito. Na visão civilista, como demonstra Pamplona e Gagliano (2017, 1.827), a transação é um negócio jurídico em que os interessados previnem ou terminam o litígio através de concessões mútuas, segundo o próprio artigo 840⁵¹ do CC (BRASIL, 2002).

Todavia, é válido ressaltar que ainda nos artigos que tratam sobre a transação, especificamente o artigo 841⁵² do CC (BRASIL, 2002), estabelece-se que apenas direitos patrimoniais de caráter privado podem ser transacionáveis. Lembrando que pelas

⁵⁰Art. 3º da Lei n. 13.140/2015 - Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

⁵¹Art. 840 do CC – É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

⁵²Art. 841 do CC – Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

características de Ferrajoli (2011, p. 22) esses direitos são, em regra, de caráter privado e estão dentro da liberdade de negociação do seu titular, ou seja, eles são direitos que derivam da autonomia do titular compreendidos pela sua disponibilidade.

A questão que fica marcada é: como direitos indisponíveis podem ser transacionáveis se o próprio instituto da transação determina que os direitos que permitem a realização do instituto são direitos patrimoniais disponíveis? Além dessa aparente incompatibilidade, é necessário entender que o critério seria usado para determinar os direitos indisponíveis que são passíveis de mediação e aqueles que não poderiam ser matéria de mediação por serem intransigíveis. É o que pretende se desbravar no próximo tópico.

3.2.3 Direitos indisponíveis transacionáveis: compatibilidade

Após compreender que direitos disponíveis são aqueles que o titular pode exercê-los livremente sem impedimentos ou punições do Estado e que direitos indisponíveis são aqueles que não estão na seara de autonomia do seu titular por se tratarem de questões que o Estado precisa proteger, é necessário trabalhar um pouco mais sobre o que diz o artigo 3º da Lei n. 13.140/2015 (BRASIL, 2015b).

Automaticamente, parece haver uma contradição na frase “direitos indisponíveis que aceitam transação”, já que os direitos indisponíveis são considerados irrenunciáveis e inalienáveis, ou seja, não admitem nenhum tipo de negociação sobre eles. Contudo, também é possível afirmar que a indisponibilidade não é absoluta; logo, poderá haver direitos indisponíveis que sejam transigíveis, especialmente se versarem sobre direitos patrimoniais ou que tenham alguma implicação patrimonial. Isto parece solucionar a aparente contradição.

Nesse sentido, trata-se da questão da aparente contradição que são os direitos indisponíveis que admitem transação e a problemática de como determinar quais direitos indisponíveis seriam transigíveis ou não.

Apesar de existir o entendimento de que a indisponibilidade não é absoluta, o conceito clássico de direitos indisponíveis sempre afastou a possibilidade de qualquer tipo de negócio jurídico desses direitos e, até hoje, o conceito clássico ainda é o predominante no entendimento jurídico, como pode se observar nas seguintes ementas:

TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL DIREITOS INDISPONÍVEIS.

No Direito do Trabalho, a transação extrajudicial não possui a eficácia liberatória geral, porquanto, diferentemente da lei civil, em que há, como regra, o equilíbrio entre as partes pactuantes, no Direito do Trabalho o empregado é hipossuficiente,

razão pela qual os direitos assegurados pela legislação são imperativos, cogentes e irrenunciáveis (BRASIL, 2018, on-line).

CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. TRANSAÇÃO ENTRE OS PAIS. RENÚNCIA À CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL.

1. Segundo dispõe os artigos 229 da Constituição Federal, 22do Estatuto da Criação e do Adolescente e 1.694 a 1710 do Código Civil, é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores, provendo o sustento, proporcionando recursos e meios para o seu desenvolvimento saudável.

2. É proibida a compensação do crédito de natureza alimentícia. Tal vedação legal reverencia a indisponibilidade do direito em voga, visto a essencialidade social do dever de alimentar.

3. Os atos de mera administração pelos pais dos interesses dos filhos somente podem ter seus limites ultrapassados quando comprovada a necessidade ou o evidente interesse da prole. Não é o caso dos autos.

4. Recurso conhecido e provido. Sentença anulada (BRASIL, 2017b, on-line).

Ressalte-se que, além dos textos supramencionados, existem outras decisões de diversos tribunais que vinculam a indisponibilidade com a impossibilidade de transação. Ainda que a visão clássica da indisponibilidade seja predominante, há, especialmente agora, uma forte tendência a desassociar a indisponibilidade da intransigibilidade, ou seja, uma busca para compatibilizar os direitos indisponíveis com a transação. É o que se depreende das leituras de Venturi (2016), de Costa e Santos (2019) e de Martins (2016).

Tais autores buscaram compreender e compatibilizar os direitos indisponíveis com a transação e, de modo geral, todos defendem a ideia de que não é porque um direito é indisponível que ele automaticamente é intransigível. Logo, é possível ocorrer a mediação de direitos indisponíveis transigíveis. Inclusive, Venturi (2016, p. 399) defende que a negociação dos direitos, mesmo os indisponíveis, é a melhor forma de garantir sua efetiva proteção.

Dos referidos autores, podem-se observar algumas teorias para afastar a noção de intransigibilidade da de indisponibilidade dos direitos, questionando que apenas o *status* de indisponível de um direito não pode justificar o impedimento da transação. Até porque, segundo Venturi (2016, p. 401) e Costa e Santos (2019, p. 218), já existe a transação de direitos indisponíveis como o direito ao meio ambiente, com o exemplo das negociações dos créditos de carbono ou como o próprio direito à liberdade, com o exemplo das delações premiadas. Ou seja, apesar de a doutrina e jurisprudência clássicas ainda compreenderem indisponibilidade como sinônimo de intransigibilidade, essa ligação parece ser ultrapassada.

Há algumas correntes que tentam harmonizar o conceito de indisponibilidade com o de transigibilidade, sendo duas delas as seguintes: a corrente que defende a intransigibilidade dos direitos indisponíveis, mas a transação de suas implicações patrimoniais/econômicas, ou seja,

do *quantum* e; a corrente que defende a ideia da classificação entre direitos relativa ou absolutamente indisponíveis – tese defendida por Delgado.

A primeira corrente é alto explicativa, uma vez que ela defende que, por mais que o direito indisponível não seja passível de transação, a consequência ou o reflexo dele, é. É a ideia defendida por Carmona (2007, p. 56) de que, apesar de existirem direitos indisponíveis, eles geram questões patrimoniais disponíveis que podem ser arbitradas, como o valor de uma pensão alimentícia.

Também é o que defende Scanove (2018, l. 29), trazendo o exemplo de que vários direitos da personalidade, ainda que indisponíveis, ao serem violados geram indenizações, as quais são passíveis de serem transacionadas. Uma vez que o autor entende que não estaria discutindo o direito indisponível em si, mas a indenização gerada por sua violação, que é disponível. “Assim, a disposição do aspecto econômico desses direitos é possível, mas os direitos seguem indisponíveis e intransmissíveis” (MARTINS, 2016, p. 18).

Afirma Martins (2016, p. 18) que essa corrente entende que somente as obrigações ou vantagens econômicas decorrentes dos direitos indisponíveis seriam consideradas transacionáveis, o que parece ser uma interpretação razoável do art. 3º da Lei de Mediação. Todavia, Martins (2016, p. 18) e Costa e Silva (2019, p. 219) entendem que essa não seria uma forma adequada de se estabelecer a conexão dos direitos indisponíveis com a transação, uma vez que é extremamente complicado e dificultoso conseguir observar e determinar os limites entre o conteúdo dos direitos indisponíveis e as obrigações dele derivadas. Apesar de essa corrente ter uma argumentação tecnicamente satisfatória e não contrariar os padrões clássicos estabelecidos a respeito do poder de dispor.

Em virtude da nebulosidade de conseguir distinguir o conteúdo do direito indisponível e suas obrigações, Martins (2016, p. 18) e Costa e Silva (2019, p. 219) entendem que é necessária outra corrente argumentativa para realizar a conexão entre direitos indisponíveis e transação. Dessa forma, observa-se a segunda corrente, a qual entende que existe uma graduação da indisponibilidade dos direitos, os quais podem ser direitos relativamente indisponíveis ou absolutamente indisponíveis.

Martins (2016, p. 18) adere a essa tese como a ideal para explicar a relação entre transação e direitos indisponíveis. Essa tese admite a existência de gradiente de disponibilidade a depender da extensão da tutela conferida a esses direitos pelo Estado. Dessa forma, a indisponibilidade estaria vinculada à subordinação do titular do direito ao controle do Estado, em maior ou menor grau, estabelecido dentro dos limites e dos parâmetros legais.

Ainda afirma que existiriam direitos de extrema indisponibilidade, que seriam aqueles em que a proteção do Estado tem que ser contundente para evitar prejuízos, como a liberdade.

Martins (2016, p. 19), interpretando a teoria de Passos, declara que a indisponibilidade absoluta se refere aos direitos que são impossíveis de serem dissociados de seu titular. Logo, não podem ser transigíveis; enquanto os de indisponibilidade relativa seriam aqueles que podem ser transigíveis, desde que haja o cumprimento de requisitos impostos pela ordem pública. Apesar de poderem ser transacionáveis, os direitos relativamente indisponíveis não são de livre dispor, de modo que a manifestação de vontade do titular só é válida se for realizada com o controle exercido pelo Estado, como estabelecido pela Lei de Mediação.

Dentro do âmbito trabalhista, há a tese de Delgado (2017a, p. 232), o qual determina que a indisponibilidade das normas laborais não possui a mesma rigidez e extensão, ou seja, dentro da própria categoria de direitos indisponíveis do trabalho, existem aqueles que são definitivamente indisponíveis e aqueles que são relativamente indisponíveis.

Os direitos imantados por indisponibilidade absoluta são aqueles direitos individuais trabalhistas que criam um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política e que, por isso, têm nível de interesse público ou ainda direitos que já tenham um interesse coletivo inerentes a eles. Já os direitos imantados por indisponibilidade relativa, são os direitos individuais trabalhistas que traduzem interesses individuais ou bilaterais simples, ou seja, que não caracterizam o padrão civilizatório mínimo exigido pela sociedade. Dessa forma, entende-se que as parcelas e os direitos relativamente indisponíveis aceitam transação, desde que não resulte em prejuízo para o emprego (DELGADO, 2017a, p. 233).

Todavia, essa divisão entre direitos relativa ou absolutamente indisponíveis também é alvo de críticas, especialmente por Cassar (2017), pois, a seu ver, não há na doutrina uma distinção uniforme entre direitos relativa ou absolutamente indisponíveis, nem quanto ao seu conceito, nem sobre quais seriam os direitos relativa ou absolutamente indisponíveis. Logo, cada autor conceitua do jeito que preferir (CASSAR, 2017, p. 211).

Cassar (2017, p. 207) critica ainda que Delgado tenha delimitado como patamar mínimo civilizatório três grupos de normas heterônomas que seriam os direitos constitucionais em geral; as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no Brasil e; as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora, por exemplo, a garantia do salário mínimo. O que lhe parece pouco.

Ressalta-se ainda que, na visão de Cassar (2017, p. 209/210), nenhuma das teses de direitos relativa ou absolutamente indisponíveis está correta. Pois, em seu entendimento, se a norma contempla um direito indisponível é sempre de forma absoluta, pois, se quisesse criar

uma exceção, ela teria sido feita no próprio texto legal, transformando-a num direito disponível.

Observa-se que apesar do posicionamento de Cassar (2017) ser mais benéfico ao empregado, pois restariam os direitos estabelecidos por lei sempre indisponíveis, salvo se determinado pela própria lei ao contrário, para a finalidade desse estudo o posicionamento de Delgado (2017a) parece ser, de fato, o melhor para compreender a utilização da mediação nos conflitos individuais trabalhistas. Todavia, continua válida a crítica de Cassar sobre a falta de critérios e uniformidade na definição de quais direitos seriam relativa ou absolutamente indisponíveis. A qual poderia ser pacificada através da lei específica da mediação laboral.

Em resumo, buscou-se compreender se havia alguma incompatibilidade na ideia de direitos indisponíveis transigíveis, constatando-se que, pela doutrina clássica, o conceito de um direito indisponível transigível é impossível, já que relaciona diretamente a intransigibilidade com a indisponibilidade. Porém, ressalte-se que, mesmo antes da Lei de Mediação, já havia aqueles que defendiam a possibilidade de transacionar os direitos indisponíveis ou suas obrigações.

Concluiu-se que a melhor forma para interpretar o estabelecido no artigo 3º da Lei n. 13.140/2015 é através da teoria da gradação da indisponibilidade dos direitos, que indica que haveria direitos relativamente indisponíveis e direitos absolutamente indisponíveis. Ficando a crítica de que não há uma definição determinada de quais são os direitos relativa ou absolutamente indisponíveis ou de critérios para estabelecer quais se encaixariam nas respectivas categorias.

3.3 A EXIGÊNCIA DE UMA LEI ESPECÍFICA PARA REGULAMENTAR MEDIAÇÃO TRABALHISTA

É importante tratar sobre a exigência do artigo 42⁵³, parágrafo único da Lei n. 13.140/2015 Brasil (2015b) de haver uma lei própria da mediação trabalhista.

Afirma Sampaio (2018, p. 223) que a Lei de Mediação, de forma muito louvável, ao se preocupar com a maior peculiaridade da matéria do Direito do Trabalho e até mesmo com os distintos efeitos que os acordos podem gerar dentro dessa área, determinou que a mediação relativa a conflitos trabalhistas fosse tratada por lei específica.

⁵³Art. 42 da Lei 13.140/2015 - Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

Como se pode notar, o legislador ao mesmo tempo que quis abranger os conflitos trabalhistas, não o quis fazer de qualquer modo, designando lei própria para tratar sobre as peculiaridades e as adaptações necessárias que a mediação deve ter para que seja aplicada de modo adequado dentro do Direito do Trabalho.

Em outras palavras, a lei específica, nesse caso, serviria como baliza para o procedimento de mediação trabalhista, sem afetar a informalidade e a autonomia do processo, e garantiria que a mediação fosse realizada de forma adequada à resolução dos conflitos trabalhistas e à efetivação dos direitos laborais.

Ademais, vale ressaltar que a lei específica sobre a mediação trabalhista ainda pacificaria as dúvidas e as controvérsias que há sobre a aplicação do método de resolução de disputas para os conflitos individuais trabalhistas.

Isto porque, por exemplo, a Lei de Mediação Brasil (2015a) determina que a mediação nas relações de trabalho deve ser regulamentada por lei própria, aplicando a ela, no que couber, as regras da Lei de Mediação. Por sua vez, a Resolução n. 174/2016 do CSJT Brasil (2016) determina que, para as controvérsias trabalhistas, apenas a mediação judicial é válida, ou seja, ela proíbe expressamente a mediação extrajudicial dos conflitos de trabalho. Enquanto isso, a reforma trabalhista de 2017, Brasil (2017a) traz um processo de homologação de acordos extrajudiciais sem determinar quais procedimentos podem gerar esses acordos, sem comentar sobre a autorização expressa da mediação ou da conciliação extrajudicial. Nesse sentido, pergunta-se: ao existir três normas sobre o mesmo fato – uma determinando a regulamentação, outra proibindo e outra que “indiretamente” parece permitir –, qual dessas é válida?

Outra questão que surge desse emaranhado de normas, a Resolução do CSJT (BRASIL, 2016) proíbe a mediação extrajudicial realizada por câmaras de mediação, contudo é permitido ao Ministério Público do Trabalho e ao antigo Ministério do Trabalho e Emprego – atual Secretária do Trabalho do Ministério da Economia – a realização de mediação extrajudicial dos conflitos coletivos de direito do trabalho, nesse caso, poderia o MPT realizar mediação extrajudicial dos conflitos individuais de trabalho? Poderiam os sindicatos realizar mediação extrajudicial dos conflitos trabalhistas?

Vários questionamentos surgem ao se tratar sobre o assunto, porém não restam dúvidas da necessidade de que seja promulgada a lei que regulamente a mediação trabalhista, pois é somente com ela que as controvérsias existentes sobre a aplicação do procedimento de mediação para os conflitos individuais laborais serão sanadas. De modo que possa a mediação

ser aplicada da forma mais adequada para que seja efetivamente um meio de resolução de conflitos que traga pacificação social e efetividade dos direitos laborais.

Ressalte-se que, como mencionado anteriormente, a reforma trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017a) não pode ser considerada como a lei própria que o art. 42 da Lei de Mediação exige. Em primeiro lugar, porque não é uma lei específica e, em segundo, porque se quer tratar sobre os procedimentos de resolução de conflito expressamente em seu texto.

Sobre o que seria uma lei específica ou lei própria, é necessário observar o posicionamento do STF, em especial o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Gilmar Mendes.

No acórdão da ADI 4.029/DF, relatada pelo Ministro Luiz Fux, a qual se tratava de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conserva da Biodiversidade, a Ministra Cármen Lúcia durante o seu voto expôs a seguinte definição para a lei específica:

(...) Ocorre que a Constituição, no artigo 37, IX, estabelece que só por lei específica pode ser criada autarquia. E eu não encontrei, na jurisprudência do Supremo, **o cuidado entre o que é lei específica** - porque o que for de lei complementar não pode vir por medida provisória. **O que for de lei específica seria uma lei que teria como objetivo uma matéria única**, mas também, às vezes, como processo único. Mas, de toda sorte, aqui, como a Constituição diz "**lei específica**", **quer dizer, a lei monotemática, aquela que só pode cuidar desse assunto**, pareceu-me que realmente não haveria. O que ficaria para a gente discutir – se fosse o caso, se fosse necessário, que não é, pela inconstitucionalidade formal – se poderia ter vindo por medida provisória esta matéria, já que a Constituição fala "**lei específica**", **entendendo-se aqui lei formal, lei no sentido formal**. Mas isso não foi cuidado pelo Relator, e, como a inconstitucionalidade formal por descumprimento do § 9º do artigo 62 é suficiente para a declaração de inconstitucionalidade, estou acompanhando (BRASIL, 2012, p. 56) (grifo nosso).

Em outro acórdão, o da ADI 64/RO, que trata sobre uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei n. 227/1989 do Estado de Rondônia, relatada pela própria Ministra Cármen Lúcia. Ela expõe, em seu voto, novamente, o entendimento de que lei específica seria lei monotemática:

(...) havendo de se entender por esta (lei específica) **a que se caracteriza por ser monotemática e dirigida a uma situação por ela específica**. Não há de considerar preenchida a exigência constitucional estabelecida naquela norma por uma lei que pudesse ser tida como um "cheque em branco legislativo", como se deu na espécie (BRASIL, 2010b, p. 11) (grifo nosso).

Todavia, como não há um conceito determinado do que é a lei própria ou lei específica, é natural que venha a aparecer conceitos que divergem do que foi apresentado pela

Ministra Cármen Lúcia. É o que acontece também no Informativo n. 782 de 2015 do STF. Esse informativo trouxe a decisão do plenário da ADI 5154/PA, relada pelo Ministro Luiz Fux, na qual o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2015c, on-line) explica que há uma diferença entre lei específica e lei de matéria exclusiva. A seu ver, quando a Constituição exige uma lei que regule exclusivamente uma determinada matéria, ela o faz expressamente. Desse modo, entende o Ministro que a lei específica pode versar sobre outras matérias que não sejam unicamente a determinada pela norma que a exigiu, desde que o faça de modo inequívoco, separando as matérias disciplinadas de forma clara, tratando-as autonomamente dentro da mesma lei formal, não haverá problema algum. Logo, essa lei continuará sendo uma lei específica, pois, ainda que trate de mais de um tema, os trata de modo autônomo e determinado.

Apesar da presente pesquisa não ter a finalidade de discutir a diferença entre o conceito de lei específica é fato que, seja ela uma lei monotemática ou uma lei que possa tratar de diversos temas de modo autônomo e inequívoco, a Lei de Mediação determinou que a mediação trabalhista seja regulada por lei específica, a qual ainda não existe.

Frise-se que a reforma trabalhista de 2017 não pode ser considerada como a lei específica que é exigida pela Lei de Mediação. Considerando a lei específica como lei monotemática, a reforma trabalhista de 2017 trata sobre diversos direitos laborais e, se ainda se considerar que a lei específica pode tratar sobre mais de um tema, desde que sejam os assuntos tratados expressamente e que haja a separação inequívoca dessas matérias, como observa Alves e Mendes (2018, p. 140), a Lei n. 13.140/2017 não faz nenhuma menção expressa à mediação, tão pouco regulamenta de qualquer forma como a mediação deve ocorrer nas relações trabalhistas e nem quando será utilizada. Limita-se, portanto, apenas a criar uma forma de homologação dos acordos extrajudiciais dentro do tribunal.

Pode-se alegar que, de modo indireto, a reforma trabalhista permitiu que os procedimentos de autocomposição fossem feitos extrajudicialmente, pois só há como ter um acordo extrajudicial se realizado uma autocomposição extrajudicialmente. Contudo, volta-se a afirmar que a Lei n. 13.467/2017 não é uma lei específica da mediação trabalhista e não cumpre o requisito do art. 42 da Lei n. 13.140/2015.

Por fim, observa-se que, apesar de existir um ato normativo – a Resolução n. 174/2016 do CSJT que trata sobre as audiências de mediação e conciliação judiciais –, a mediação extrajudicial trabalhista segue desregulamentada e, de certo modo, proibida, pois o único ato normativo que se refere expressamente sobre a mediação extrajudicial trabalhista a proíbe de

ocorrer – art. 7º, §6º⁵⁴ da Resolução n. 174/2016 do CSJT. Lembrando que dentro do Direito do Trabalho, deve-se aplicar a norma mais favorável para o empregado, não importando a hierarquia entre as normas. Porém, não parece ser válido proibir a mediação extrajudicial, o que deve ser feito, em verdade, é a promulgação da lei que trata sobre a mediação trabalhista e que possa, finalmente, sanar, se não todas, mas as principais dúvidas e controvérsias que o procedimento da mediação dentro do Direito do Trabalho gera.

3.4 A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

Por fim, é importante afirmar que a aplicação da mediação nas relações individuais do trabalho é válida. Uma vez que, como foi visto, ainda há certa dúvida acerca da utilização ou não desse mecanismo de autocomposição no âmbito individual do trabalho.

Guimarães (2015, p. 113/114) afirma que ainda há muito preconceito por partes dos doutrinadores e da jurisprudência juslaborais conservadora para a utilização dos meios de resolução de conflito, entendendo que esses métodos trazem prejuízo para o trabalhador. Todavia, entende a autora que, pelo contrário, a utilização dos meios de resolução de conflito, especialmente a mediação, traz uma ampliação do acesso à Justiça. Ademais, em razão de a mediação ser um meio de autocomposição seus resultados tratam efetivamente do verdadeiro problema, o qual pode ser solucionado com a participação real das partes.

A autora também adere ao entendimento de que todos os conflitos podem ser mediados, ainda que nem todos possam ser negociados, já que, para ela, ainda que não seja passível de transação, é possível que a mediação seja realizada na perspectiva de manter a harmonia na relação do trabalho (GUIMARÃES, 2015, p. 114). Exatamente porque a mediação, como visto, é, acima de tudo, um meio de restabelecimento de comunicação, no qual se escuta e se fala para ser entendido e se fazer entender.

De igual forma, Queiroz e Silva (2016, p. 299) estabelecem que os argumentos rígidos de que a indisponibilidade absoluta dos direitos individuais trabalhistas não é válida, como se pode visualizar pela explicação de Delgado (2017a) e pelas práticas forenses de conciliação. Desse modo, entende as autoras que a mediação pode ser aplicada tanto no âmbito do direito coletivo como no âmbito do direito individual do trabalho.

⁵⁴ Art. 7º da Resolução n. 174/2016 – (...) § 6º. As conciliações e mediações realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho somente terão validade nas hipóteses previstas na CLT, aí incluída a homologação pelo magistrado que supervisionou a audiência e a mediação pré-processual de conflitos coletivos, sendo inaplicáveis à Justiça do Trabalho as disposições referentes às Câmaras Privadas de Conciliação, Mediação e Arbitragem, e normas atinentes à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual previstas no NCPC.

Acredita-se que o direito individual poderá se beneficiar das virtudes da mediação, uma vez que é exatamente através deste tipo de conflito que a mediação consegue agregar vantagens para sua resolução por ter uma atuação setorizada e focada no âmago da controvérsia. O que se espera que gere o restabelecimento do convívio pacífico entre os sujeitos da relação de trabalho (QUEIROZ; SILVA 2016, p. 300).

Observa-se ainda o que diz Bastazine (2012, p. 143) que os defensores da não utilização da mediação nas relações individuais de trabalho se apoiam quase que exclusivamente na definição de que os direitos trabalhistas são indisponíveis. O qual, segundo o autor, claramente não é tão indisponível, uma vez que há a possibilidade de transacionar os direitos laborais durante processo judicial. Dessa forma, como também explica Freitas (2013b, p. 38), não há explicação lógica para que os direitos laborais sejam indisponíveis apenas para a mediação. Caso se faça valer a regra a indisponibilidade absoluta, devem ser observados os procedimentos autocompositivos tanto para os judiciais quanto para a arbitragem.

Resta claro que, se o único motivo para não se considerar a mediação como aplicável às relações trabalhistas individuais é a indisponibilidade dos direitos do trabalho, esse motivo é fraco. Uma vez que há a transação e, até mesmo a renúncia, de direitos durante o processo judicial com conciliação ou com a sentença. Além disso, haveria uma renúncia ainda maior com o caso da arbitragem. Porém, deve-se recordar que ela foi permitida para acontecer em dissídios individuais.

Logo, não faz sentido proibir um método mais vantajoso, mais democrático por ter a participação efetiva de ambas as partes envolvidas no conflito, mais célere, mais econômico e com menor probabilidade de gerar um descumprimento de acordo, apenas pela suposta indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas. Indisponibilidade que é mitigada na prática o tempo todo, às vezes em situações piores do que se tivesse ocorrido o procedimento da mediação.

Observa ainda o que dispõe Sena (2007, p. 97) sobre a utilização da mediação dentro do processo judicial trabalhista. Entende a autora que, por mais que não se possa garantir as condições completas da mediação típica, é certo que as técnicas de mediação devem ser aplicadas pelo magistrado do trabalho quando esteja atuando em sua função apaziguadora do conflito. Uma vez que, no conflito trabalhista, não só está prevista a possibilidade de o juiz realizar o juízo conciliatório, como é de crucial importância que o exegeta conduza essas tentativas com a escolha das melhores técnicas para o tratamento do conflito.

Por fim, Souza (2019, p. 437) afirma que após analisar, de modo superficial, o arcabouço normativo e doutrinário acerca da mediação se pode entender que esse método é,

há tempos, utilizado no processo do trabalho e faz parte da realidade dos conflitos trabalhistas, sendo, inclusive, disciplinado na legislação, apesar de ser quase sempre aplicado no âmbito coletivo. Apesar de a autora entender que a mediação extrajudicial em dissídios individuais não deve ser aplicada, não se impede sua aplicação judicial.

Resta claro que a mediação é compatível e aplicável ao Direito do Trabalho e às relações individuais, ainda que haja alguma resistência por parte da doutrina, especialmente no caso da mediação extrajudicial. Porém, é bastante evidente que o procedimento da mediação é compatível e utilizado no direito laboral como método eficaz de resolução de conflitos.

4 OS REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA MEDIAÇÃO REALIZADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em virtude do presente trabalho se dedicar ao estudo da mediação trabalhista dos conflitos individuais, faz-se necessário observar como a reforma trabalhista pode ter interferido ou impactado na mediação realizada no âmbito trabalhista.

Os principais reflexos da Lei n. 13.467/2017 não foram diretos. Em verdade, como a lei não cita em nenhum momento a mediação, pode parecer que não houve nenhuma implicação para o meio de autocomposição. Todavia, indiretamente, pode-se notar que a reforma trabalhista preparou um ambiente favorável para a mediação, uma vez que a Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017) não trouxe apenas a permissão para negociá-los – como é o caso dos direitos elencados no art. 611-A da CLT –, mas também estimula a utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflito – através da criação de uma jurisdição voluntária para a homologação de acordos extrajudiciais – e, ainda, aumenta a autonomia do empregado para que ele possa negociar diretamente com o empregador – por exemplo, a figura do empregado hipersuficiente do parágrafo único do art. 444 da CLT.

Ao observar o que Braghini, Simon e Santos (2019, p. 223) estabelecem resta claro que esse estímulo aos meios extrajudiciais de resolução de conflito não foi mera coincidência. Os autores destacam que um dos pontos de relevância do projeto de lei que gerou a Lei n. 13.467/2017 era a finalidade de estancar a excessiva litigiosidade das relações trabalhistas. Afirmando ainda que uma das formas que foi estabelecida para alcançar essa finalidade era a de estímulo à conciliação extrajudicial através do incentivo à composição entre capital e trabalho de modo prévio ao judicial. Desse modo, criou-se um procedimento de jurisdição voluntária sem que incorresse em empecilho para o amplo acesso ao Poder Judiciário – erro das Comissões de Conciliação Prévia – além de ter incentivado a arbitragem dos direitos individuais trabalhistas.

Definitivamente, não tem como ignorar os efeitos da reforma trabalhista de 2017, desde a ampliação da possibilidade de negociação dos direitos trabalhistas ao seu claro estímulo aos meios extrajudiciais de composição de conflitos que geram um ambiente favorável para a proliferação da mediação, judicial e extrajudicial, e da cultura de paz nas relações de trabalho.

Contudo, a reforma não pode ser vista como algo positivo, ainda que tenha, de fato, proporcionado alguns avanços. Por essa razão, é necessário observar seus efeitos na Justiça do Trabalho, especialmente se, de fato, a lei estudada afetou o ingresso de ações no tribunal,

além de outros impactos que podem ter ocorrido desde sua entrada em vigor até o presente momento. Por fim, é de bom alvitre observar a questão sobre a relação de desequilíbrio entre o empregado e o empregador, uma vez que essa disparidade natural da relação é um dos principais receios para a utilização da mediação nos conflitos individuais do trabalho. Além de ser uma das principais características da própria relação de emprego.

Dessa forma, tendo a necessidade de uma melhor compreensão do cenário jurídico em que o fomento da mediação nos conflitos trabalhistas se encontra, o presente capítulo se destina a explanar o porquê da relação empregatícia ser considerada desigual entre seus sujeitos; a observar como a reforma trabalhista estimula os meios de solução extrajudiciais e a analisar os impactos da reforma trabalhista nas ações judiciais, ou seja, na Justiça do Trabalho.

4.1 A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA: DESEQUILÍBRIO NATURAL ENTRE OS SUJEITOS DA RELAÇÃO

A doutrina trabalhista – Delgado (2017a), Cassar (2017), Nascimento (2011), Martins (2018), dentre outros – entende que o Direito do Trabalho é construído em decorrência das mudanças acarretadas pela Revolução Industrial e seu novo modelo econômico. É com essa mudança histórica que a forma de produção, outrora manufaturada, é substituída por máquinas a vapor, as quais forçam o homem (mais especificamente, o empregado) a se adaptar à velocidade de produção exercida pela máquina e exigida pelo mercado (VINCENTINO, DORIGO, 2013, p. 149).

A Revolução Industrial, a partir de seu novo paradigma de produção e consumo, criou não só um novo modelo de mercado, como também a separação entre o empregador – dono dos meios de produção – que planeja e dirige o negócio do trabalhador, aquele que executa o serviço e que não está mais vinculado aos meios de produção apenas ao serviço. Com essa separação entre ordem e obediência, estabelece-se tanto a própria relação de emprego como uma de suas principais características: a subordinação (DELGADO, 2017a, p. 91).

Ressalte-se que a Revolução Industrial e, mais a frente, o capitalismo significaram uma mudança drástica no modo de vida do homem, trazendo tanto o progresso da tecnologia, como também um cenário crescente e incontrolável de exploração do trabalho humano. Cenário esse que, segundo Cassar (2017, p. 11), foi o nascedouro do Direito do Trabalho, pois era através dessa situação de exploração da força de trabalho do homem, vendida como

mercadoria, que surge a missão do ramo justralhista de restabelecer o equilíbrio de forças dentro da relação empregatícia.

Ocorre que, nos primórdios da Revolução Industrial, a mercadoria força de trabalho humano era entendida como qualquer outra mercadoria – que poderia ser substituída facilmente e estava à mercê da demanda e da procura. Com esse pensamento, prevalecia a livre negociação entre duas partes juridicamente iguais que se determinava no contrato entre elas e que tratava sobre a troca de determinada quantidade de tempo trabalhado por determinado valor (CARVALHO, 2017, p. 82). É o que se chamada de coisificação do homem, que era tratado como mais um produto descartável.

Explicam Carvalho (2017, p. 82) e Ferreira (2012, p. 108) que, em virtude de a força de trabalho não poder ser separada da pessoa do trabalhador, ela não deve ser tratada como uma mercadoria qualquer. Caso contrário, gera condições de abusos e de exploração do homem pelo homem. Observa Carvalho (2017, p. 82) que há algumas razões para a existência dessa desigualdade estrutural na relação empregatícia: o fato de que, ao vender sua mão-de-obra, os trabalhadores não conseguem controlar a quantidade da mercadoria ofertada; a impossibilidade do trabalhador estocar sua força de trabalho e; o fato de que não tem como o trabalhador esperar por melhores condições de mercado⁵⁵ para oferecer sua mercadoria, pois ele possui necessidades muito mais urgentes – necessidade de sobrevivência.

Coadunando com o estabelecido por Carvalho (2017), por Ferreira (2012) e por Cassar (2017), Delgado (2017a, p. 88) explica que o Direito do Trabalho é um produto direto do capitalismo, uma vez que é com o surgimento desse sistema que se cria os elementos socioeconômicos, políticos e culturais que vão despontar nas conduções de fixação do Direito do Trabalho. Esses elementos determinam o dever que o ramo juslaboral tem de ratificar distorções econômico-sociais geradas pelo sistema capitalista e de civilizar a relação de poder que a dinâmica econômica cria na sociedade civil, em especial dentro da empresa ou do estabelecimento empresarial.

Do mesmo modo, Carvalho (2017, p. 82) alinha-se aos demais ao afirmar que sobre todo o Direito do Trabalho deve ser estabelecido a partir da admissão da desigualdade de forças existentes entre os sujeitos da relação, afastando-se da vertente puramente civilista e

⁵⁵Nesse caso, Ferreira (2012, p. 108) observa que devido à natureza estrutural do capitalismo é natural que, no mercado de trabalho, sempre existirá maior oferta do que procura por força de trabalho. Em outras palavras, a mão-de-obra sempre estará desvalorizada por existir uma “reversa” que seria a parcela de desemprego muito maior do que a parcela de empregos.

garantindo que não haja exploração da força de trabalho, a qual, lembrando, não pode ser separada da figura da própria pessoa.

Depreende-se da fala de Delgado (2017a, p. 54) que o Direito do Trabalho tem algumas funções. Porém, o autor entende que há duas funções centralizadoras do ramo jurídico estudado. Uma delas é a função teleológica do Direito do Trabalho, a qual existe em todos os ramos do direito, porém o direito trabalhista a eleva ao ápice. Essa função “(...) consiste na melhoria das condições de pactuação da força na ordem socioeconômica” (DELGADO, 2017a, p. 54). É ainda entendida pelo autor como um fundamento democrático e inclusivo para impedir que o livre império das forças de mercado exerça domínio sobre a regência da oferta e da organização do labor humano com o intuito de desmercantilizar a força de trabalho do homem dentro do sistema socioeconômico capitalista.

Por essa razão, essa função precisa estar incorporada a todo o sistema protetivo do Direito do Trabalho, desde seus princípios até os institutos do direito laboral. Contudo, esclarece Delgado (2017a, p. 54-55) que essa função central do Direito do Trabalho não pode ser compreendida apenas do enfoque do trabalhador isolado, devendo ter uma perspectiva e lógica coletiva. Ou seja, englobando uma categoria mais ampla dentro do universo de todos os trabalhadores, independentemente dos efeitos sobre o ser individualmente destacado.

Outra função que merece destaque é a de caráter modernizador e progressista dos elementos econômicos e sociais. Segundo Delgado (2017a, p. 55), o Direito do Trabalho, desde seu surgimento, realizou o papel de generalizar as condutas e os direitos alcançados pelos trabalhadores dos segmentos mais avançados da economia, de maneira a abranger todo o sistema de mercado de trabalho. Desse modo, o Direito do Trabalho realiza a distribuição de renda de modo mais equânime dentro da sociedade através da valorização do labor humano. Ao mesmo tempo, estimula o empresário a investir nas tecnologias de aperfeiçoamento da mão de obra, a fim de elevar a produtividade do trabalho de seus empreendimentos. “Assim induz o manejo das melhores potencialidades da inteligência e criatividade humanas em favor do avanço tecnológico da economia e também do avanço educativo da força laborativa que a integra” (DELGADO, 2017a, p. 55).

Em outras palavras, o autor entende que as duas principais funções do Direito do Trabalho é proteger a mão de obra humana para evitar sua mercantilização e, por consequência, a exploração do ser humano e instigar o progresso e a modernização socioeconômica através da distribuição equânime da renda e do estímulo ao dono dos meios de produção da busca pelo aperfeiçoamento e pela especialização de sua mão de obra. Essas duas funções estão presentes de modo enfático no princípio da proteção ao hipossuficiente,

exatamente porque elas justificam a atuação e, talvez, a própria existência do Direito do Trabalho. Lembrando que a missão ou finalidade do Direito do Trabalho se reflete no princípio da proteção que é exatamente o de reequilibrar o poder dentro da relação de emprego.

Outro ponto relevante a se tratar dentro da relação de emprego que estabelece essa disparidade material entre o empregador e o empregado é a subordinação. Apesar de haver diversos tipos de subordinação, a que ainda predomina na doutrina majoritária é a subordinação jurídica. Segundo Delgado (2017a, p. 92/93), a subordinação é o elemento que caracteriza as relações empregatícias e a diferencia dos demais contratos de trabalho. Observa-se que, em regra, nas demais relações de trabalho, não há essa relação de obediência e de submissão ou, em alguns casos, quando há não é com a mesma intensidade que há nas relações empregatícias. Isso porque, como observa Delgado (2017a, p. 92/93), é com a Revolução Industrial que o trabalhador passa a ser estruturado em categoria específica, amoldando-o para o modelo de relação de trabalho subordinado emergente, o qual serviria de núcleo motor do processo produtivo que caracteriza a sociedade mercantil.

Resta claro que é necessário compreender a subordinação, não apenas por ser a pedra angular da relação de emprego, mas, especialmente, porque a subordinação é o reflexo da disparidade de poderes do empregador e do empregado dentro da relação empregatícia. Segundo Delgado (2017a, p. 325), a subordinação consiste “(...) na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”. Em outras palavras, é o dever do empregado obedecer às ordens do empregador, as quais derivam do seu poder de direção.

Estabelece Cassar (2017, p. 252/253) que o poder de direção do empregador é a autoridade de comandar, escolher e controlar os fatores de produção da empresa, além de poder fiscalizar e punir os empregados a seu comando. Ela o subdivide em poder hierárquico ou de organização, o qual corresponde à capacidade do empregador de dirigir e estruturar econômica ou tecnicamente a empresa; poder disciplinar, a capacidade do empregador de aplicar punições aos empregados e; poder diretivo, que é a possibilidade do empregador dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador. Em contrapartida, a autora traz que a subordinação nada mais é do que o dever de obediência na conduta profissional do empregado, bem como a sujeição às regras e às normas estabelecidas pelo empregador. Ressaltando que há exceções para esse estado de dependência, como no caso de serem ordens ilegais ou abusivas.

Cassar (2017, p. 253) ainda ressalta que, apesar de nem sempre existir o mesmo grau de subordinação entre os empregados, ela sempre está presente em todas as relações de emprego, em algumas mais intensamente que em outras. Como é o caso dos altos empregados, que tendem a ter uma subordinação mais branda. A autora comenta ainda que, em regra, quanto maior a posição hierárquica do empregado ou quanto mais técnico ou mais intelectual for o trabalho, mais tênue tende a ser a subordinação do empregado.

O pensamento de Cassar, de que existe uma graduação de subordinação entre os empregados coaduna com o pensamento de Catharino (1972, p. 258) que, desde muito tempo, defendia essa variação de intensidade do dever de obediência dos empregados. Segundo o autor, não se deve tratar um empregado que tenha uma subordinação mais tênue – como é o caso dos altos empregados – de igual modo como se trata aqueles que possuem uma subordinação intensa. Isto porque, caso não exista essa balança entre a proteção entre os empregados menos subordinados e aqueles mais subordinados, o Direito do Trabalho estaria se contradizendo e não estaria realizando a sua finalidade de modo adequado. Em verdade, ele acredita que uma proteção legal que não seja diversificada de acordo com a intensidade do grau de subordinação se transforma num instrumento agravante de desigualdade.

Outro ponto que deve ser tratado sobre a subordinação, ainda que de modo breve, é a questão dos tipos de subordinação. Como dito, atualmente a subordinação é entendida como jurídica, ou seja, é um fenômeno que decorre do contrato e da normatização legal. Para Delgado (2017a, p. 326), a subordinação é derivada do contrato de trabalho e por isso tem caráter jurídico; porém, ressalta o autor, que a subordinação mantém, por suposto, o seu fundamento originário que é a assimetria social característica da sociedade capitalista. Ademais, traz as diversas posições doutrinárias que tentaram explicar a subordinação antes da sua fixação como fenômeno jurídico, sendo elas a dependência⁵⁶ econômica e a dependência técnica.

A dependência econômica ou subordinação econômica é, segundo Delgado (2017a, p. 326), a concepção tradicional de poder devido à disparidade econômica entre empregador – que estaria no topo da hierarquia estrutural – e dos empregados, que estariam em sua base. Já Cassar (2017, p. 254), estabelece que a subordinação econômica é a dependência que o

⁵⁶Apesar de alguns doutrinadores usarem, como Cassar (2017) e Catharino (1972), dependência como sinônimo de subordinação – inclusive, pelo fato de que no artigo 3º da CLT está escrito dependência –, Delgado (2017a) não as utiliza como sinônimos. Entende Delgado (2017a, p. 235/236) que dependência é ligada ao sujeito, ou seja, é uma forma subjetiva de contraposição ao poder de direção, enquanto a subordinação é uma forma objetiva. Segundo ele, a única forma de submissão ao poder do empregador deve ser objetiva, jamais subjetiva, pois isso se configuraria abuso por si só.

trabalhador tem do salário pago pelo empregador para sua subsistência. Em outras palavras, entende-se que a subordinação econômica seria o reflexo da necessidade do trabalhador em ganhar dinheiro para poder sobreviver e sua dependência do pagamento e do empregador para continuar sua existência – de preferência digna.

Contudo, Cassar (2017, p. 254) observa que, apenas de raro, pode haver empregados que tenham posses e patrimônios superior ao de seus patrões e, ainda assim, estariam subordinados ao patrão. Enquanto Delgado (2017a, p. 237) aponta que o problema dessa teoria é o fato de que, por mais que o fundamento da dependência econômica tenha irrefutável validade sociológica por ser um elemento externo da relação jurídica, apenas ele não explica de modo satisfatório o nexo da assimetria que é a relação poder de direção e subordinação. Ou seja, fica faltando outro elemento que justifique essa subordinação.

Já o critério da subordinação ou da dependência técnica, para Delgado (2017a, p. 237) e Cassar (2017, p. 253/254), explicava que o fenômeno da dependência surgia pelo fato de que o empregador monopolizava o conhecimento necessário para a produção dos bens que o empregado se encontrava inserido, de modo que assegurava um poder específico sobre o trabalhador. Nesse caso, o empregador detinha todo o conhecimento e o total domínio da técnica de produção ou do serviço para si. Todavia, como observa Delgado (2017a, p. 237), é gritante a fragilidade dessa teoria, pois não reflete a realidade da moderna empresa, uma vez que o empresário adquire a tecnologia e contrata os agentes que operarão a máquina ou realizarão as demais técnicas de produção, à medida que o empresário não as domina.

Em outras palavras, o empregador busca por empregados que tenham a *expertise* e o conhecimento que ele não possui, mas, em compensação, ele possui os meios de produção e o capital para adquirir as máquinas ou os serviços e recrutar aqueles que possam efetivamente pô-los em prática. Ficando claro que não é o conhecimento que estabelece a subordinação entre a relação do empregador e do empregado.

Apesar das intensas discussões sobre a subordinação jurídica não ser mais adequada para as relações de trabalho atuais – discussão que não será observada no presente trabalho –, a subordinação jurídica ainda é o entendimento majoritário da doutrina quando se refere às relações empregatícias, bem como é aquela que distingue as demais relações de trabalho da relação de emprego. Restando claro que toda relação de emprego é baseada na subordinação jurídica do empregado para o empregador, o qual, além de ter a maior força econômica, tem o dever de obediência e de submissão do empregado como contraprestação do seu poder de direção.

Retomando a discussão sobre a discrepância fática socioeconômica e de poderes entre os sujeitos da relação empregatícia, é válido observar ainda o argumento de que, como um sujeito coletivo, o empregador tem maior aptidão natural para impactar a comunidade de forma ampla ao realizar suas ações, enquanto o empregado, por ser sujeito individual, isoladamente não é capaz de produzir nenhum tipo de ação cujo impacto seja comunitário (DELGADO, 2017b, p. 136/137). Nesse caso, a força socioeconômica do empregador não atinge apenas o empregado, mas também sua comunidade em geral. O que o autor quis demonstrar é que uma simples ação do empregador, como uma demissão em massa, pode causar um impacto não apenas nos empregados dele como nas demais pessoas da sociedade. Nesse exemplo, há aumento de desemprego e de mão-de-obra disponível no mercado; enquanto o empregado sozinho não consegue impactar nem mesmo o empregador, quem dirá a sociedade à sua volta.

Importante tratar, de modo breve, do conceito de vulnerabilidade dentro do Direito do Trabalho. Especialmente, porque com a reforma trabalhista houve uma intensificação pela ideia de que a subordinação do empregado não é tão forte, mesmo antes da reforma já havia debates sobre novas formas de trabalho que não fossem subordinados ou de empregados com menor subordinação, como visto em Catharino (1972) e Cassar (2017). Todavia, ao mesmo tempo em que se discute esse novo patamar de relações em que os empregados não são tão subordinados assim, Alves (2019, p. 114) traz a importância de observar a vulnerabilidade do empregado que surge com a precarização do trabalho.

Segundo Alves (2019, p. 114), é importante observar a perspectiva da sociologia do trabalho para compreender a construção da vulnerabilidade trabalhista. Nesse caso, nota ele que a ideia de vulnerabilidade está correlacionada com a precarização do trabalho, fenômeno inerente ao capitalismo do final do século XX e início do século XXI, o qual pretendia afastar a interferência estatal nas relações trabalhistas. Relacionando, o autor, a vulnerabilidade social com as políticas neoliberais, desemprego, desigualdade social e exclusão. Como visto em Cassar e Borges (2017, p. 6), ao tratar sobre os princípios do trabalho, afirmando ela que com a nova demanda neoliberal houve a rejeição das políticas sociais e a intensificação da necessidade de afastar o Estado de seu papel de proteger direitos sociais fundamentais, como é o Direito do Trabalho.

Alves (2019, p. 118), que busca os conceitos de vulnerabilidade de outros ramos de direito privado como o consumerista, condensa o conceito de vulnerabilidade como o estado da pessoa que se encontra fragilizada ou, ainda mais especificamente para o ramo juslaboral, é “(...) a situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela

condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial” (ALVES, 2019, p. 120).

Relacionando, assim, o conceito de vulnerabilidade com a baixa capacidade do cidadão para superar dificuldades, em razão de situações que favorecem sua exclusão, com potencial impacto em sua subsistência e qualidade de vida, ou seja, uma diversidade de situações de riscos (ALVES, 2019, p. 114).

Para concluir essa breve análise sobre a vulnerabilidade, observa-se a diferença para com o hipossuficiente. Como já foi visto a hipossuficiência é inerente a todos os empregados; enquanto a vulnerabilidade não ocorre necessariamente com todos os trabalhadores. Consoante Alves (2019, p. 121), a hipossuficiente decorre da posição contratual do empregado como tal, já que, no plano fático, sua situação ante o empregado é de parte mais fraca da relação empregatícia, pois o lado patronal tende a ter maior concentração de poderes, por ser inerente a toda e qualquer relação de emprego, ela tende a ser padronizada. Por sua vez, a vulnerabilidade permite um maior espaço de subjetividade, pois não é padronizada, uma vez que trata sobre a perda da proteção e de situação de maior risco de ter lesão em sua esfera pessoal ou patrimonial de direito.

Por fim, observa-se também que, após a análise da relação de disparidade entre o empregado e o empregador, resta clara a necessidade do princípio da proteção para garantir o equilíbrio das relações trabalhistas. Por essa razão, verifica-se a necessidade de estabelecer medidas dentro da mediação que não reduzam a aplicação do princípio da proteção, mas que, pelo contrário, aumentem a paridade entre o empregado e o empregador. Especialmente porque um dos efeitos da reforma trabalhista foi o de diminuir a intervenção estatal na autonomia da vontade dos sujeitos da relação trabalhista e o consequente aumento da liberdade de fazer valer sua vontade e de se responsabilizar por ela.

Lembrando que a autonomia, especialmente do empregado, tradicionalmente sofria essa restrição estatal para protegê-la, a fim de evitar que o empregado renunciasse direitos de condições mínimas ao iniciar o contrato, no decurso dele ou ao final do contrato. Ainda assim, existia a autonomia das partes em criar direitos que não ofendessem aqueles estabelecidos legalmente.

Como observam Braghini, Simon e Santos (2019, p. 223), apesar da proteção estatal no Direito do Trabalho, suas normas não impediam ou negavam a autonomia da vontade. Em verdade, o que acontece é que, para garantir a livre manifestação de vontade do trabalhador, é necessário o contingenciamento dessa autonomia, especialmente nas etapas de formação e de execução do contrato. Tendo em vista serem momentos em que o estado de subordinação

jurídica – além do estado de vulnerabilidade – é mais intenso e, em regra, tenderia para o despojamento dos direitos mínimos essenciais para o trabalho decente e digno.

Contudo, como a reforma trabalhista segundo Arena (2019, p. 150) e Braghini, Simon e Santos (2019, p. 223) veio com a intenção de reduzir a judicialização das ações trabalhistas e, para tanto, era necessário que houve outro meio de composição das controvérsias, foi necessário que a Lei n. 13.467/2017 aumentasse a margem da autonomia da vontade, por parte especialmente dos empregados, para que pudessem ocorrer composições dos conflitos em meios extrajudiciais, pois os principais meios de autocomposição a autonomia da vontade é essencial para que se possa realizar o método.

Todavia, no caso, específico da mediação, especialmente da extrajudicial, importa observar que um de seus princípios é a equidade entre as partes, ou seja, o equilíbrio de forças entre elas. Este fator entra em choque com a própria ideia de relação desigual que o Direito do Trabalho é baseada. Por conta do atendimento ao princípio do equilíbrio entre as partes e do princípio da imparcialidade do mediador, será necessário estabelecer alguns critérios para garantir que o empregado não esteja em desvantagem no momento da autocomposição. Como, por exemplo, a exigência de um advogado que esteja auxiliando o empregado durante as sessões de mediação, não para tomar frente da sessão, mas para garantir que o empregado consiga compreender e fazer valer sua vontade. Sendo essa uma das opções que Tartuce (2019, p. 242) traz exatamente para que se combata a desigualdade entre as partes sem que o mediador perca sua imparcialidade.

3.2 A Reforma Trabalhista e a Homologação dos Acordos Extrajudiciais

Após compreender a discrepância de poderes entre o empregador e empregado, é necessário tratar sobre a Lei n. 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, e uma de suas modificações, que refletem, ainda que de maneira indireta, na mediação trabalhista. Ressalte-se que esse é o estímulo que a lei trouxe para a utilização de meios extrajudiciais de conflitos para resolução das disputas laborais através da criação de um procedimento para homologação judicial de acordos extrajudiciais.

É importante tratar sobre esse estímulo dos meios extrajudiciais porque, pelo que foi visto no capítulo anterior, a Lei de Mediação exigiu um código próprio que regulamentasse a mediação trabalhista, a qual não existe ainda. Por outro lado, a reforma trabalhista estimula e cria condições para que os conflitos trabalhistas sejam resolvidos por meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. De modo indireto, parece que a Lei n. 13.467/2017 tentou abarcar a

exigência que a Lei de Mediação fazia, o que, vale ressaltar, não aconteceu. Afirmando-se categoricamente que a reforma trabalhista não pode substituir a lei própria da mediação trabalhista. Todavia, de fato, ela cria um ambiente mais propício para a utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

Reforça-se apenas que a lei própria é entendida como aquela que trata sobre apenas um tema ou que, apesar de não ser exclusivamente sobre um único tema, ela trata sobre os temas de modo separada e inequivocamente, o que já exclui a reforma trabalhista como lei própria da mediação nos conflitos laborais, haja vista que a Lei n. 13.467/2017 não trata em momento algum sobre a mediação trabalhista diretamente, e tão pouco trata sobre um único tema. Além disso, não se pode dizer que o modo genérico e amplo que a reforma trabalhista tratou sobre os meios extrajudiciais de resolução de conflito – mesmo que a mediação seja um desses meios – suficiente para cumprir o requisito exigido no art. 42, parágrafo único da Lei de Mediação.

Contudo, é verdade que, com a reforma trabalhista, fomenta-se a resolução de conflitos por meios extrajudiciais, em especial para a conciliação extrajudicial e a arbitragem, bem como o que se observa em Schiavi (2017, p. 64) que entende que o procedimento da jurisdição voluntária é para homologação da conciliação extrajudicial. Todavia, ao se criar um ambiente mais favorável para a transação de direitos trabalhistas, ainda que *a priori* seja focada na conciliação, essa valorização dos meios autocompositivos ajudará a mediação trabalhista – especialmente a extrajudicial, já que a judicial conta com a ajuda da Resolução n. 174/2016 – a ser vista com mais naturalidade para a população em geral. Dessa forma, ajudando indiretamente a criar uma cultura de resolução de conflitos fora do Judiciário, o que beneficia a utilização da mediação nas controvérsias trabalhistas.

É importante iniciar o estudo do presente tópico antes de adentrar no procedimento de homologação de acordos extrajudiciais, tratando sobre a reforma trabalhista de modo breve. Apesar de ela já estar em vigor há dois anos ainda divide opiniões, em regra, dos estudiosos do Direito do Trabalho que tendem a entendê-la como uma legislação prejudicial tanto para o trabalhador quanto para o próprio Direito do Trabalho.

Como é o caso de Maior e Severo (2017, p. 57) que reafirmam que a reforma é ilegítima, uma vez que atende apenas aos interesses do mercado. Em outras palavras, foi uma reforma voltada apenas a beneficiar um dos lados da relação e, mais ainda, o lado que já é naturalmente mais forte, apenas reforçando esse setor. Ademais, acrescentam os autores que a lei em estudo foi realizada ao arrepio da regra básica de formação das legislações trabalhistas, que seria o diálogo tripartite, de modo que não houve o indispensável debate democrático, que

deveria anteceder todo o procedimento de criação e aprovação de uma lei tão importante. Ademais, relatam também que a lei continha uma afronta velada ao projeto do direito social.

Ao advogar que a lei da reforma trabalhista é ilegítima, os autores citados entendem que ela não deveria ser aplicada. Caso contrário, estaria apenas se naturalizando as afrontas que estão contidas nela, bem como a própria forma errônea como foi realizado seu procedimento. Como se extrai do excerto

Por ser ilegítima, a Lei nº 13.467/17, que resultou da reforma, **não deve ser aplicada, sob pena de se conferir um tom de normalidade ao grave procedimento em que se baseou**, que melhor se identifica como um atentado à ordem democrática e como uma ofensa ao projeto constitucional baseado na proteção da dignidade, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da prevalência dos Direitos Humanos, da função social da propriedade, da melhoria da condição social dos trabalhadores, da política do pleno emprego e da economia regida sob os ditames da justiça social (MAIOR; SEVERO, 2017, p. 57) (grifo nosso).

Contudo, Maior e Severo (2017, p. 58) constata que apenas denunciar os prejuízos que a reforma traria não seria o bastante para impedi-la, uma vez que seu debate ganhou uma notoriedade político-partidária e a argumentação de seus malefícios só serviriam para reforçar os embates políticos. Ademais, com a vitória da reforma na via legislativa, os autores entendem que restavam apenas duas opções para rejeitá-la. Se fosse de modo total deveria ser realizada a rejeição através da declaração de sua inconstitucionalidade, que, segundo eles, está cada vez mais distante de acontecer.

Considerando a baixa probabilidade daquela via, resta tão somente a opção de rejeitá-la parcialmente, ou seja, aplicá-la, uma vez que é uma lei promulga e vigente, porém não de modo literal. Para os autores, é dever dos aplicadores e dos estudiosos do Direito do Trabalho buscar interpretações juridicamente possíveis da Lei n. 13.467/17, tentando coibir os efeitos considerados nefastos da lei contra os trabalhadores. Como se observa no seguinte fragmento

(...) faz se necessário aos magistrados e juristas, lidando, no plano limitado do imediato, até para cumprimento do dever funcional de fazer valer a ordem constitucional e os princípios dos Direitos Humanos, buscarem os fundamentos jurídicos que impeçam que a Lei nº 13.467/17 conduza os trabalhadores, concretamente, à indulgência e à submissão (MAIOR; SEVERO, 2017, p. 58).

O entendimento que os autores citados apresentam é o de utilizar a lei estudada com o auxílio dos princípios e regras do Direito do Trabalho a fim de criar uma interpretação que não seja extremamente prejudicial aos trabalhadores. A ideia seria fazer o que os legisladores

deveriam ter feito ao criar uma lei, adequá-la aos princípios e regras daquele direito específico para não criar uma norma que contradiga o cerne do ramo jurídico do qual ela trata.

Já Carvalho (2017, p. 81) afirma que, com uma mudança tão grande na legislação trabalhista, desde a própria instituição da CLT, tornou-se difícil a análise de prever os impactos que ela terá. Por essa razão, não teria como antever o resultado final do conjunto da reforma trabalhista, já que ela criou, alterou e revogou diversos dispositivos, os quais, segundo o autor, podem acabar tendo atuações opostas entre si. Especialmente, segundo a crítica do autor, porque a Lei n. 13.467/2017 ao acelerar sua tramitação e tentar abranger o maior número de assunto possível pecou na organicidade. Em outras palavras, foi mal elaborada.

Carvalho (2017, p. 82) ainda estabelece que é função do Direito do Trabalho delimitar o espaço dentro do qual se pode haver uma livre negociação das partes, uma vez que a discricionariedade do empregador precisa ser restringida. O tamanho dessa delimitação espacial está vinculado ao grau civilizatório de cada sociedade. Logo, não pode ser algo imóvel. Dessa função há o dever do Direito do Trabalho de determinar as condições mínimas de trabalho decente, as quais devem ser invioláveis.

Esta noção é importante, pois, como afirma Carvalho (2017, p. 82/83), ao se realizar mudanças no direito laboral, elas devem ser feitas com muito cuidado, exatamente porque deve ser respeitado o dever do direito laboral de estabelecer essas condições mínimas. Nesse caso, o autor observou que a reforma trabalhista propôs uma legislação que busca apenas garantir o processo de negociação, retirando esse dever de delimitar as condições mínimas de trabalho decente, o que, segundo ele, pode gerar uma situação que haverá riscos contra as garantias de condições mínimas da dignidade humana do trabalhador.

Ou seja, propor que o Direito do Trabalho não busque mais o estabelecimento das condições mínimas de dignidade e, apenas, trate sobre o trâmite procedimental das negociações sobre esses direitos, pode gerar uma situação em que as condições mínimas não sejam respeitadas, visto que o importante é o processo de negociação e não o respeito às condições civilizatórias mínimas.

Contudo, diferente de Maior e Severo (2017) que entendem apenas pelo lado prejudicial e ilegítimo da reforma, Carvalho (2017, p. 90/91) observa tanto o lado negativo quanto o positivo. Segundo ele, os efeitos positivos da reforma dependem do sucesso das negociações coletivas e de um impacto positivo na produtividade, porque a reforma trabalhista visa criar maior produtividade, maior formalização e trazer maior segurança jurídica – em tese.

Carvalho (2017, p. 89/90) relaciona a produtividade com a valorização da negociação coletiva e com a representação dos trabalhadores na empresa, que são mecanismos que buscam melhorar o diálogo entre empregados e empregador, o que, em tese, aumentaria a duração dos vínculos e aprimoraria as condições e relações de trabalho. Todavia, observa o autor que, enquanto a reforma concede grande importância para a negociação coletiva, ao mesmo tempo ela cria diversos pontos que enfraquecem o poder de barganha dos trabalhadores e dos sindicatos, além de não acabar com os problemas existentes na legislação sobre a representação coletiva dos trabalhadores.

Do ponto de vista da formalização, Carvalho (2017, p. 91/92) a relaciona diretamente com a produtividade e não com a diminuição dos encargos para a formalização. Segundo seus estudos, o que ocorre com as firmas informais é que elas possuem baixa produtividade, além de serem gerenciadas por empreendedores desqualificados ou pouco qualificados e que acabam por permanecer na informalidade para sempre. Por essa razão, as políticas públicas procuram reduzir o custo da formalidade para seu fomento, mas acabam sendo pouco efetivas, já que a transformação da firma informal para a formalidade depende mais da sua evolução produtiva e do desenvolvimento econômico. Observando o autor que

Dessa forma, dada a relação que a informalidade possui com a produtividade das firmas, se a reforma trabalhista, em seu conjunto, representar um enfraquecimento dos trabalhadores, pode não apresentar os efeitos esperados sobre a formalização, mesmo com a flexibilização da legislação (CARVALHO, 2017, p. 92) (grifo nosso).

Acrescenta o Carvalho (2017, p. 91) que, se a maior parte da redução dos custos trabalhistas ocorrerem por conta da redução em direitos, como a redução da remuneração das horas trabalhadas; a substituição de jornadas integrais por intermitentes; a ampliação do uso de banco de horas e de compensações a fim de reduzir o pagamento de horas extras; dentre outros, o impacto da reforma no bem-estar do trabalhador será negativo. Contudo, se a reforma conseguir ampliar a formalização sem precarizar os postos já formalizados, então o impacto será positivo.

Por fim, sobre a segurança jurídica, Carvalho (2017, p. 92) observa que é um ponto que possui bastantes contradições que por sua vez, criam incertezas sobre como se delineará esse resultado final. O autor trata que a reforma trabalhista busca combater o problema da litigância de má-fé, mas que acaba indevidamente criando dificuldades aos litigantes de boa-fé.

Ressalta ainda a prática das empresas em “(...) não cumprirem suas obrigações para proporem acordos com descontos no momento da disputa judicial, tal prática pode ampliar-se com a substituição da correção monetária de multas e créditos trabalhistas do IPCA pela TR” (CARVALHO, 2017, p. 92). Ressalta-se que isso afetaria a segurança jurídica, dado que é mais benéfico monetariamente para a empresa desrespeitar a lei trabalhista e pagar posteriormente um valor que será menor.

Enquanto os textos de Maior e Severo (2017) e de Carvalho (2017) tratam da reforma trabalhista pouco tempo após a sua aprovação, Krein, Maracci e Freitas (2019, p. 638) observam os efeitos entre o ano 2017 a 2018, ou seja, após um ano de aplicação da reforma. Afirmam eles que, em 2018, o mercado de trabalho apresentou comportamento diverso daquele que os defensores da reforma trabalhista afirmavam que ela traria, ou seja, a criação de novos empregos e o aumento da formalização. Em outras palavras, a criação de um novo ciclo do mercado. Em verdade, o que ocorreu foi o contrário, as mudanças apenas reafirmavam tendências de diminuir o mercado formal de trabalho e aprofundar a desigualdade social.

Os autores ainda afirmam que a reforma trabalhista de 2017 aparenta ter como finalidade a institucionalização ou a legalização de diversas práticas precárias já existentes no mercado de trabalho, a exemplo da pejetização, terceirização, remuneração variável e da despadrão de jornada, dentre outros que vieram em decorrência de uma onda de flexibilização das relações de trabalho em 2015. Segundo os autores, o efeito dessa reforma foi mitigar a função de promoção social e de proteção do padrão de um mínimo civilizatório da Justiça do Trabalho e dos órgãos de fiscalização (KREIN, MARACCI, FREITAS, 2019, p. 641/642).

Após analisar dados do IBGE sobre desemprego e subocupação, Krein, Maracci e Freitas (2019, p. 650) afirmam que a reforma trabalhista não cumpriu suas promessas, uma vez que eles demonstram que a pequena diminuição que ocorreu no desemprego total foi pelo aumento de subocupações e não pelo aumento de empregos formais. Ademais, afirmam que permanece, mesmo após a reforma, a desestruturação do mercado de trabalho, bem como a ampliação das formas de ocupação que potencializam a vulnerabilidade social daqueles que trabalham – os subempregos e empregos informais de modo geral.

A reforma trabalhista não realizou nenhuma de suas supostas finalidades, como visto acima. Em verdade, os autores citados acreditam que ela trouxe apenas a legalidade de situações de vulnerabilidade, ou seja, apenas aumentou a flexibilização dos direitos trabalhistas e, ironicamente, aumentou a informalidade dos trabalhos. Por outro lado, a Lei n.

13.467/2017 também buscou estimular a utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflito – não se sabe dizer se para enfraquecer o Poder Judiciário trabalhista ou se, de fato, buscava fomentar a cultura de paz. Contudo, é uma porta que pode ser explorada para ser utilizada como forma de efetivação dos direitos trabalhistas.

Certamente, a reforma trabalhista de 2017, quebrando a tradição do direito laboral de intervir na autonomia das partes para criar uma situação de equilíbrio, buscou aumentar a autonomia da vontade das partes. Como afirmam Brzostek e Leite (2019, p. 12), o destino dos sujeitos da relação empregatícia foi depositado em suas próprias mãos pela Lei n. 13.467/2017, com a supervisão do juiz para garantir a higidez da vontade e o equilíbrio do negócio realizado. Em outras palavras, a reforma ampliou a possibilidade da negociação entre o empregado e o empregador, aumentando o espaço de autonomia das partes para que elas possam definir como a relação entre elas será gerida ou como solucionar os problemas que possam surgir no curso e no fim da relação.

Dessa forma, com a reforma, a autonomia de vontade dentro das relações trabalhistas se tornou mais parecida com a autonomia civilista, a qual, em regra, tem pouca ou nenhuma intervenção estatal sobre ela. Porém, como visto ao tratar sobre os princípios laborais e sobre a relação de subordinação do empregado, a autonomia da vontade das partes, no direito laboral, é limitada pela intervenção do Estado a fim de garantir condições mínimas de dignidade para o trabalhador. Ou seja, é um mecanismo de proteção para o sujeito mais frágil da relação empregatícia. Por essa razão, permitir que a autonomia das partes seja novamente irrestrita poderia gerar a situação de exploração legalizada da força de trabalho do ser humano, como ocorreu no início da Revolução Industrial.

No entanto, apesar de a reforma trabalhista reduzir consideravelmente a intervenção estatal na autonomia das partes, ela não a retirou por completo. É o que se pode deduzir, inclusive, da própria ideia de um mecanismo de homologação judicial de acordos extrajudiciais. Ou seja, apesar de as partes terem uma autonomia maior para realizarem acordos extrajudicialmente, devem passar pelo crivo do Judiciário para lhe auferir validade. Consoante Bebbber (2017, p. 80), o qual afirma que os efeitos do acordo extrajudicial, no caso do Direito do Trabalho ficam latentes até a sua homologação judicial, somente sendo liberados após ela. Nesse caso, a chancela do Judiciário serve como um requisito de validade para o acordo, garantindo que não há nenhum vício ou prejuízo para o direito das partes.

A reforma trabalhista (BRASIL, 2017), Lei n. 13.467/2017, criou desde o artigo 855-B até o 855-E para tratar sobre o procedimento de jurisdição voluntária para a homologação de

acordo extrajudicial, além de acrescentar a alínea “f” no art. 652⁵⁷ da CLT, a qual trata sobre a competência da Vara do Trabalho para homologar acordos extrajudiciais que versem sobre matéria que compete à Justiça do Trabalho.

Consoante Schiavi (2017, p. 64), a jurisdição é dividida em contenciosa, aquela que pressupõe uma lide e trata de dirimir os conflitos através de decisão imposta coercitivamente e a voluntária é a jurisdição que se caracteriza como a administração de interesses privados pelo Estado. Nesse caso, como não há conflito e sim consenso, chamam-se os particulares de interessados e não de partes, pois não há lide.

Para Bebber (2017, p. 74), a jurisdição – sendo a atividade, o poder e o dever estatal exercido por órgãos independentes e imparciais – não está necessariamente dividida em contenciosa e voluntária. Na verdade, ela abriga suas funções do Estado, a de resolver os conflitos de interesses – através de uma sentença de mérito que irá declarar o direito ou através da prática de atos materiais que forçarão o direito a ser cumprido; a de tutelar interesses particulares – através da concorrência de vontade do Estado para gerar a condição de criação de validade ou de eficácia de certos atos da vida privada, como também a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma realidade jurídica; a eficácia de uma situação fática ou jurídica e; o exercício de certos direitos de alta relevância social, ainda que não seja considerados de interesse público.

Em outras palavras, a jurisdição voluntária é a administração dos interesses particulares pelo Estado, o qual gera a condição de criação, de validade e de eficácia dos atos da vida privada que envolva direitos de alta relevância social. Importante ressaltar que tanto Bebber (2017, p. 75) como Schiavi (2017, p. 65) defendem a ideia de que a jurisdição voluntária é jurisdição, criticando aqueles que afirmam que a jurisdição voluntária é mero ato administrativo por não existir uma lide nem uma decisão imposta pelo juiz. Afirmando Schiavi (2017, p. 65) que “A atividade dos órgãos do Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição voluntária, consiste em dar validade a negócio jurídico entre particulares que, pela importância e seriedade de que se reveste o ato, necessitam da chancela judicial”.

Observam tanto Schiavi (2017, p. 65) quanto Cassar e Borges (2017, p. 112) que, no ramo jurídico do trabalho, a jurisdição voluntária nunca foi muito forte. Em verdade, ambos os autores trazem poucos exemplos de quando, antes da reforma, era permitida a utilização de jurisdição voluntária na Justiça Laboral: no caso de homologação de opção pelo FGTS para

⁵⁷Art. 652 da CLT – Compete às Varas do Trabalho: (...) f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

empregados em regime de estabilidade decenal, da homologação de pedidos de demissão de empregados estáveis e dos requerimentos de alvarás judiciais para saque do FGTS.

Cassar e Borges (2017, p. 112) entendiam que, com a autorização do CPC/2015, para o juiz homologar acordos extrajudiciais em jurisdição voluntária, essa regra poderia ser aplicada ao processo do trabalho de modo subsidiário. Contudo, a posição deles não era majoritária e a matéria era controversa, de maneira que, com a inclusão dos artigos supracitados na CLT, a matéria se pacificou e, a partir da vigência da reforma trabalhista, o juiz do trabalho pode homologar qualquer tipo de acordo extrajudicial, desde que siga as poucas instruções dos artigos 855-B e seguintes sobre o procedimento.

O procedimento de homologação foi pouco detalhado pela Lei n. 13.467/2017, observando seus artigos, tem-se que o art. 855-B⁵⁸ da CLT (BRASIL, 1943) e seus parágrafos estabelecem que o processo de homologação do acordo se inicia com a petição única sendo protocolada, a qual deve obrigatoriamente constar a representação das partes por seus advogados, o qual não pode ser comum entre as partes segundo §1º do citado artigo. Já no §2º é facultado ao empregado que ele seja assistido por advogado do sindicato de sua categoria. O art. 855-C⁵⁹ da CLT (BRASIL, 1943) declara que o procedimento de homologação de acordo extrajudicial não prejudica o prazo estabelecido no art. 477, §6º da CLT – o qual trata sobre a quitação do contrato e do pagamento das verbas rescisórias em até dez dias, nem afasta a multa estabelecida no §8º deste mesmo artigo.

O art. 855-D⁶⁰ da CLT (BRASIL, 1943) determina o prazo de quinze dias para o juiz analisar o acordo, designar audiência – se necessária– e proferir sentença. Sobre esse artigo, observa-se a crítica de Silva (2017, l. 116) de que o legislador espera que o juiz priorize os acordos extrajudiciais e que resolva todas as questões relativas a ele – análise, audiência e sentença – em 15 dias. Afirma o autor que, apesar de o legislador insistir em colocar esses prazos céleres, quem determinará o ritmo do procedimento será a realidade, afirmando que não adianta o legislador prometer que será realizado em 15 dias se a pauta da Vara do Trabalho está com um tempo de seis a dozes meses de espera para uma audiência. O autor inclusive observa que o mesmo aconteceu com o procedimento sumaríssimo, que foi

⁵⁸Art. 855-B da CLT. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§1º. As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§2º. Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

⁵⁹Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no §6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no §8º do art. 477 desta Consolidação.

⁶⁰Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

estabelecido um prazo de 15 dias, mas que na realidade esse prazo é impossível de ser cumprido. Entendendo ser essa questão da homologação de acordo complexa demais para ser resolvida em 15 dias, bem como improvável com a distribuição anual de mais de três mil processos novos por ano.

Por fim, o art. 855-E da CLT⁶¹ (BRASIL, 1943) estabelece a suspensão do prazo prescricional da ação quanto aos direitos especificados na homologação de acordo extrajudicial a partir da petição. Em seu parágrafo único está estabelecido o retorno da contagem do prazo prescricional no dia útil seguinte ao trânsito em julgado da decisão denegatória da homologação do acordo. Novamente, observa-se a crítica que Silva (2017, 1. 116) faz, dessa vez, sobre o art. 855-E, de que apesar de ser uma ideia correta e racional, a suspensão do prazo prescricional será de pouca consequência prática.

Segundo ele, em regra, a maioria dos pedidos de acordo serão protocolados logo nos primeiros dias após a rescisão e a suspensão, nesse caso, faria mais sentido se o acordo fosse encaminhado após um ano ou quando a prescrição estivesse próxima de acabar, pois protegeria o empregado contra a fluência da prescrição bienal. Ademais, ele ressalta que será necessário pedir a suspensão da prescrição quinquenal também; porém, já adianta que ela provavelmente será esquecida com mais facilidade.

Tendo em vista o tema trabalhado sobre o acordo extrajudicial, é natural que seja necessário tratar sobre a transação. Todavia, como já se tratou da transação em capítulos anteriores, não é necessário retomar esse assunto, apenas observá-lo de modo breve.

Relembra-se que o acordo é formado por conta da transação, a qual, segundo art. 840 do CC, Brasil (2002), é a forma de extinção ou prevenção de litígios mediante concessão recíproca. Sempre focando na presença indispensável das concessões mútuas, segundo Brzotek e Leite (2019, p. 18), mesmo que não sejam imediatas ou claras. De igual modo, ressaltam os autores que, se não houver a pacificação de um litígio – ou a transformação de situação jurídica incerta em certa –, não há que se falar em transação. Logo, para que a transação e, por consequência, o acordo sejam válidos, é necessária a pacificação de um litígio, ainda que potencial, a existência de concessões mútuas e a validade do objeto do acordo – valendo o estabelecido nos arts. 9º da CLT e 166 do CC para os acordos extrajudiciais.

⁶¹Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.
Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Brzotek e Leite (2019, p. 22) afirmam que os vícios que causam anulabilidade ao negócio jurídico atuam como limite da transação, apesar de criticarem o art. 849 do CC (BRASIL, 2002) que determina que a transação só pode ser anulada por coação, dolo ou erro essencial quanto à pessoa ou a coisa controversa. Para os autores, qualquer causa que seja de anulação dos negócios jurídicos em geral também é causa de anulação da transação.

Nesse caso, Bebber (2017, p. 85) observa que a nulidade de qualquer cláusula da transação acarreta nulidade de toda a transação, em razão de ela ser essencialmente indivisível – não tem como uma concessão ser nula e a sua contraprestação não ser. Todavia, o autor faz a ressalva de que, se a transação (ou acordo, muitas vezes ambos são usados como sinônimos) versar sobre diversos direitos que sejam independentes entre si, a indivisibilidade fica restrita apenas a cada direito individualmente, de modo que se houver nulidade de um dos direitos os demais não são afetados.

Há ainda dois grandes pontos que devem ser tratados sobre o presente procedimento, um deles é sobre a questão da quitação do contrato no momento da homologação do acordo extrajudicial e o segundo se refere aos receios desse procedimento geral para o Direito do Trabalho: a sua semelhança com o golpe da casadinha e a possível transformação da Justiça do Trabalho em órgão homologador de acordo – o que parece compreensível quando se observa um aumento de 1.443, 8% na homologação de acordos extrajudiciais (HOTREX) entre um ano antes da reforma e os últimos doze meses (BRASIL, 2019b, online).

Inicia-se tratando sobre a problemática da extensão da quitação decorrente dos acordos extrajudiciais. Brzotek e Leite (2019, p. 26) observam que há três interpretações possíveis: a de quitação total do contrato; a de quitação apenas dos valores pagos e; a de quitação das verbas especificadas no acordo extrajudicial.

Há a quitação total ou ainda chamada de irrestrita ou geral que, segundo Brzotek e Leite (2019, p. 26/27), seria uma analogia ao que ocorre com as ações reclamatórias. Desde que seja recebida qualquer verba, nenhuma outra seria devida ao trabalhador. Essa corrente defende que deve ser assegurada a quitação total por respeito à segurança jurídica e à autonomia da vontade das partes. Atualmente, é a quitação defendida por parte do TST, especialmente pelo ministro Ives Gandra, como se observa na seguinte Ementa:

RECURSO DE REVISTA - ACORDO EXTRAJUDICIAL HOMOLOGADO EM JUÍZO - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - ARTS. 855-B A 855-E DA CLT - QUITAÇÃO - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. 1. Problema que sempre atormentou o empregador foi o relativo à rescisão do contrato de trabalho e da quitação dos haveres trabalhistas, de modo a não permanecer com a espada de Dâmocles sobre sua cabeça. 2. A **ineficácia prática da homologação da rescisão**

contratual do sindicato, em face do teor da Súmula 330 do TST, dada a não quitação integral do contrato de trabalho, levou a SBDI-2 desta Corte a não reputar simulada a lide visando a homologação de acordo pela Justiça do Trabalho, pois só assim se conseguiria colocar fim ao conflito laboral e dar segurança jurídica às partes do distrato (cfr. TST-ROAR-103900-90.2005.5.04.0000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT de 12/09/08). 3. **Para resolver tal problema, a Lei 13.467/17, em vigor desde 11/11/17, instituiu o procedimento de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho atinente à homologação, em juízo, de acordo extrajudicial, nos termos dos arts. 855-B a 855-E da CLT, juntamente com o fito de colocar termo ao contrato de trabalho.** 4. Da simples leitura dos novos comandos de lei, notadamente do art. 855-C da CLT, extrai-se a vocação prioritária dos acordos extrajudiciais para regular a rescisão contratual e, portanto, o fim da relação contratual de trabalho. **Não fosse a possibilidade da quitação do contrato de trabalho com a chancela do Judiciário e o Capítulo III-A não teria sido acrescido ao Título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho.** 5. Curial, ainda, trazer à baila, que a ideia que indelevelmente adere ao acordo extrajudicial é a de que, retirada uma das cláusulas que o compõem, a parte a quem ela favoreceria não faria o acordo. **A alternativa que caberia ao Judiciário, portanto, seria a homologação integral ou a rejeição da proposta, se eivada de vícios.** Tal entendimento resta corroborado pelo STF quanto à circunstância **de a validade do acordo depender da homologação integral ou de sua rejeição total, não podendo ser balanceado pelo Poder Judiciário** (Voto do Min. Teori Zavascki no leading case STF-RE 590.715/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 29/05/15) (...) **Assim, a atuação do Judiciário Laboral na tarefa de jurisdição voluntária é binária: homologar, ou não, o acordo. Não lhe é dado substituir-se às partes e homologar parcialmente o acordo, se este tinha por finalidade quitar integralmente o contrato de trabalho extinto. Sem quitação geral, o Empregador não proporia o acordo, nem se disporia a manter todas as vantagens nele contida.**(...) 11. Assim sendo, é válido o termo de transação extrajudicial apresentado pelas Interessadas, com quitação geral e irrestrita do contrato havido, nessas condições, que deve ser homologado. Recurso de revista provido" (BRASIL, 2019c, online) (grifo nosso).

Como se observa, a ideia da quitação geral é exatamente a de que a homologação do acordo serve, justamente, para dar quitação aos contratos e que, não havendo nenhum indício de vício ou fraude, deve ser realizada a homologação integral com quitação total do contrato de trabalho. Isso porque é essa segurança que o empregador procura através da homologação judicial de um acordo extrajudicial.

Todavia, Brzotek e Leite (2019, p. 28) entendem que a inclusão de direitos não postulados na petição inicial apenas é possibilidade de acordos realizados nas reclamações em curso, ou seja, no processo contencioso. De outro lado, não há como estender tal hipótese para os acordos extrajudiciais, pois esses são previamente e voluntariamente estabelecidos pelos envolvidos. Por essa razão, os autores entendem que não tem como dar quitação geral dos contratos por homologação de acordos extrajudiciais. Caso contrário, o empregado não teria como tratar sobre direito seu que não foi tratado durante a realização do acordo extrajudicial.

A segunda interpretação possível, consoante Brzotek e Leite (2019, p. 26), é a da quitação limitada aos valores pagos, a qual pode ser fundamentada pela total indisponibilidade

dos direitos trabalhistas durante o decurso contratual e após ele. Desse modo, o trabalhador não pode transacionar diretamente com seu empregador em nenhuma hipótese. Segundo os autores, esse posicionamento se assemelha à interpretação restritiva da Súmula 330 do TST. Todavia, essa interpretação ficou bastante apagada no meio da discussão acalorada entre as outras duas.

Por fim, a interpretação que tanto Brzotek e Leite (2019) quanto Braghini, Simon e Santos (2019), Arena (2019) e parte do Judiciário Trabalhista defendem como a mais adequada, a quitação das parcelas especificadas no acordo extrajudicial. “De maneira geral, a par das restrições adjetivas, o sistema de direito substantivo também acolhe naturalmente a quitação individual apenas dos direitos especificados na petição inicial” (BRZOTEK; LEITE, 2019, p. 29). Entende-se, portanto, que essa seja a melhor opção para o empregado, já que o acordo gerará quitação sobre os direitos que estão especificados no próprio acordo, de modo que haja uma segurança para o empregador e uma possibilidade do empregado em reaver qualquer direito seu que tenha sido “forçado” a desistir ou que apenas não sabia que possuía.

Ademais, Brzotek e Leite (2019, p. 29) observam que, segundo o art. 843 do CC, a transação deve ser interpretada restritivamente, além do fato de que o art. 855-E da CLT dispõe que o prazo prescricional está restrito aos direitos especificados na petição do acordo fica suspenso. Logo, há como o empregado mover ação contra o empregado por direito que não esteja especificado no acordo e na petição do procedimento de homologação. “Se a suspensão do prazo prescricional ocorre apenas no tocante aos direitos especificados, por decorrência, a quitação deve alcançar também somente esses direitos” (BRZOTEK; LEITE, 2019, p. 29).

Outro argumento que a vertente favorável à quitação apenas dos direitos especificados no acordo é o fato de que não há uma previsão legal expressa determinando que a homologação do acordo extrajudicial dê quitação total aos contratos. Segundo Brzotek e Leite (2019, p. 29), sempre que o legislador celetista decidiu pela quitação plena e geral do contrato ele a estabeleceu expressamente no texto legal. Como se pode observar:

RECURSO ORDINÁRIO PATRONAL. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE. A LEI N. 13.467/2017 PREVÊ EXPRESSAMENTE A POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. TODAVIA, O ACORDO NÃO PODE CONFERIR QUITAÇÃO GERAL AO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO, NÃO ALCANÇANDO MATÉRIAS QUE NÃO FORAM OBJETOS DE AVENÇA, NOS TERMOS DO ART. 515, 2º DO CPC. DIANTE DISSO, DEVE SER HOMOLOGADO O ACORDO CELEBRADO PELAS PARTES, PORÉM, RESTRINGINDO A EFICÁCIA DO CITADO ACORDO ÀS VERBAS NELE DISCRIMINADAS,

SEM A QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APELO PROVIDO, EM PARTE (BRASIL, 2019d, online).

Também Braghini, Simon e Santos (2019, p. 233) defendem que, durante a homologação do acordo, os efeitos devem ser apenas das parcelas discriminadas no acordo em análise e que, nesse caso, a quitação das verbas rescisórias deve ser prévia, inclusive, para que não se crie uma forma indireta de parcelamento dessas verbas. Já Arena (2019, p. 150) afirma que a homologação sindical da rescisão não pode ser substituída pela homologação do acordo extrajudicial, pois, segundo a autora, a intenção do legislador ao trazer a quitação geral dos contratos por meio da homologação do acordo extrajudicial era de esvaziar a Justiça do Trabalho, transformando-a num órgão de mera homologação.

É necessário que seja tratado sobre a segunda parte problemática do procedimento de homologação de transação extrajudicial. Apesar de o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial ser procedimento adequado⁶², há que se tratar sobre os dois grandes receios que surgem com esse instituto: o de que o Poder Judiciário se transforme apenas em um órgão de chancela de acordos extrajudiciais e o de que haja uma utilização indevida do instituto para dar validade aos acordos falsos ou fraudes em geral no intuito de apenas dar quitação aos contratos, como temem Silva (2017) e Leite (2017).

Silva (2017, l.117) constata que o que está ocorrendo é a “(...) oficialização da Justiça do Trabalho como órgão homologador das verbas rescisórias, *capitis diminutio* que parece agradar a vastos segmentos da sociedade”. Enquanto Leite (2017, p. 5/6) expressa que a oitiva das partes em audiência é indispensável para que o juiz verifique se há fraudes ou lides simuladas nos acordos extrajudiciais que lhe são peticionados para homologação. Caso contrário, se o juiz não buscar essa postura mais ativa de efetivamente analisar e adequar o acordo ao Direito do Trabalho, a Justiça do Trabalho será transformada em órgão homologador, que substituirá os sindicatos e o Ministério do Trabalho – já que a reforma retirou essa necessidade de homologação por parte dos sindicatos e do MT, das rescisões de contratos de trabalho. Arena (2019, p. 150) também observa que a intenção do legislador, ao disciplinar a homologação do acordo extrajudicial, era de reduzir as ações na Justiça do Trabalho, o que o tornaria mero órgão homologador. Por essa razão, o magistrado deve analisar com cuidado os acordos a ele encaminhados.

⁶²Em verdade, ao se fazer um paralelo com a Lei de Mediação, parece que a reforma trabalhista se inspirou no art. 3º da Lei 13.140/2015 que estabelecia a chancela do Judiciário para mediações que tratassem sobre direitos indisponíveis transigíveis, que, em regra, são os direitos trabalhistas. Ou seja, o Poder Judiciário, em ambos os casos, faz o papel de fiscalizar se o acordo realizado com esses direitos está atendendo ou não o patamar mínimo de dignidade da parte mais frágil.

Ao tratar sobre o procedimento de o Judiciário chancelar os acordos privados, Xavier (2018, p. 75) expõe que o tema deve ser visto com cuidado, pois, apesar de aparentemente valorizar o acordo, o que ocorre é uma burocratização do processo. Apesar de esse trabalho não concordar com a fala de Xavier, é interessante observá-la, pois, mesmo que gere uma burocratização dos meios extrajudiciais, ainda é uma forma de fiscalização que será muito necessária nesse momento.

Sobre o receio de que seja uma oficialização da lide simulada, ou seja, que o instituto seja usado para homologação de fraudes ou de acordos falsos, Leite (2017, p. 5) observa que será indispensável a utilização da audiência pelo juiz, isto é, a oitiva das partes e a ratificação dos termos do acordo extrajudicial. Isso porque o juiz precisará de todos os meios de fiscalização possíveis para garantir que não há lide simulada ou fraude; caso contrário, o Judiciário estará sendo o principal protagonista do desmonte do sistema de proteção jurídico dos direitos trabalhistas.

Essas audiências que Leite (2017) afirma serem indispensáveis se justificam quando, ao ler Silva (2017, p. 115) vê-se que, por vezes, durante as lides simuladas, chegava a acontecer o absurdo de o empregado sequer conhecer seu próprio advogado, em razão de ter sido contratado pela empresa ou, ainda, casos em que as partes realizam acordos antes da citação do réu, dentre outros. Segundo o autor, é mais benéfico para a empresa forçar essa conciliação do que ter que pagar a rescisão e depois ter que recalcular os custos após uma condenação na Justiça do Trabalho. Por essa razão, o autor afirma que não acredita que esse instituto venha a ser bem sucedido devido ao receio dos juízes trabalhistas e das casadinhos – como são chamadas as lides simuladas.

Ainda, segundo Silva (2017, p. 115) é impressionando que o legislador tenha inserido na CLT uma figura tão semelhante à casadinho, de modo a oficializar a possibilidade de acordos extrajudiciais para serem homologados judicialmente. Isso ocorre porque os efeitos da casadinho eram nefastos não só para o Direito do Trabalho como também, e principalmente, para o trabalhador em particular. Outro receio do autor é que o acordo extrajudicial tenha seu uso alargado ou deturpado, uma vez que isso poderá acabar com os processos trabalhistas. A explicação dessa questão se encontra no fato de ser mais vantajoso para o empregador persuadir ou forçar o empregado a aceitar a via de homologação judicial do acordo das verbas rescisórias.

Apesar de concordar com o receio de Silva (2017), é válido lembrar que a quitação dada pela homologação judicial deve ficar restrita apenas às verbas e direitos nela contidas e pagas. Ademais, acrescenta-se que, a fim de evitar a transformação da Justiça do Trabalho em

órgão chancelador de homologação de acordos falsos, o instituto da jurisdição voluntária da homologação dos acordos extrajudiciais deve versar apenas sobre os assuntos controversos, deixando as verbas rescisórias para o pagamento pelos meios tradicionais de extinção do contrato, consoante Cassar e Borges (2017, p. 112).

Ainda Brzotek e Leite (2019, p. 20) trazem que o acordo extrajudicial necessita de concessões recíprocas que gerem o equilíbrio contratual, não podendo haver apenas renúncia pura e simples. Os autores ainda afirmam que não deve ser homologado acordo em que haja apenas o pagamento ou a renúncia do pagamento de verbas rescisórias, pois elas são incontrovertidas, isto é, além de não haver reciprocidade de concessões não há uma insegurança, apenas o dever de cumprir com o pagamento das verbas. Ressalta-se que o próprio Silva (2017, p. 116) observa que a homologação do acordo extrajudicial deve ser feita ao mesmo tempo em que a homologação sindical das verbas rescisórias, consoante entendimento do art. 855-C da CLT (BRASIL, 2017).

Nesse caso, compreende-se que deve haver uma distinção entre a extinção do contrato de trabalho com o acordo extrajudicial para prevenir futuros litígios, pois o acordo para prevenção de litígios pressupõe incertezas e controvérsias para que haja transação. Por sua vez, as verbas rescisórias são incontroversas e devem ser pagas no momento da extinção do contrato. Observa-se, nesse caso, o que estabelecem Braghini, Simon e Santos (2019, p. 233) sobre a necessidade da quitação prévia das verbas rescisórias a fim de evitar que se reconheça uma fórmula indireta de parcelamento de verbas rescisórias.

Ressalte-se que, para Braghini, Simon e Santos (2019, p. 233), o procedimento da homologação da transação extrajudicial não deve ser um procedimento padrão, sendo apenas uma das alternativas viáveis e harmônicas à reclamação trabalhista devido ao momento de fragilidade do direito trabalhista que está acontecendo.

Por fim, Brzostek e Leite (2019, p. 13) estabelecem, ao defender a constitucionalidade do instituto da homologação extrajudicial, que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um instituto jurídico não deve ser pressuposto pela deturpação ou pela utilização de má-fé, e sim pelo seu uso regular. Apesar dos receios reais com a deturpação do instituto da homologação dos acordos extrajudiciais, é importante unir essa defesa de Brzostek e Leite (2019) com o ensinamento de Maior e Severo (2017) de aplicar a reforma trabalhista através dos princípios e das regras do Direito do Trabalho para assegurar que os direitos laborais sejam aplicados da melhor forma possível.

Ademais, retirando o receio por sua utilização indevida, o instituto da homologação dos acordos extrajudiciais é um passo válido para a criação e o amadurecimento de uma

cultura de paz nas relações trabalhistas. Além de se alinhar com o mecanismo exigido pela Lei de Mediação de que os acordos advindos da mediação que tratem sobre direitos indisponíveis transigíveis sejam homologados pelo Judiciário.

4.2 O IMPACTO DA REFORMA NAS AÇÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS

Para finalizar o assunto debatido nesse capítulo, é importante observar o impacto que a reforma trabalhista teve nas ações laborais, especificamente nas petições iniciais, ou seja, no recebimento de novos processos. Isso porque um dos pontos que se critica na reforma é que ela teve a intenção de dificultar o acesso à Justiça do Trabalho.

É importante esclarecer que, apesar de o presente estudo enfatizar a mediação como um meio adequado de efetivação dos direitos trabalhistas, não é através da criação de empecilhos para o acesso ao Poder Judiciário tradicional que se promove os meios autocompositivos.

Ressalta-se ainda o que foi estabelecido no primeiro capítulo de que os meios autocompositivos e a arbitragem não vieram para substituir a jurisdição, eles vieram ampliar o acesso à Justiça e ampliar os tratamentos adequados aos conflitos não apenas dentro do Judiciário, que tem essa capacidade de absorção e de adaptação dos meios extrajudiciais para dentro do seu âmbito, como também fora dele, lembrando que os meios adequados para resolução de conflito nascem no âmbito extrajudicial.

Dessa forma, é evidente que o correto seria o cidadão ter a opção de escolher a via que achar mais adequada para tratar a sua controvérsia, sem que uma delas tenha entaves que visem desestimular a sua utilização. Por essa razão, é importante observar como a reforma trabalhista está afetando o acesso à Justiça do Trabalho.

Como já observado em Braghini, Simon e Santos (2019, p. 223), a reforma trabalhista foi planejada com uma finalidade importante e imediata de estancar a excessiva litigiosidade das relações trabalhistas. Para garantir essa finalidade, o relator do projeto de lei que veio a se tornar a reforma trabalhista, destacou duas formas de reduzir essa excessiva litigiosidade: uma das formas foi com o estímulo à conciliação extrajudicial e a arbitragem, ou seja, com o estímulo a utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflito; a outra forma escolhida foi a superação do conceito da litigância sem risco.

O conceito de litigância sem risco, como se pode deduzir através das medidas que foram elencadas para acabar com ela, é a ideia de que o empregado não seria condenado em sucumbências, ou seja, não pagaria honorários nem advocatícios, nem periciais, bem como

não teria que pagar o valor daquilo que ele pediu, mas não foi concedido. Em outras palavras, a ideia de que o empregado não tinha risco nenhum contrário ao pleitear o reconhecimento de seus direitos; seria simples, ou receberia ou não receberia. Sendo assim, as medidas para o fim da litigância sem risco seriam

(...) exclusão da presunção de hipossuficiência, para permitir a condenação do reclamante em honorários advocatícios a serem pagos ao advogado da parte contrária na medida de sucumbência (art. 791-A, § 3º, da CLT), bem como a possibilidade de responder, também na hipótese de sucumbência, pelos honorários periciais devidos nas ações que tenham por objeto a insalubridade, periculosidade ou discussão a respeito das repercussões do acidente laboral (Art. 790-B da CLT), regras de constitucionalidade duvidosa diante da restrição infraconstitucional do direito fundamental ligado a “assistência jurídica integral” expressão de inegável amplitude, como previsto no art. 5º, LXXIV, da CF (BRAGHINI; SIMON; SANTOS, 2019, p. 223).

Como se observa no excerto supracitado, os autores entendem que essas mudanças são de constitucionalidade duvidosa, pois restringem o acesso amplo à assistência jurídica integral. E, ao que parece ser pior, de modo intencional, pois essas medidas buscam diminuir o que foi chamado de litigiosidade trabalhista, ou seja, diminuir o número de ações trabalhistas ajuizadas.

Segundo Correia (2019, p. 11), o legislador afirma que a ideia seria impedir as ações temerárias para que a Justiça do Trabalho pudesse ser mais efetiva. Todavia, a autora afirma que restringir o acesso à Justiça com o intuito de impedir ou diminuir o ingresso de ações consideradas infundadas é um argumento equivocado e temerário, pois afeta ao direito do cidadão de ter sua questão analisada pelo órgão julgador. Especialmente por toda ação ter caráter tanto subjetivo quanto valorativo de modo que não há como determinar se a ação é ou não indevida antes de sua análise.

Observa-se que, de fato, a intenção da reforma trabalhista em diminuir o número de novas ações funcionou, uma vez que, segundo o Relatório Analítico de 2018 do TST (BRASIL (2019e, p. 41/42) houve uma queda de 34, 2% de novas ações nas Varas do Trabalho com relação ao ano de 2017. O mesmo relatório ainda afirma que 78% das Varas do Trabalho receberam menos de 1.500 ações novas.

Ao que parece, essa queda tende a se estabilizar em 2019, uma vez que dentro do período de janeiro até outubro houve um total de 1.552.082 novos casos na primeira instância; enquanto, em 2018 houve 1.730.703 novas ações. Todavia, parece que, quando se

complementar o ano de 2019 com o balanço de novembro e dezembro, o total de ações tenderá a se aproximar ao de 2018 (BRASIL, 2019f, online)⁶³.

A fim de observar melhor o impacto da reforma trabalhista nas ações interpostas à Justiça do Trabalho, traz-se, abaixo, o gráfico das novas ações recebidas pelas Varas do Trabalho no intervalo entre os anos de 2015 até o mês de novembro de 2019, publicado no site na parte de estatísticas do TST (BRASIL, 2019b, online).

Figura 1 - Gráfico de casos novos e solucionados mês a mês nas Varas trabalhistas 2015-2019



Fonte: BRASIL, 2019b, online.

Interessante observar que, no mês de novembro de 2017, momento em que entrava em vigor a Lei n. 13.467/2017, houve um aumento substancial nas ações protocoladas; enquanto, nos meses de dezembro de 2017 e janeiro de 2018, houve uma queda abrupta na quantidade das ações. Destaca-se ainda que, desde a entrada em vigência da reforma trabalhista, o número de ações se manteve abaixo de 180.000; enquanto, antes da reforma, eram poucos os meses que tinham menos de 180.000 ações novas.

Observando, especificamente, as ações do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª região, Sergipe, também é possível notar uma queda bastante acentuada do ano de 2017 para 2018 e uma queda menor do ano de 2018 para 2019, conforme tabela retirada do site do TST (BRASIL, 2019g, online).

⁶³ Informa que apesar de já ter acabado o ano de 2019, não houve o fechamento do balanço dos meses de novembro e dezembro, de modo que as ações que ocorreram nesses meses não entraram ainda nas estatísticas do site do TST. Por essa razão não teve como incluí-las na presente pesquisa.

Figura 2 - Tabela de ações recebidas pelas Varas do Trabalho do Tribunal Regional da 20^o Região⁶⁴

| Ano | Recebidos | Julgados | Resíduo |
|-------------|-----------|----------|---------|
| 2017 | 25.495 | 27.389 | 19.548 |
| 2018 | 14.807 | 21.643 | 13.427 |
| 2019 | 12.276 | 17.296 | 8.963 |

Fonte: BRASIL, 2019g, online

Resta claro que houve, de fato, uma diminuição nas ações trabalhistas desde a vigência da Lei n. 13.467/2017, cumprindo o desejo daqueles que a criaram. Porém, é ainda necessário saber se os meios que foram escolhidos para gerar essa diminuição de novas ações: exclusão da hipossuficiência presumida e o início das cobranças de sucumbência e de honorários representam empecilhos para o acesso à Justiça do Trabalho.

Desde já, ressalta a afirmação de Maior e Severo (2017, p. 81) sobre a Justiça Trabalhista ter como pressupostos a facilitação do acesso à Justiça, inclusive, em razão dessa ideia de facilitação que se mantém operante o *jus postulandi*, que traz a noção de assistência gratuita, a qual, segundo eles, deve abranger todas as despesas do processo.

Inicia-se com a necessidade de o empregado comprovar sua hipossuficiência econômica. Esse requisito está diretamente ligado com o benefício da justiça gratuita, pois estabelece um patamar de maior dificuldade para que seja concedida a justiça gratuita ao empregado.

Observa-se em Maior e Severo (2017, p. 79) e em Nascimento e Machado (2019, p. 151) o real valor da garantia de gratuidade de justiça⁶⁵. Os autores a entendem como uma garantia verdadeiramente democrática e cidadã, pois permite que aqueles que não tenham condições financeiras de arcar com os custos processuais possam, ainda assim, ter o direito de acessar a Justiça resguardado. Desta maneira, é possível receber o pronunciamento jurisdicional acerca dos fatos que geraram a lesão ao seu direito. Para Maior e Severo (2017, p. 79), retirar a gratuidade de justiça ou dificultar sua aplicação na Justiça do Trabalho em

⁶⁴ Ressalta-se que no site do TST há uma tabela com as ações recebidas pelas Varas do Trabalho desde o começo do TRT da 20^o Região, porém como a intenção era ver o impacto que a reforma trabalhista de 2017 teve nas novas ações interpostas na Justiça do Trabalho, especificamente, no TRT de Sergipe, escolheu-se apenas utilizar os anos de 2017 (ano da reforma), 2018 e 2019.

⁶⁵ Na Constituição Federal de 1988, a gratuidade de justiça está consagrada no rol de Direitos e Garantias Fundamentais do artigo 5^o, inciso LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

comparação a outros ramos do Judiciário é transformar o trabalhador num cidadão de segunda classe.

Do ponto de vista de questionar as mudanças do art. 790 da CLT sobre a concessão da justiça gratuita, observam Nascimento e Machado (2019, p. 151/152) que o direito da gratuidade de justiça é uma garantia constitucional, a qual tem eficácia plena e que, portanto, não teria como ser limitada por uma lei infraconstitucional. Além de defenderem que a limitação da justiça gratuita seria inconstitucional, pois fere o acesso à Justiça de uma parcela da população que é economicamente vulnerável⁶⁶.

Para Maior e Severo (2017, p. 79), a regra estabelecida no art. 790, § 3º⁶⁷ da CLT (BRASIL, 1943) que determina que só poderá ser concedido àqueles que recebam salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social não deve impedir o juiz de deferir o benefício. Isso porque, segundo eles, o próprio § 4º⁶⁸ do mesmo artigo estabelece que todo aquele que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo será alcançado pelo benefício. Acrescentando ainda que essa prova possa ser o TRCT ou qualquer documento que demonstre a perda da fonte de subsistência – recebimento do seguro desemprego, etc.

Em consonância com Maior e Severo (2017) estão Correia (2019, p. 13/14), Sousa (2019, p. 115) e Leite (2017, p. 14), que afirmam que a modificação ocorrida no §3º do art. 790 da CLT (BRASIL, 29143) e a inserção do §4º no mesmo artigo demonstram uma clara dificuldade para a concessão do benefício, pois estabelece que a declaração do empregado que sempre foi suficiente para ser pressuposto válido como motivo para conceder o benefício da justiça gratuita não é mais suficiente. Sendo, agora, necessária que haja a comprovação da insuficiência de recursos para pagar as custas processuais. Para Leite (2017, p. 14), a exigência de comprovação do estado de hipossuficiência é ainda uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso social e que, a seu ver, será um obstáculo principalmente para aqueles trabalhadores analfabetos ou de baixa qualidade profissional.

⁶⁶Em regra, o sustento do trabalhador é o seu salário, não possuindo outra fonte de renda ou de sobrevivência. Ademais, é interessante lembrar que, em regra, as ações judiciais são interpostas ao término do contrato de trabalho, ou seja, quando o cidadão está desempregado e sem fonte de sustento.

⁶⁷Art. 790 da CLT (...).

§3º. É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

⁶⁸Art. 790 da CLT (...).

§4º. O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Sousa (2019, p. 115), ainda sobre o tema, observa que o §4º do art. 790 da CLT entra em desacordo com o art. 99, §3º do CPC, o qual estabelece que a declaração é dotada de presunção *iuris tantum* de veracidade que só pode ser eliminada com prova em contrário. Ou seja, além de criar uma dificuldade a mais para o trabalhador, ainda é contrária à regra do ordenamento jurídico.

Para além da criação de dificuldade para a concessão da justiça gratuita com o intuito de diminuir o número de ações protocoladas, como observam Leite (2017, p. 14), Maior e Severo (2017, p. 80), Correia (2019, p. 14) e Souza (2019, p. 115), o legislador, ainda, ao criar o art. 790-B⁶⁹ da CLT (BRASIL, 1943) determinou que os honorários periciais devem ser pagos mesmo no caso dos beneficiários da justiça gratuita, bem como dos honorários advocatícios, segundo art. 791-A, §4º⁷⁰ da CLT (BRASIL, 1943). Tratados mais à frente por serem pagamentos sucumbenciais.

Para encerrar o tratamento da necessidade de comprovação da hipossuficiência para o recebimento da gratuidade de justiça, observa-se o posicionamento de Nascimento e Machado (2019, p. 152/153) que afirmam que, ao impor restrições à gratuidade de justiça – seja nas hipóteses de sua concessão, seja na sua relativização ao estabelecer que mesmo o assegurado por esse benefício deve pagar honorários periciais e advocatícios –, o Estado fere gravemente uma série de direitos trabalhistas e, mesmo que minimamente, gera um receio ou uma reprovação ao ingresso na Justiça do Trabalho. Dessa forma, observa-se que as mudanças realizadas na reforma desencorajam o empregado a buscar uma de suas garantias fundamentais, o acesso à Justiça.

E o posicionamento de Correia (2019, p. 15), ao afirmar que a reforma trabalhista trouxe obstáculos aos exercícios dos direitos do trabalhador, especialmente o direito de pleitear em Juízo por seus direitos, como por exemplo, sobre verbas trabalhistas não honradas pelo seu patrão. Um dos obstáculos criados pela nova legislação é o risco de o empregado assumir uma dívida com o Estado pela cobrança de honorários sucumbenciais e de custas processuais. Causando, segundo a autora, o incentivo indireto do descumprimento das obrigações contratuais.

⁶⁹Art. 790-B da CLT. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

⁷⁰Art. 791-A da CLT (...).

§4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Parte-se, então, para tratar sobre o segundo ponto que dificulta o acesso à Justiça pelo empregado, o pagamento da sucumbência e das custas processuais. Desde já, enfatiza-se a opinião de Correia (2019, p. 11) de que o simples risco de sucumbência gera receio, insegurança e cria restrições para o acesso ao processo na Justiça do Trabalho, mudança essa estabelecida pela reforma trabalhista.

Para Silva (2017, l. 97), a inauguração dos honorários de sucumbência no processo do trabalho é considerada por muitos como o momento em que se inicia o fim do processo do trabalho como ramo autônomo, a qual foi, em todas as mudanças realizadas pela reforma trabalhista, perdendo sua individualidade e identificação própria. O autor ainda observa que o risco da sucumbência representa um impacto para a essência do processo do trabalho, uma vez que ele afasta ainda mais o princípio da gratuidade e da facilitação do acesso à Justiça.

Os honorários sucumbenciais a serem pagos pelo empregado, mesmo quando estiver assegurado pela justiça gratuita, são os honorários advocatícios e os honorários periciais.

Para Leite (2017, p. 15), o art. 790-B da CLT e seus parágrafos nitidamente desestimulam os pedidos relacionados ao meio ambiente e à saúde do trabalhador, pois nessas demandas há, muitas vezes, obrigatoriedade de produzir provas periciais, além, claro, de criar empecilhos para o acesso do trabalhador à Justiça. Observa-se também que pode ocorrer o fato de o reclamante ter os honorários periciais deduzidos do valor final que recebeu dos seus pedidos – caso esses sejam maiores que o valor dos honorários.

De igual pensamento, Nascimento e Machado (2019, p. 155) afirmam que a criação de um artigo para determinar que os honorários periciais sejam pagos pelo empregado e a extinção de um artigo que tratava sobre a obrigação do Estado em pagar esses honorários, supostamente, ocorreria com o objetivo de evitar gastos com perícias desnecessárias. Todavia, na verdade, essa situação apenas gera mais obstáculos ao empregado para que possa fazer valer seus direitos. Acrescentando ainda que, mesmo que o reclamante tenha êxito em seus pedidos – ou êxito em outro processo, parte da verba que é a compensação de sua lesão sofrida, será encaminhada para o pagamento dos honorários sucumbenciais.

Estabelecem tanto Correia (2019, p. 16) quanto Maior e Severo (2017, p. 79) que é incoerente a cobrança de honorários de sucumbência da parte que está assegurada pela gratuidade de justiça, pois o conceito de assistência judiciária gratuita abrange todas as despesas do processo, inclusive dos honorários advocatícios e periciais, em acordo com o art. 98, §1º do CPC.

Constata Correia (2019, p. 16) que o art. 790-B da CLT estabelece que, caso haja a sucumbência da pretensão do objeto periciado, os custos dos honorários periciais são da parte

vencida, podendo ainda ser utilizado créditos de outros processos para o pagamento desses honorários. A autora faz uma grande ressalva sobre essa previsão legal, uma vez que ela não tem uma representação fática real. Ou seja, não se coaduna com a realidade da maioria dos trabalhadores que demandam por perícias em suas ações. Restando claro, para Correia (2019, p. 16), o intuito da norma de desestimular os pedidos de indenização por danos morais que advêm de acidentes e doenças ocupacionais, de inibir ações trabalhistas que versem sobre demais lesões às normas de segurança e medicina do trabalho e de casos que tratem sobre insalubridade e periculosidade.

Na questão dos honorários advocatícios, observa a fala de Correia (2019, p. 14) afirmando que, ao estabelecer o pagamento de honorários de sucumbência para o beneficiário da justiça gratuita, a legislação trabalhista está notoriamente afrontando o texto constitucional, o qual determina no asseguramento de gratuidade de justiça o não pagamento de nenhuma custa do processo, incluindo os honorários sucumbenciais, sejam eles de quaisquer naturezas.

Resta claro que, do mesmo jeito que os honorários periciais, a cobrança dos honorários advocatícios pelo empregado, especialmente quando está coberto pela proteção da gratuidade de justiça, é um dos mecanismos que a reforma trouxe para desestimular novas ações de serem protocoladas na Justiça do Trabalho. Frisando ainda que, em ambos os casos, o empregado que não tenha como pagar ou que a soma final de sua ação não seja suficiente para pagar as sucumbências pode ter seus proventos de outro processo encaminhado para o pagamento desses honorários de sucumbenciais.

Ressalta-se a importância de a discussão acerca da reforma trabalhista dificultar o acesso à Justiça do Trabalho, em virtude do momento que o país está vivendo. Consoante Arantes e Lemos (2019, p. 93), é necessário destacar que os ataques investidos contra a Justiça do Trabalho atuais se desencadeiam num momento e num ambiente de uma onda de conservadorismo – devido ao neoliberalismo que está em ascensão. Por esse motivo, é mais favorável que os discursos para a redução da participação do Estado na proteção e efetivação dos direitos sociais sejam recebidos com menos recusas.

Inclusive, ressalta Arantes e Lemos (2019, p. 93/94), uma das principais formas que essa corrente de conservadorismo se utiliza para atacar as instituições democráticas e enfraquecer as conquistas sociais, especialmente as de valorização do trabalho e da pessoa humana, é a constante desvalorização da política, do Judiciário e dos integrantes dessas instituições sociais, ou seja, dos servidores públicos em geral. Por exemplo, as autoras citam a declaração feita à imprensa na qual o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia,

atacando a Justiça do Trabalho e os juízes trabalhistas, afirmando que os magistrados tomavam decisões irresponsáveis e que a Justiça Laboral nem deveria existir.

Essa declaração se torna preocupante quando se nota que houve uma intensa modificação no Direito do Trabalho que retirou muitas de suas características protetivas, a qual ainda pretendia diminuir a quantidade de ações interpostas à Justiça do Trabalho. Relembrem Arantes e Lemos (2019, p. 92) que, há cerca de vinte anos, houve uma tentativa de extinção da Justiça do Trabalho. Todavia, naquela época a investida foi rechaçada com veemência pela sociedade e pelos políticos, ao contrário do que parece acontecer atualmente.

Machado (2019, p. 268/269) traz que o Presidente eleito, Jair Bolsonaro, aderiu à agenda de extinção da Justiça do Trabalho, apesar de não estar concretamente realizando nenhuma proposta para o Congresso Nacional. Todavia, ressalta o autor que o ato político de o Presidente da República aderir essa agenda causou nova tensão à instituição pública do trabalho. Segundo o autor, enquanto a reforma trabalhista pretendeu criar obstáculos ao acesso à Justiça do Trabalho a fim de reduzir seu papel de intervenção no conflito laboral, o novo ambiente político pretende ir além para eliminar a instituição pública Justiça do Trabalho, de modo que delegue completamente a solução do conflito trabalhista à Justiça Comum ou à Justiça Federal.

Ao entender esse momento de tensão que a Justiça do Trabalho vive, é necessário reforçar que o debate para a ampliação dos meios de resolução de conflito trabalhista não deve estar, de nenhuma forma, ligado à ideia de enfraquecimento da Justiça do Trabalho como instituição. A mediação trabalhista, bem como os demais meios de resolução de conflito devem ser usados para garantir ao cidadão a melhor forma de solucionar sua controvérsia, jamais como substituto do Poder Judiciário, nem tão pouco como válvula de socorro para a “superlotação” do Judiciário.

Por fim, resta claro que, tendo ou não a intenção de dificultar o acesso à Justiça do Trabalho, a reforma trabalhista acabou criando essa dificuldade. Nesse caso, faz-se mais do que necessária a utilização dos meios de solução de controvérsias, seja judicial ou extrajudicialmente, como forma de efetivar os direitos do trabalhador, já que a tradicional está passando por esse momento de mudança. Como observado por Silva (2017, l. 97), é, para diversos autores, visto como o fim do processo do trabalho como um ramo autônomo, pois a reforma trabalhista retirou a identidade do processo do trabalho. Ousa-se dizer que não apenas o processo do trabalho, bem como o direito laboral como um todo, uma vez que a própria ideia de diminuir a proteção trabalhista por si só retira a identidade do Direito do Trabalho.

5 A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAR OS DIREITOS TRABALHISTAS

Adentra-se, finalmente, no último capítulo do presente trabalho, o qual tem a finalidade de compreender a mediação como uma forma de efetivação dos direitos do trabalhador, especialmente com foco nos conflitos de âmbito individual.

Após compreender que a mediação é um meio autocompositivo de resolução de conflitos, no qual um terceiro imparcial auxilia as partes a restabelecerem a comunicação para que possam conjuntamente construir uma solução adequada para a controvérsia que as aflige. E observa que, apesar do receio que até agora alguns autores juslaborais têm, a mediação é aplicável às relações trabalhistas e é compatível com o Direito do Trabalho.

Também se observou que a reforma trabalhista teve um impacto grande no cenário laboral brasileiro. Em primeiro lugar por mudar o viés principal do Direito do Trabalho, relativizando o princípio da proteção e aumentando a liberdade de negociação individual dos sujeitos da relação trabalhista. Em segundo, a reforma trouxe um forte estímulo para as formas extrajudiciais de resolução de conflito, o que beneficia a naturalização da mediação como meio válido e adequado para a resolução de conflitos trabalhistas e, por fim, a nova legislação impactou de maneira intensa e negativa o acesso dos empregados ao Judiciário Trabalhista, dificultando a propositura de novas ações.

Nesse caso, é necessário que seja buscado o apoio dos demais meios de solução de conflitos para que possam garantir que, por menos correta que tenha sido a criação de empecilhos para o acesso ao meio judicial, os direitos dos trabalhadores de obterem solução justa e adequada para seus conflitos não seja prejudicado.

Por essa razão, entende-se que é fundamental utilizar a mediação como forma de efetivar os direitos laborais, especialmente o de acesso à Justiça, para que ele não fique prejudicado com os obstáculos criados pela nova legislação à propositura de ações judiciais.

Ao mesmo tempo, a mediação é uma forma de garantir que a negociação entre empregado e empregador tenha maior equilíbrio, já que o terceiro imparcial, ainda que não interfira nas negociações, esteja presente para garantir o equilíbrio das partes, além de ter a prerrogativa de se recusar a redigir um acordo ilegal ou inexecutável. O que espera que se iniba a ocorrência de acordos forçados pelo empregador ou, em casos judiciais, até pelo juiz.

O presente capítulo foi dividido em três tópicos, cada um tratando de um ponto que ajude a observar como a mediação pode ser essa garantia de efetivação dos direitos do trabalhador. O primeiro trata sobre o momento e as hipóteses em que a mediação de conflitos

individuais trabalhistas pode ocorrer. No segundo tópico, buscou-se analisar as vantagens da mediação trabalhista, no âmbito judicial e extrajudicial, para compreender como sua utilização pode ajudar a efetivar e garantir os direitos trabalhistas. Por fim, o terceiro tópico foi reservado para tratar de modo breve de experiências de outros países que utilizam a mediação trabalhista.

5.1 QUANDO A MEDIAÇÃO PODERIA SER USADA NOS CONFLITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS?

Após a compreensão de que a mediação pode ser usada nos conflitos individuais do trabalho, resta saber em que momentos ela pode ser usada, uma vez que, apesar de não se resumir a um simples método de resolução de conflito, dentro do mundo jurídico, ela é entendida como tal, segundo o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015 (BRASIL, 2015b) e do art.1º, II da Resolução 174/2016 (BRASIL, 2016). Essas normas ainda estabelecem que da mediação pode resultar um acordo e, como visto, um acordo sempre resulta de concessões recíprocas entre as partes, ou seja, de uma transação.

Relembrando que, apesar da indisponibilidade e da imperatividade dos direitos do trabalho, a transação de direitos laborais é permitida e que, com a reforma, houve o aumento da possibilidade de direitos laborais serem negociados e transacionados. Todavia, o limite da transação não ocorre apenas no campo específico de quais os direitos ou do *quantum* desses direitos podem ser negociados, ocorre também no momento do contrato de trabalho em que os direitos podem ser transacionados.

Em regra, o contrato tem três momentos: a criação, ou seja, o momento em que o contrato está sendo estabelecido; o decurso, que seria a execução do contrato, o seu tempo de duração e; o pós-contrato, ou seja, quando o contrato se extingue e acaba a relação contratual.

Dessa forma, pode-se entender que a mediação enquanto método de resolução de conflito, utiliza ou engloba a transação durante o seu procedimento para a confecção do ajuste de vontade das partes. Nesse sentido, é compreensível estabelecer a correlação entre os limites que se impõe para a transação serem os mesmos da mediação. Logo, no momento em que a transação de direitos for proibida, também será a mediação e, quando puder se utilizar a transação, poderá ser usada a mediação.

Ainda é necessário tratar sobre as hipóteses, ou seja, em que circunstâncias a mediação de direitos individuais trabalhistas podem ocorrer. Nesse caso, além de observar o limite material, os direitos que admitem mediação, também é necessário comentar sobre as previsões

de conciliação e mediação legalmente, consoante o que estipula o art. 7º, §6º da Resolução n. 174/2016 do CSJT (BRASIL, 2016), que estabelece que só serão válidas a conciliação e a mediação que ocorrerem nas hipóteses previstas na CLT.

5.1.1 O momento para aplicação da mediação trabalhista

Como já informando, é necessário entender quando a mediação pode ser aplicada num conflito de trabalho. Frisa-se, novamente, que a mediação, por ser uma forma de autocomposição de resolução de conflitos que utiliza a concessão mútua das posições das partes para gerar uma solução, assemelha-se às regras da transação dos direitos laborais. Isto porque a transação é a técnica de gerar um acordo através das concessões recíprocas das partes; logo, de certo modo, ela está englobada dentro da mediação.

Relembra-se, como visto no capítulo dois, que a transação de direitos trabalhistas individuais, apesar de ocorrer, não é pacífica, pois há quem defenda que os direitos trabalhistas no âmbito individual são completamente indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, há aqueles que criam um grau de indisponibilidade, ou seja, entendem que há direitos que detêm uma indisponibilidade maior que outros.

Por essa razão, não é surpresa que, de igual modo, não é passível o entendimento acerca do momento no qual pode haver essa transação de direitos trabalhistas individuais no contrato de trabalho.

Esclarece-se que o momento do contrato de trabalho, como chama Cassar (2017, p. 211), Barros (1997, p. 93) e Côrtes (2017, p. 305), são as fases contratuais da doutrina civil: pré-contratual, contratual e pós-contratual, como se observa em Gagliano e Pamplona (2017, p. 144), ou seja, no momento anterior ao contrato, durante a execução do contrato e após o contrato. Como se pode notar, as fases contratuais são bem demarcadas no tempo. Por essa razão, e, no caso do Direito do Trabalho, marcando os momentos em que o contrato de trabalho é aderido – a admissão do contrato, o decurso do contrato é o exercício efetivo do trabalho e o término da relação de trabalho, ou seja, a parte pós-contrato.

Em regra, os autores tratam sobre o momento da renúncia. Contudo, como se depreende da explicação de Cassar (2017, p. 211), é mais sobre o momento em que o princípio da indisponibilidade está mais forte nas normas trabalhistas; logo abarca tanto a situação de renúncia como de transação. Todavia, como renúncia é um ato mais grave e, normalmente, com maior rejeição pela maioria dos estudiosos de direito, ela possui maior expressão nesse debate.

O primeiro momento é a admissão do contrato, ou seja, no momento da contratação do empregado. Estabelece Barros (1997, p. 93) que, no Direito do Trabalho brasileiro, não é permitido que haja renúncia acerca de direitos futuros, ou seja, sobre direitos que ainda não se detenha. De igual forma, afirmam Côrtes (2017, p. 305/306) e Nascimento (2011, p. 879) que o despojamento de direitos futuros é nulo, inadmissível e não possui eficácia no direito trabalhista brasileiro, uma vez que a irrenunciabilidade é de disciplina obrigatória nos atos introdutórios da relação de emprego. Utilizam, os autores, o exemplo infelizmente corriqueiro da renúncia ao pagamento da gratificação natalina, décimo terceiro salário, o qual não deve perdurar. Todavia, ainda acrescenta Nascimento (2011, p. 879) que, caso não houvesse essa proteção especial no início do contrato, nenhum empregado conseguiria ser admitido em qualquer emprego sem ter que renunciar a seus direitos na admissão contratual.

Observa-se que, no caso da renúncia, essa proteção de impedido antecipado dos direitos trabalhistas é muito importante, pois, como observa Cassar (2017, p. 211), esse é um dos momentos de maior fragilidade do empregado, junto com a vigência do contrato. Em outras palavras, não é só plausível como, infelizmente, comum que ocorra na prática vários casos do exemplo que trouxe Nascimento (2011, p. 879) e Côrtes (2017, p. 306), não se limitando apenas ao pagamento do décimo terceiro salário.

Contudo, vale ressaltar que, como já foi dito, essa proteção também é estendida à transação, ou seja, não pode haver nem renúncia, nem transação no momento da admissão do contrato. Observa-se que, em regra, o contrato de trabalho termina por ser um contrato de adesão, no qual não há uma conversa entre as partes sobre as cláusulas nele contidas. Há apenas o aceite do contrato determinado pelo empregador. Por essa razão, antes da reforma, parecia quase impossível que houvesse transação no momento da admissão do contrato.

Como citado em outro capítulo, a reforma trabalhista, no parágrafo único do art. 444 da CLT (BRASIL, 1943), trouxe a figura do empregado hipersuficiente, que é todo empregado que aufera remuneração igual ou maior que duas vezes o teto do maior benefício da Previdência Social e que tenha nível superior. Esse empregado, por ser considerado menos subordinado e por ter maior força em comparação com os demais empregados, pode negociar diretamente com o empregador sobre os mesmos temas e com a mesma eficácia legal que os direitos reservados para os instrumentos de negociação coletiva. Ressaltando, ainda, que o seu acordo individual ainda preponderará sobre os coletivos.

Como a legislação não determina quando pode ocorrer essa negociação com o empregador, é de suma importância afirmar que, mesmo no caso do empregado hipersuficiente, a renúncia ou a transação de direitos futuros não deve produzir efeitos, ou

seja, deve ser nula. Não se pode admitir que, no momento mais vulnerável do empregado, a renúncia ou a transação de seus direitos seja considerada válida e legítima. Pois, como observou Nascimento (2011, p. 879) e como será visto em Cassar (2017, p. 211), esse é um dos momentos de maior fragilidade do empregado, o momento em que ele aceitará qualquer absurdo para conseguir um meio de assegurar sua subsistência.

Por essa razão, ainda que sejam empregados considerados de baixa subordinação ou empregados “hipersuficientes”, não se deve admitir renúncia ou transação no momento da admissão ao contrato, devendo ocorrer qualquer negociação no decurso do contrato ou ao final desse.

O segundo momento da renúncia ou transação é na vigência do contrato de trabalho. Nesse caso, afirmam Barros (1997, p. 93) e Côrtes (2017, p. 306) que apenas a renúncia que esteja prevista em lei é permitida de ser realizada, a exemplo dos art. 500 e 543, § 1º da CLT, da Súmula 51 do TST e do artigo 7º, incisos VI, XIII, e XIV da CF. Nesse caso, Barros (1997, p. 97) diferencia renúncia de transação, pois, segundo a autora, no decurso do pacto laboral a transação pode ser realizada desde que respeite o limite dos art. 9º e 468 da CLT, os quais protegem o empregado de qualquer alteração prejudicial ou que vise burlar o cumprimento de seus direitos trabalhistas. Lembrando que as hipóteses do art. 7º, VI, XIII e XIV da CF consistem em exceção para a regra da proibição da alteração lesiva.

Já Nascimento (2011, p. 879) determina que, durante o contrato de trabalho, o empregado se encontra submetido ao poder diretivo do empregador do mesmo modo que ocorre na admissão. Dessa feita, a renúncia de direitos não deve produzir efeitos, ou seja, entende o autor pela irrenunciabilidade tanto na admissão como na vigência contratual.

Complementando-se o debate da renúncia em fase de admissão e durante a vigência do contrato com o que traz Cassar (2017, p. 211/212). Para a autora, não pode ocorrer nenhum tipo de transação ou renúncia antes da contratação ou durante a vigência do contrato, pois seriam os momentos de maior fragilidade do empregado, em que a tendência de haver uma coação do empregador para que o empregado “voluntariamente” aceite a transação.

Todavia, a autora ainda afirma que, durante o cumprimento do contrato de trabalho, os princípios da inalterabilidade contratual lesiva e da prevalência da condição mais benéfica impediriam, mesmo que por vontade bilateral legítima, a transação de direitos que implicassem em prejuízo para o empregado. Não havendo nenhum problema quanto à possibilidade de gerar ou transacionar direitos que sejam mais benéficos para o trabalhador (CASSAR, 2017, p. 212). Logo, fica claro que não há uma impossibilidade absoluta da transação de direitos.

Observa-se que, em regra, o decurso do contrato é o momento em que deve haver a negociação entre empregado e empregador que o art. 444, parágrafo único prevê. Ressalvando-se que, mesmo o empregado hipersuficiente sendo equiparado ao sindicato, na eficácia legal, ele continua sendo um empregado submisso ao poder diretivo do empregador – ainda que supostamente de modo mais brando – e que se encontra em situação de menor força que o ente coletivo, empregador. Por essa razão, ainda que o empregado hipersuficiente tenha maior liberdade para negociar com o empregador é necessário que sejam observados os limites impostos pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

Em resumo, consoante Barros (1997) e Cassar (2017), observa-se que, sobre a possibilidade de transação na vigência do pacto laboral, é possível que seja feita a transação, desde que essa não seja prejudicial ao empregado – resguardadas as exceções de alterações prejudiciais permitidas por lei. Para Cassar (2017) e Nascimento (2011), a renúncia é totalmente proibida, mas Barros (1997) e Côrtes (2017) entendem que pode haver renúncia de direitos, desde que haja hipótese legal. Todos os autores rechaçam a ideia de poder haver transação ou renúncia no momento da admissão contratual.

Por fim, observa-se sobre a possibilidade da renúncia ou transação no fim do pacto laboral. Esse momento do pacto laboral, em regra, cria divergências de posicionamento sobre sua validade.

Nascimento (2011, p. 879), nesse momento, diferencia renúncia de conciliação, que segundo ele é um ato bilateral praticado perante um órgão. Entende-se, todavia, que essa diferença seja a mesma entre renúncia e transação, pois, do mesmo jeito que ocorre com a mediação, a conciliação gera um acordo através da utilização da transação. Entende o autor que a renúncia, por ser um ato praticado isoladamente pelo empregado, não deve prosperar, diferente da conciliação – ou da transação assistida – que por ser um ato bilateral praticado perante um órgão, seja extrajudicial ou judicialmente, afasta a possibilidade de defeito do ato jurídico ou, ao menos, gera a presunção de sua inexistência. Logo, entende-se que, para Nascimento (2011), a renúncia é inadmissível durante todas as fases do contrato; contudo, a transação, desde que seja assistida, pode ser realizada no término do contrato.

Por outro lado, Côrtes (2017, p. 306) e Barros (1997, p. 93) compreendem que a renúncia de direitos pode ocorrer no momento da extinção do contrato de trabalho. Todavia, apenas quando permitida legalmente e sendo realizada em direitos disponíveis. Explica Côrtes (2017) que o direito de caráter de ordem pública tutelado pelo Estado não deixa de ser irrenunciável pelo contrato ter sido extinto.

Ademais, segundo Barros (1997, p. 93), há diversos institutos jurídicos que apenas são assegurados ao empregado quando há a ruptura do contrato de trabalho e que nem por serem especificamente criados nesse momento deixam de ser protegidos pelo preceito da irrenunciabilidade. Acrescentando ainda que mesmo durante a cessação do pacto laboral ainda existe a pressão do desemprego, ou seja, de razão econômica, que pode viciar a vontade do empregado em aceitar renunciar direitos, inclusive, traz a autora a Súmula 276 do TST que trata sobre a impossibilidade de renunciar o aviso prévio.

Cassar (2017, p. 212/213) também analisa o entendimento de alguns autores sobre o fato de que o empregado poderia transacionar seus direitos após o término do contrato de trabalho, já que não mais estaria sofrendo com a coação do empregador. Todavia, a autora esclarece que, mesmo com a extinção do contrato de trabalho, não significa dizer que não haverá coerção do empregador sobre o empregado. Em verdade, segundo ela, muitas vezes o empregador pressiona o empregado a aceitar acordos ou renunciar direitos para garantir o recebimento de suas verbas rescisórias. Ou seja, apesar de ser, de fato, um momento com menor coação ou com menor chance de ter coação na relação empregatícia, não é completamente isenta.

Ademais, Cassar (2017, p. 212/213), em concordância com Côrtes (2017), ainda discorda do entendimento de que, por não haver coerção, o empregado poderia transacionar livremente seus direitos, uma vez que a irrenunciabilidade e a intransigibilidade dos direitos trabalhistas não existem somente em função da coação presumida das relações empregatícias – ou seja, da existência de um vício de consentimento –, mas porque o conteúdo das normas laborais é de caráter público e possuem interesse social, de modo que protegidas com a indisponibilidade para o empregado. Em outras palavras, as normas do Direito do Trabalho, de imposição pública não perdem essa característica após a extinção do pacto laboral.

Por fim, Cassar (2017, p. 213) ainda defendendo que até os direitos de caráter privado, que forem devidos em decorrência do fim do contrato, se forem certos e adquiridos não podem ser alvos de renúncia, nem de transação. Apenas aqueles duvidosos poderiam ser passíveis de transação. O que coaduna com a fala de Brzotek e Leite (2019, p. 18/19) sobre a necessidade de que os direitos levados aos métodos de resolução extrajudiciais sejam controversos para que possa haver, de fato, transação deles.

Em conclusão ao que foi exposto, entende-se que a transação não deve ocorrer no momento de admissão do contrato. Contudo, há a possibilidade de ela ocorrer durante a vigência do contrato de trabalho, desde que respeite o princípio da inalterabilidade contratual lesiva – salvo exceções e, após o término do contrato de trabalho, desde que trate sobre

direitos controversos. Logo, como inicialmente se estabelece a correlação da mediação com a transação, entende-se que a mediação pode ocorrer no decurso do pacto laboral e após a sua extinção.

5.1.2 As hipóteses para aplicação da mediação trabalhista

Antes de iniciar a discussão sobre as hipóteses da mediação trabalhista, é válido observar a crítica que Spengler (2017, p. 117) faz de que a Resolução n. 174/2016 não estabeleceu em nenhum momento que tipo de conflitos podem ser submetidos à autocomposição, nem em que situações, além de afirmar que a citada resolução cria divergências de conteúdo das demais normas que tratam sobre mediação, a Resolução n. 125/2010 do CNJ, o CPC e a Lei n. 13.140/2015.

Com esta crítica em mente, é importante notar que as hipóteses de ocorrência da mediação estão nebulosas. Dessa forma, é necessário compreender as circunstâncias que são propícias para que haja a mediação dos direitos laborais.

Segundo o Dicio (2018, online), um dos conceitos de hipótese é que ela é uma situação ou ação que pode se realizar ou não. Em outras palavras, é a possibilidade de algo acontecer, está relacionada com a ideia de chance.

Contudo, tradicionalmente, quando o legislador estabelece hipóteses na legislação, ele aponta casos em que determinada ação ou situação deve acontecer, ou seja, são casos de ocorrência. Por exemplo, é o caso da hipótese de incidência do Direito Tributário, conforme observa Costa (2003, p. 27), a hipótese de incidência de um imposto é a descrição de um fato, acontecimento ou coisa que gera a necessidade do pagamento do imposto – ou seja, a hipótese de incidência normalmente descreve o fato gerador de algo – pelo sujeito passivo.

De igual modo, como se vê no Direito Civil, a exemplo os art. 144 e 145 do CPC (BRASIL, 2015a) que tratam das hipóteses de impedimento e suspeição do juiz. Observa que esses artigos citados trazem uma lista de situações nas quais, se o juiz se enquadrar nelas, ele ficará impedido de realizar atos naquele processo.

É importante compreender em que sentido é usada a palavra hipótese pela legislação, pois no momento em que a Resolução n. 174/2016 do CSJT (BRASIL, 2016), em seu art. 7º, §6º, determina que as conciliações e mediações realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho somente terão validade nas hipóteses prevista na CLT, está criando um limite para os casos que a conciliação e mediação são aceitas.

Observa-se que há a equiparação da mediação para também ser utilizada nos casos em que poderia ocorrer conciliação. Isto porque, sendo a CLT de 1943, ela não previa em nenhum momento a utilização da mediação. Dessa forma, já afasta a interpretação literal do parágrafo; caso contrário, não poderia haver mediação na seara trabalhista, pois não há previsão na CLT.

Ademais, é válido lembrar que a mediação possui a vantagem de buscar restabelecer a comunicação das partes, além de solucionar o conflito, bem como dá maior liberdade aos envolvidos, pois o mediador não atua propondo soluções junto das partes, apenas gerando o ambiente para que elas próprias construam suas soluções.

Sendo válido ressaltar, ainda, o que foi visto no capítulo dois do presente trabalho, que é o fato de o mediador atuar preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, segundo art. 165, §3º do CPC (BRASIL, 2015a). A relação de trabalho, como o próprio nome informa, cria esse vínculo entre o empregado e o empregador, sendo a relação trabalhista bem parecida com a familiar, em que diversas vezes pode envolver várias emoções dentro do conflito.

Frisando que há conflitos que surgem da relação de trabalho que não necessariamente estão ligados com os tradicionais problemas que se esperada dessa relação. Como se observa nos relatos que traz Menezes (2000), um deles, apesar de ser fictício, é consideravelmente comum nas relações entre empregados e empregadores.

Uma empregada tratada pontualmente de modo rude por seu empregador aspira, por essa razão, um pedido de desculpas. A empregada busca a assistência jurídica do sindicato que informa que ela sofreu um dano moral. Ao não se sentir segura para continuar com o advogado, ela conversa com sua vizinha que diz que ela não precisa desse profissional para entrar na Justiça do Trabalho. A empregada postula a ação sem nenhum pedido, pois queria apenas demonstrar ao empregador que estava insatisfeita com o tratamento recebido e, por esse motivo, no início da audiência, teve sua petição considerada inepta e a audiência foi encerrada sem que o problema fosse tratado (MENEZES, 2000, p. 207/208).

O caso relatado por Menezes (2000) combina com a fala de Silva (2017, l. 115), o qual afirma que no Brasil não há canais adequados de diálogo social para os sujeitos da relação de trabalho, bem como ainda critica a confusa estrutura sindical que acaba por afastar os empregados do seu representante. Silva (2017) ainda afirma que é por tais razões que, involuntariamente, a Justiça do Trabalho se tornou um o espaço para tratar as queixas, críticas e anseios que surgem na relação de trabalho.

Ao ler a crítica de Silva (2017), fica clara a necessidade da mediação para as relações de trabalho, inclusive não apenas como meio de resolução de conflito, mas, principalmente,

como um canal de comunicação adequado e respeitoso para os sujeitos da relação de trabalho. Ou seja, um meio em que os empregados e os empregadores podem resolver seus pequenos conflitos diários entre si, ou empregados e chefes, a fim de manter a boa convivência no emprego.

Retornando ao debate sobre as hipóteses da mediação como meio de resolução de conflito, é importante observar que, nesse caso, a mediação seria válida em todas as hipóteses de conciliação que traz a CLT. Do ponto de vista judicial, a mediação é válida, então, segundo o art. 764⁷¹ da CLT (BRASIL, 1943), para os dissídios individuais ou coletivos que forem submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho. Devendo ainda ser tentada na abertura da audiência, consoante o art. 846⁷² da CLT (BRASIL, 1943), pois é dever do juiz propor a conciliação na abertura do processo. Nesse caso, também pode propor que seja utilizada a mediação. Também será válida a renovação da proposta de mediação após as razões finais e antes da decisão, segundo o art. 850⁷³ da CLT (BRASIL, 1943). Outrossim, pode ocorrer a qualquer momento, desde que as partes assim desejem.

Apesar de parecerem amplas as situações em que podem ocorrer a mediação por essa lógica, elas não parecem ser as melhores, uma vez que, em regra, segundo o art. 849 da CLT (BRASIL, 1943), a audiência do trabalho é una ou contínua, ou seja, todos os atos processuais ocorrem juntos em virtude dos princípios da celeridade, da simplicidade e da econômica processual (PEREIRA, 2019, p. 622). Ademais, não parece ser adequado que a mediação ocorra no meio da audiência de instrução e julgamento, pois não há a utilização de todas as técnicas, do preparo do ambiente e de todos os detalhes que fazem o procedimento de mediação único.

Todavia, ressalta Pereira (2019, p. 571/572) que é uma praxe comum o fracionamento da audiência trabalhista, em razão de o juiz ser o diretor do processo e ter uma liberdade relativamente ampla para conduzir o processo da melhor forma possível, segundo o art. 765 da CLT (BRASIL, 1943). Em regra, ocorrem duas ou três audiências, a inicial, na qual há a tentativa de conciliação e onde se apresenta a defesa; a de instrução, na qual se produzirão as provas e; a de julgamento para proferir a sentença, sendo dessa forma a primeira audiência trabalhista uma audiência exclusivamente de conciliação ou de mediação é um formato mais

⁷¹Art. 764 da CLT - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

⁷²Art. 846 da CLT. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proferirá a conciliação.

⁷³Art. 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.

adequado, pois desde o início se utiliza das regras e ferramentas da mediação sem o formalismo judicial. Acrescenta-se ainda que, com a criação dos CEJUSCs-JT, a separação da audiência de mediação ou conciliação da de instrução e julgamento ocorre com maior facilidade, consoante o art. 6º⁷⁴ da Resolução n. 174/2016 CSJT (BRASIL, 2016), os centros judiciários de métodos consensuais de solução de disputas serão responsáveis pela realização das sessões e audiência de conciliação e mediação, em qualquer fase do processo e em qualquer instância.

Um último ponto a ser observado sobre a mediação judicial é sobre o questionamento que faz Spengler e Schaefer (2019) sobre a possibilidade ou não de o juiz atuar como mediador nas ações que ocorrem na Justiça do Trabalho. Para as autoras, a presença do juiz das sessões de mediação viola os princípios da mediação, além de descaracterizar o procedimento autocompositivos, uma vez que, segundo elas, a atividade do juiz e do mediador é precipuamente diferente. Enquanto o juiz é um interventor que impõe a solução da disputa, o mediador é um facilitador que auxilia as partes na construção de uma solução.

Ademais, sustentam Spengler e Schaefer (2019), que a participação do juiz nas sessões de mediação afeta diretamente a sua imparcialidade e na sua neutralidade, pois permite que ele conheça os fatos e revelações que, como visto no primeiro capítulo do presente estudo, são confidenciais – e que não devem ser usados fora da sessão de mediação. Situação que pode influenciar na tomada de decisão do juiz caso a mediação não termine em consenso e a demanda retorne para o julgamento.

Logo, parece um equívoco a previsão de que a Resolução n. 174/2016 do CSJT trouxe tanto a possibilidade de o juiz ser mediador quanto de ele supervisionar a mediação. Pois, como dito acima, o caso de o juiz saber de fatos e de revelações que tratam sobre a lide que pode ser julgada por ele afeta ou pode afetar a sua imparcialidade.

Dessa forma, reforça-se a ideia de que a mediação, em regra, não deve ser usada dentro da audiência una de instrução e julgamento. Ainda que se entenda por sua ocorrência, sempre que for possível realizar a conciliação pela equiparação que a resolução n. 174/2016 trouxe, na situação específica da sua utilização no início, no meio ou ao final da audiência única, realizada pelo próprio magistrado que irá julgar a demanda, parece não ser adequada. Exatamente por não respeitar as principais características da mediação, a exemplo da

⁷⁴Art. 6º da Resolução 174/2016 - Os Tribunais Regionais do Trabalho criarão Centro(s) Judiciário(s) de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT, unidade(s) do Poder Judiciário do Trabalho vinculado(s) ao NUPEMEC-JT, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação de processos em qualquer fase ou instância, inclusive naqueles pendentes de julgamento perante o Tribunal Superior do Trabalho.

confidencialidade, uma vez que a audiência é pública, bem como pela própria possibilidade de criação de parcialidade do magistrado ao tomar conhecimento de posições ou sentimentos das partes.

Necessário, ainda, é observar outro aparente impasse, dessa vez dentro do próprio §6º do art. 7º da Resolução n. 174/2016 do CSJT (BRASIL, 2016). Nele, está estabelecido que as conciliações e as mediações realizadas só terão validades nas hipóteses previstas na CLT; porém, continua a norma a determinar que não se aplicam à Justiça do Trabalho as regras do CPC que dispõe sobre as Câmaras Privadas de Conciliação, Mediação e Arbitragem e as normas que tratam sobre a conciliação e a mediação extrajudiciais e pré-processuais.

Em outras palavras, proibiu a ocorrência de mediação extrajudicial e pré-processual nos casos dos direitos individuais, pois a mediação extrajudicial coletiva continua válida. Do mesmo modo, é possível a ocorrência de uma mediação ou conciliação pré-processual para os conflitos coletivos. Consoante Spengler (2017, p. 133), “Esse parágrafo exclui a utilização do CPC atual quanto à hipótese de utilização nas disputas trabalhistas, de câmaras privadas de conciliação e mediação conforma o disposto nos arts. 167 e 168 daquele diploma legal”. Para a autora a exclusão ficou apenas no âmbito das câmaras privadas, apesar de a norma indicar que as mediações extrajudiciais e pré-processuais também não fossem aplicadas.

Observa-se a afirmação de Alkmim (2016, p. 250) de que o TST, antes mesmo do CSJT publicar sua resolução, já tinha afastado os Centros privados de Mediação, Conciliação e Arbitragem da sua utilização nos dissídios individuais trabalhistas, no art. 14 da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST. Essa ideia é reforçada com a proibição da Resolução n. 174/2016 do CSJT.

Todavia, a CLT prevê um importante método de conciliação de conflitos trabalhistas extrajudiciais que são as Comissões de Conciliação Prévia. É verdade que não há uma expressiva quantidade ou utilização dessas Comissões, porém elas são uma hipótese de conciliação e, por causa da primeira parte do art. 7º, §6º⁷⁵, de mediação a ser realizada extrajudicialmente. Segundo o art. 625-A⁷⁶ da CLT (BRASIL, 1943), as Comissões de Conciliação Prévia podem ser instituídas por empresas ou por sindicatos e buscam conciliar

⁷⁵Art. 7º (...) § 6º da Resolução 174/2016 CSJT - As conciliações e mediações realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho somente terão validade nas hipóteses previstas na CLT, aí incluída a homologação pelo magistrado que supervisionou a audiência e a mediação pré-processual de conflitos coletivos, **sendo inaplicáveis à Justiça do Trabalho as disposições referentes às Câmaras Privadas de Conciliação, Mediação e Arbitragem, e normas atinentes à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual previstas no NCPC.**

⁷⁶Art. 625-A da CLT. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

os conflitos individuais trabalhistas, devendo ter representantes do empregador e dos empregados paritariamente.

Sobre a mediação extrajudicial, é importante observar que há a tradição do Ministério do Trabalho (atual secretaria especial do trabalho do Ministério da Economia) e do Ministério Público do Trabalho de realizarem mediações extrajudiciais no âmbito do direito coletivo, como se observa em Brito (2010 p. 20/21). Acrescentando o autor que o Ministério do Trabalho, além dos conflitos coletivos do Direito do Trabalho, também tratava de conflitos no âmbito individual dos direitos, apesar de que esses ficavam mais restritos aos assuntos de anotação ou retenção da CTPS.

Dessa forma, parece ser válido afirmar que, como são órgãos estatais que já possuem a função pacificadora, o Ministério do Trabalho (atual secretaria especial do trabalho) e o MPT também poderiam realizar mediações extrajudiciais de conflitos individuais do trabalho, como fazem com a mediação coletiva.

Seguindo a primeira metade do §6º, as Comissões de Conciliação Prévia, por poderem conciliar extrajudicialmente, poderiam realizar sessões de mediação extrajudicial, pois é uma previsão expressa na CLT. Todavia, a segunda metade do mesmo parágrafo estabelece a inaplicação da mediação e da conciliação extrajudiciais para a Justiça do Trabalho. Estabelecendo uma clara contradição sobre o tema da mediação extrajudicial.

No entanto, entende-se que a intenção da Resolução n. 174/2016 do CSJT era inibir o uso da mediação ou conciliação dos direitos trabalhistas em Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, ou seja, por entidades que a resolução entendeu não serem de confiança para realizarem a autocomposição extrajudicial.

Diferente é a situação das CCPs, do Ministério do Trabalho (atual secretária do trabalho) e do MPT, que têm a previsão de mediar ou conciliar conflitos extrajudicialmente autorizados por lei. Nesses casos, é óbvio que o legislador conferiu credibilidade para entidades em realizarem a autocomposição extrajudicial, de modo que não há como negar a validade das conciliações e, agora, das mediações que sejam realizadas pelas Comissões de Conciliação Prévia, nem das mediações ou conciliações feitas pelo Ministério do Trabalho (atua secretaria do trabalho) e pelo Ministério Público do Trabalho.

Contudo, permanece, claramente, a restrição quanto ao caso das Câmaras de Mediação e Conciliação até que seja modificada a resolução, que seja promulgada a Lei de Mediação trabalhista ou que surja entendimento em contrário nos tribunais.

Por fim, convém lembrar sobre os limites materiais da mediação que, segundo art. 3º da Lei n. 13.140/2015 (BRASIL, 2015b), são os direitos disponíveis. E, sobre os direitos

indisponíveis transigíveis, os quais foram tratados no capítulo três desse estudo. Acrescenta-se que, dentro da CLT, também se deve observar a proibição de negociar os artigos elencados no art. 611-B⁷⁷ da CLT (BRASIL, 1943).

Desse modo, entende-se que, se esses direitos não podem ser negociados pelo sindicato, o representante coletivo dos empregados, que possui a equiparação de forças ao empregador, não pode o empregado sozinho negociar sobre eles. Logo, também não pode haver a transação dos direitos elencados nesse artigo mesmo durante uma sessão de mediação. Entendendo, assim, que os direitos elencados no art. 611-B da CLT e os do art. 7º da CF

⁷⁷Art. 611-B da CLT. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV - salário mínimo;
- V - valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII - salário-família;
- IX - repouso semanal remunerado;
- X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX - aposentadoria;
- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
- XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
- XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
- XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
- XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
- XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

(BRASIL, 1988) seriam direitos indisponíveis absolutos, não aceitando transação sobre eles, pois tratam de proteger o núcleo de mínimo civilizatório dos direitos trabalhistas.

5.2 A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Compreendendo-se que, quanto ao momento do contrato, a mediação deve ser usada para dirimir os conflitos que ocorram na vigência do contrato, desde que respeitado o princípio da inalterabilidade contratual lesiva e, após a extinção do pacto, em especial para as verbas de natureza não salariais, consoante Nascimento (2011, p. 880).

No que diz respeito às hipóteses de ocorrência, entendeu-se que a mediação pode ser usada para tratar dos direitos disponíveis e indisponíveis que aceitem transação, a exemplo do art. 611-A da CLT, restringido seu uso no caso de direitos absolutamente indisponíveis. Ainda se observou que, como Spengler (2017, p. 117) critica, a Resolução n. 174/2016 do CSJT não estabeleceu quais tipos de conflitos podem ser submetidos à autocomposição, nem em que situações.

Além da crítica feita pela autora, a supracitada resolução cria certas inconsistências, por exemplo, a resolução proibiu o uso da mediação extrajudicial realizada por Câmaras de Mediação e Conciliação, o que levou a entender que só poderiam ser realizadas as mediações extrajudiciais nas CCPs, no Ministério do Trabalho (atual secretária do trabalho) e no MPT. Uma vez que a mesma resolução afirma que a mediação e conciliação serão permitidas nas hipóteses previstas pela CLT.

Resta, então, observar como a mediação, tanto judicial quanto extrajudicial, pode ser essa ferramenta de efetivação dos direitos laborais. Entende-se que, principalmente, há três pontos em que se pode observar esta questão, bem como que a mediação promove a efetivação dos direitos trabalhistas: o primeiro a garantia do acesso à Justiça de modo amplo; o segundo é através do equilíbrio que ela pode trazer a negociação individual que a reforma trabalhista estabeleceu ser possível entre o empregado e empregador e; o terceiro ponto é o fato de que a mediação pode facilitar que o direito lesionado ou o conflito iminente seja tratado no momento em que ocorre a ameaça ou lesão, realizando uma proteção maior dos direitos laborais – especialmente, no caso de direitos da personalidade.

É de bom alvitre tratar, ainda, da questão da crítica à conciliação judicial, pois deve servir de inspiração para que se evite na mediação judicial ou extrajudicial, por guardarem semelhanças em si ainda que sejam meios de autocomposição distintos. Isto porque, apesar de

não se medir um instituto pela possibilidade de sua corrupção prática, é importante observar todas as experiências ocorridas que tragam um ensinamento proveitoso para o crescimento e aperfeiçoamento do instituto jurídico.

Iniciando-se pelo primeiro ponto da mediação como forma de efetivar os direitos laborais, o acesso à Justiça. Como foi visto no capítulo quatro do presente estudo, esse é um ponto extremamente importante em virtude da dificuldade que a reforma trabalhista trouxe para se pleitear as ações na via judicial.

Cappelletti e Garth (2002, p. 4) traçam uma linha breve de evolução do acesso à Justiça desde sua compreensão mais individualista da época do liberalismo burguês, quando o Estado era passivo e o acesso à Justiça se resumia em propor uma ação e se defender se os interpelados tivessem como pagar o Judiciário, ou seja, o acesso dos cidadãos era vinculado à sua capacidade econômica. Isso ocorreu até o surgimento dos direitos humanos, que trazem uma nova visão ao Estado, exigindo que ele saia de sua postura passiva e tome uma postura eficaz na garantia da realização dos direitos dos cidadãos, especialmente o do acesso efetivo à Justiça, que garante a efetividade dos demais direitos alcançados.

Bedin e Spengler (2013, p. 97) tratando sobre o acesso à Justiça também observam sua evolução, desde a ligação direta com a religião, passando para o monopólio do Estado laico, seguindo para sua evolução liberal de mera formalidade até se tornar uma garantia essencial ao Estado Democrático de Direito, além de ser a ferramenta fundamental estatal para efetivar a realização de todos os direitos. Afirmando, ainda, que “Com efeito, o direito de acesso à justiça adquiriu cada vez mais protagonismo, passando a ser entendido como um direito essencial e garantidor dos direitos humanos” (BEDIN; SPENGLER, 2013, p. 97).

Das duas duplas de autores, é importante observar que o acesso à Justiça é expressamente uma das garantias que é garantia e meio de efetivar os demais direitos ao mesmo tempo. Por essa razão, sua importância é tremenda no Direito como um todo. E também por isso se observa o quanto é importante buscar a melhoria e a ampliação do acesso à Justiça e não sua redução – como se critica que foi a visão da reforma trabalhista.

É importante ressaltar ainda que o acesso à Justiça não é apenas a mera promoção ao Judiciário, apesar de ele fazer um grande papel na efetividade do direito de acesso à Justiça, como se depreende da leitura sobre a terceira onda de acesso à Justiça de Cappelletti e Garth (2002, p. 25). De modo resumido, ondas de reformas sobre o acesso à Justiça são: a primeira que tratava sobre o acesso dos mais pobres e necessitados à Justiça, criando formas de assistência jurídica gratuita para aqueles que não podem custear o processo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12); a segunda que tratava sobre a representatividade os interesses difusos,

coletivos ou grupais, dessa reforma surgem às ações que vinculam os todos os membros de determinada classe, mesmo que ausentes ao processo, modificando assim a visão individualista do processo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 18/19) e; a terceira onda que tratava sobre a ampliação do próprio conceito de acesso à Justiça para além do Judiciário, incluindo também instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos que podem prevenir ou pacificar as disputas que surgem da sociedade moderna. Sem esquecer as conquistas realizadas pelas demais ondas da reforma (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 25).

É na terceira onda que os autores Cappelletti e Garth (2002, p. 26) sugerem que a mediação ou outros mecanismos de busca apaziguadores de controvérsias são meios mais apropriados para preservar relacionamentos. Ademais, os autores observam que esses meios de resolução de conflitos pacíficos, a exemplo da mediação ou da conciliação, são, em regra, utilizados fora do Judiciário e são procedimentos mais simples e informais (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 30).

Dessa forma, chega-se à mesma conclusão que Souza (2015, p. 43/44) de que o acesso à Justiça possui dois aspectos, o formal, que seria o chamado acesso ao Judiciário, ou seja, a possibilidade de ingressar em juízo para defender um direito próprio e o material, que corresponde ao acesso a um processo e uma decisão que sejam justos. Ademais, a autora declara que todo o direito processual é um instrumento posto a serviço da realização do direito material, de modo que não basta que haja as normas avançadíssimas de natureza material se não houver, em contrapartida, mecanismos que atuem em caso de sua violação.

Limitar esses mecanismos a apenas um tipo específico é limitar a própria efetivação dos direitos materiais, uma vez que resta claro que o Poder Judiciário não consegue sozinho assegurar a proteção e efetivação a todos os direitos materiais existentes. Nesse ponto, é interessante ver como Bolwerk *et al.* (2018, p. 4) entendem a mediação não apenas como uma forma de acesso à Justiça material e ampla, como também uma política pública de paz social.

Resta claro que o acesso à Justiça deve atender aos seus dois aspectos, tanto o formal quanto o material e, nesse caso, a mediação atende completamente o aspecto material, sendo um procedimento justo e que, em regra, tende a produzir soluções justas e adequadas ao conflito. Uma vez que, como visto anteriormente, sua principal função não é a de resolver o conflito, mas a de possibilitar a comunicação entre as partes conflitantes para que possam conversar e entender a controvérsia que as aflige para que, desse ponto, elas possam mutuamente estabelecer seus limites e desejos que poderão resolver o conflito.

No âmbito trabalhista que, segundo Brito (2010, p. 10), tem uma tradição de resolução de conflitos pela via negocial com as reivindicações dos sindicatos e união dos trabalhadores,

bem como a tradição da conciliação judicial e extrajudicial nas relações individuais. Logo, parece ser um terreno apropriado para a utilização da mediação. É o que se observa também na explicação de Oliveira (2015, p. 176) de que no processo do trabalho já possui uma orientação voltada ao princípio da conciliação, de modo que em diversos momentos a CLT prevê uma abertura para modelos de autocomposição de resolução de conflitos. Desse modo, a utilização da mediação é entendida como válida e facilitada.

Ademais, como foi dito por Cappelletti e Garth (2002, p. 30), a mediação tende a resolver o conflito e não romper com a relação vigente. Dessa forma, parece ser um meio bastante necessário nas relações trabalhistas que são carentes de meios de comunicação entre o empregado e o empregador e que garantam a boa comunicação entre os polos desiguais da relação de trabalho a fim de resolver a questão controvertida e ainda possibilita que sejam evitadas demissões injustificadas.

Compreendendo a relação da mediação como uma forma ampliada do acesso à Justiça, resta clara a sua utilização para garantir a proteção e a efetividade dos direitos laborais, especialmente, no momento em que o meio tradicional, que era a Justiça do Trabalho, passou por uma interferência tão abrupta que fez reduzir os pleitos aos tribunais.

Relembrando que essa diminuição foi intencional, como visto no capítulo anterior, ademais segundo as estatísticas do TST (BRASIL, 2019b, on-line) houve uma queda de aproximadamente 30% no volume das ações apenas com a reforma trabalhista. Uma quantidade considerada de pessoas que não mais buscam a tutela do Estado para garantir seus direitos. De modo que se faz necessário, mais que nunca, que haja um meio confiável e eficaz para realizar o papel que antes a Justiça do Trabalho fazia sozinha.

A segunda forma que a mediação na seara trabalhista garante a efetivação dos direitos laborais é também um reflexo ainda da reforma trabalhista. Como visto no capítulo quatro, a Lei n. 13.467/2017 ampliou a autonomia da vontade dos sujeitos da relação trabalhista, além de permitir a negociação entre empregado e empregador a nível individual – o que, em regra, é prejudicial ao empregado.

Dessa forma, a utilização da mediação como meio de comunicação entre o empregado e o empregador possibilita que a negociação entre os dois ocorra de modo mais equilibrado, já que o mediador funciona como o terceiro imparcial que une as partes e as coloca em posicionamentos equidistantes.

Como visto no capítulo anterior, segundo Delgado (2017a) a relação trabalhista possui dois sujeitos que estão em desequilíbrio de poder, o empregado, lado mais frágil, e o empregador, o lado mais forte. Por esse motivo, o Direito do Trabalho surge com a missão de

criar meios de proteção legal para o empregado a fim de equilibrar a relação em que ele se encontra. Uma dessas proteções era o limite que existia na autonomia da vontade das partes, especialmente a do empregado para que esse servidor não pudesse abrir mão de seus direitos.

Contudo, a reforma trabalhista veio para diminuir a incidência dos princípios da proteção e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas a fim de criar a possibilidade de os empregados, mesmo que com *status* individual, pudessem negociar diretamente com o patrão. É válido ressaltar que a reforma determinou que o empregado poderia negociar com o empregador, sendo o empregado hipersuficiente do parágrafo único do art. 444 da CLT (BRASIL, 1943).

Porém, também aumenta a autonomia dos empregados de modo geral sobre o momento de buscar a resolução de seus conflitos, visto que traz a possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho. De modo indireto, o que a reforma fez foi aumentar o rol de direitos que podem ser negociados e estimular a utilização dos meios extrajudiciais para a resolução dos conflitos de trabalho, meios esses que, em regra, necessitam da autonomia da vontade das partes com o mínimo de interferência possível.

Desse modo, apesar da confusão gerada entre a exigência de uma lei própria para a mediação trabalhista feita pela Lei de Mediação (BRASIL, 2015b), a vedação de mediação extrajudicial em câmaras privadas da Resolução n. 174/2016 (BRASIL, 2016) e o fato de que já foram homologadas decisões de câmara privada de mediação na Justiça do Trabalho, acredita-se que a mediação judicial ou extrajudicial é um caminho viável e seguro para que haja as negociações entre empregados e empregador e para que seja o canal de comunicação entre trabalhadores e patrões que faltava no Brasil.

Resta claro que é necessário que haja essa sedimentação segura da utilização da mediação trabalhista nos conflitos individuais laborais, ou seja, é necessário que haja pelo menos um entendimento pacificado do TST e do CSJT para ser aplicado nos tribunais sobre a mediação judicial e extrajudicial nos conflitos do trabalho. De toda forma, deve-se ressaltar que, de preferência, seria necessário que houvesse a promulgação da Lei de Mediação trabalhista a fim de sanar todas as dúvidas e incongruências existentes.

Importante observar que, segundo Finelli (2016, p. 111), há um projeto de lei parado no Senado Federal há mais de vinte anos que trata sobre a mediação judicial trabalhista, o PLS n. 246 de 1996. Nesse caso, a autora entende que, já que se perdeu a chance de avançar com o instituto da mediação na seara trabalhista com a Lei n. 13.140/2015, é necessário que se retome as discussões desse projeto de lei para que haja uma regulamentação do instituto, apaziguando de vez a sua utilização na seara laboral.

Retornando ao ponto da mediação como forma de garantir uma negociação equilibrada entre o empregado e o empregador, observa Miranda (2017, p. 208) que as negociações trabalhistas são realizadas por sindicatos que possuem o saber e o aporte para garantir o cumprimento da lei, nunca se observando uma negociação direta entre o empregado e o empregador, mesmo que o trabalhador possua um salário alto e grau de instrução superior, que consiga flexibilizar e proteger ao mesmo tempo a parte hipossuficiente, como ocorre nas negociações coletivas.

Miranda (2017, p. 208) ressalta ainda a diferença entre a suposta flexibilização dos direitos trabalhistas por parte do empregado no momento do juízo conciliatório. Contudo, a autora esclarece que perante a conciliação judicial o magistrado deve agir com cautela e zelo para garantir que o acordo não contenha prejuízos ou simples renúncia do empregado, de modo que ela entende que a negociação direta entre o empregado e empregador não vai ter o mesmo zelo que o juiz no momento da negociação.

Entendendo, então, que a negociação direta entre empregado e empregador pode ocorrer dentro de um processo com a supervisão de um juiz, observa-se que a mediação é uma espécie de negociação orientada por um facilitador imparcial, como afirma Oliveira (2015, p. 174). Nesse caso, não seria bem o juiz que controlaria o ambiente e a igualdade entre as partes durante a negociação, seria o mediador. Este último é treinado para ser habilmente capaz de restabelecer a comunicação e estimular as partes a criarem soluções em conjunto sem propor soluções diretamente.

A própria ideia de usar a mediação como meio para equilibrar a negociação não é uma novidade, uma vez que a mediação trabalhista é mais comum de ocorrer no âmbito do direito coletivo e é usada exatamente para ajudar os sujeitos da relação trabalhista coletiva para conseguirem se comunicar de modo adequado e que possam resolver entraves que na negociação direta entre sindicatos ou entre empregador e sindicato não estavam conseguindo, consoante Brito (2018, p. 255). Por isso, não é de se estranhar a utilização da mediação no âmbito individual para que seja realizada a negociação entre empregado e empregador.

Contudo, há quem sinta certa insegurança ainda na utilização da mediação como meio para a negociação individual, é o que se observa em Miranda (2017, p. 220) que desconfia dos mediadores como facilitadores imparciais. Ela observa que, corriqueiramente, os mediadores são contratados para atender aos interesses da empresa, ou seja, tornam-se parciais e, dessa forma, dificilmente conseguiram coordenar uma negociação justa que gere um acordo igualmente justo.

Compreende-se o receio de Miranda como válido. Todavia, a mediação como forma de restabelecimento de comunicação e de coordenação para negociações ainda é o meio mais democrático e adequado para que haja a negociação direta entre o empregado e empregador. Especialmente se houver o cuidado de divulgar para os empregados o que é a mediação, como ela funciona e o que fazer caso o mediador não esteja cumprido os critérios exigidos pelo código de ética dos mediadores e conciliadores, a Lei de Mediação e a própria Resolução n. 174/2016 do CSJT – especialmente, no caso judicial.

Valendo lembrar que, para além do mediador em si que a empresa pode contratar, há os órgãos que podem realizar mediação, como a secretaria do trabalho (antigo MT); as comissões de conciliação prévia – que pode ser uma forma de reanimar sua utilização – e; caso seja pacificado o entendimento, as câmaras de conciliação e mediação privadas, podendo ter contratos tanto com a empresa quanto com os sindicatos para oferecerem seus serviços para a empresa ou o sindicato que lhe sejam parceiros.

Ou ainda, se o CEJUSC-JT assim entender que é válido, o próprio Poder Judiciário pode fazer mediações extraprocessuais ou pré-processuais em seus CEJUSC-JT para tratar tanto da resolução de conflitos quanto da negociação entre empregado e empregador.

Dessa forma, resta claro que o ponto essencial de efetivar os direitos do trabalhador será a informação para os empregados e para os empregadores que dispõem desse meio de comunicação e de negociação com o empregador ou com seus empregados. Em outras palavras, é necessário que haja a divulgação do mecanismo de autocomposição para que especialmente os empregados entendam o seu conceito, para que serve e como utilizá-lo, para que possam utilizar quando acharem necessário.

Além disso, a possibilidade de recriar as CCPs, no sindicato ou na empresa, para que possam realizar não só a mediação como solução de conflito, mas a mediação como meio de negociação facilitada entre empregado e empregador para garantir seu equilíbrio. O que afasta um pouco o receio de que o mediador não vá ser imparcial, pois, nesse caso, há o próprio representante dos empregados e do empregador na comissão.

Sobre o terceiro e último motivo que se observa para a mediação ser considerada uma forma de efetivação dos direitos laborais é que, por sua natureza de resolução de conflito participativa e célere, há a possibilidade de se tratar do conflito ou do direito lesionado no momento em que ele surge.

Como é de conhecimento geral no Direito do Trabalho, diferente do que ocorre nas demais searas do direito, o empregado tende a procurar a Justiça Laboral somente depois que perdeu o seu emprego, pois, como não tem estabilidade no trabalho, é comum que o

empregado que interponha ação trabalhista contra a empresa durante a vigência do seu contrato seja despedido sem justa causa, consoante o que se observa em Viana (2007, p. 187). Afirmado, ainda, o autor que, nessa situação, o reclamante se encontra vulnerável, dependendo normalmente do resultado da demanda para sobreviver, o que significa que tem pressa em receber e aceita realizar acordos de valores muito abaixo do devido.

Acrescenta-se a demora de buscar a proteção do seu direito lesionado com a prescrição extintiva (DELGADO, 2017a, p. 268/269) que corresponde à extinção de certo direito violado por não exercício do seu titular no prazo legal determinado. Conhecido mais comumente como perda do direito da ação. Ou seja, o empregado fica lesionado duas vezes, primeira que deve escolher entre permanecer no emprego ou se arriscar a perdê-lo ao buscar a proteção e o reparo de seu direito lesionado e, quando é dispensado, muitas vezes, boa parte de seus direitos já foram prescritos.

Dessa forma, entende-se que a mediação pode ser um meio de garantir o efetivo tratamento desses direitos e de conflitos que nasçam durante a vigência do contrato e que, em regra, só seriam tratados quando o contrato se extinguisse. Em virtude de ser um meio autocompositivo que pressupõe a participação de ambas as partes para construir a solução e não apenas impõe uma obrigação para uma delas, a mediação tem menor potencial ofensivo para o empregador que uma ação judicial, pois ele também será ouvido.

Acredita-se, então, que a realização da mediação durante a vigência do contrato de trabalho será esse meio de comunicação que pode garantir que o empregado reclame dos direitos violados no momento em que são violados e não somente quando ele for dispensado. Por outro lado, é uma forma benéfica para o empregador, pois a ele não será imposto nada e a solução para o conflito entre ele e o empregado será criada por ambos. Nesse ponto, entende-se que, como Tartuce (2019) afirma, sendo o acordo da mediação o que tem menos índice de descumprimento, o empregado se sentirá satisfeito em ter sua questão tratada de modo adequado e, provavelmente, tenderá a trabalhar com mais satisfação por se sentir valorizado, levando em consideração a pesquisa de Bueno (2002) na qual ele observa como a teoria da motivação humana e como ela pode contribuir para a criação de uma empresa humana. Nesse caso, o autor observa que há uma relação entre satisfação e aumento da produtividade do empregado e que, dentro dessa satisfação pode ocorrer pela sensação de estima, de valorização e de autorrealização, dentre outros.

Nesse caso, a mediação como forma de canal de comunicação entre o empregado e empregador, demonstra que o empregador está disposto a ouvir e a negociar com seu empregado tanto para reparar algum dano que tenha causado quanto para negociar, no âmbito

do que foi visto mais acima, novas cláusulas que sejam de benefício mútuo. O que certamente leva à sensação de valorização e de importância ao empregado.

Antes de seguir para o final desse tópico, é importante observar que a utilização da mediação judicial ou extrajudicial para a resolução dos conflitos trabalhistas pode ajudar a melhorar também o ambiente do trabalho. Há conflitos que surgem dentro da empresa que não são exclusivos do Direito do Trabalho, mas que, dentro do campo trabalhista, possuem um terreno fértil. Por exemplo, casos de assédio moral e *bullying* dentre outros.

Nesses casos, observa Freitas (2013b, p. 38), ao tratar sobre como os direitos indisponíveis podem ser tratados na mediação, traz o exemplo do direito a tutela da honra e da dignidade da pessoa do trabalhador que é lesionado quando há um assédio moral entre dois colegas de trabalho, sendo de responsabilidade da empresa a manutenção do meio ambiente de trabalho pacífico e saudável, tende a empresa, segundo o autor, a refutar a judicialização do direito lesado. É nessa hipótese que o autor afirma que a intervenção mediadora eficaz entre o empregado ofendido e o empregado ofensor pode produzir uma reparação para o ofendido que seja vista tanto por ele como pelo seu ofensor como justa e satisfatória.

Contudo, o maior benefício nesse caso é a capacidade que a mediação tem de reconstruir uma atmosfera harmoniosa ou, pelo menos, não hostil para a futura relação intersubjetiva entre os empregados envolvidos no conflito e para os demais empregados que fazem parte desse ambiente de trabalho. Além de possibilitar a preservação do emprego para vítima e agressor (FREITAS, 2013b, p. 38/39). E, segundo o autor, o mais importante é que, em nenhum momento, o empregado ofendido venha a renunciar à tutela jurisdicional do seu direito à dignidade e à honra.

Freitas (2013b, p. 39) ainda observa que, nos conflitos envolvendo empregado-empregado, os quais normalmente envolvem questões de direitos à personalidade, a mediação possui inúmeras vantagens frente aos métodos heterocompositivos, especialmente por ser ferramenta capaz de criar um ambiente harmonioso e pacífico. Ressalta-se que este ambiente é benéfico para a empresa por estimular a produtividade, já que estão em local seguro, bem como para os trabalhadores por serem os que mais sofrem com a hostilidade, competitividade excessiva e falta de cortesia em geral dos ambientes de trabalho corroídos pela falta de empatia.

Por fim, resta entender a crítica feita à conciliação judicial para que seja evitada durante a mediação judicial ou extrajudicial. Como mencionado anteriormente por Viana (2007, p. 187), a situação apresentada revela acordos de valores baixíssimos e que implicam, em regra, em apenas renúncia por parte do trabalhador.

Como declara Côrtes (2017, p. 303), o tema da renúncia e da transação reside no ponto mais nevrálgico do Direito do Trabalho, como se pode notar por tudo que já foi visto, nunca há uma pacificação entre o posicionamento da possibilidade de transacionar ou renunciar direitos trabalhistas. O autor ainda afirma que o silêncio proposital da falta de sistematização e clareza sobre o tema da transação e renúncia encontra terreno fértil na celeuma sobre a conciliação e os acordos nela promovidos.

Segundo Côrtes (2017, p. 306), de igual forma que no direito material a renúncia tem um campo de atuação limitado. No direito processual do trabalho também, tendo em vista que a irrenunciabilidade é regra, admitindo-se excepcionalmente a renúncia e desde que a legislação expressamente permita e que não haja vício de consentimento ou prejuízo para o trabalhador.

Todavia, a despeito de todo o posicionamento protetivo da lei e da doutrina, há um posicionamento prático que está ancorado no dia-a-dia forense, que distorce os parâmetros protetivos, quase que de modo incongruente e com surpresa é reproduzido normalmente pela doutrina e pela jurisprudência (CÔRTEZ, 2017, p. 307). Afirma o autor que a prática nos fóruns é de defender que no momento da Conciliação Judicial, seja no curso ou após a extinção do contrato de trabalho, haveria a possibilidade da renúncia de modo quase ilimitado, uma vez que não estaria se questionando direitos, e sim meros créditos correspondentes a ele, os quais não possuem a mesma proteção jurídica.

Côrtes (2017, p. 307) não concorda com essa argumentação, pois entende que o crédito provido do direito nada mais é que a face pecuniária do próprio direito, o que significa dizer que o compõe e corresponde a como ele é concretizado no mundo real. Nesse caso, coaduna-se com o que traz Viana (2007, p. 192) ao comparar no conto que narra a “transformação” de uma irmã na outra no momento do casamento e que todos costumam a perceber a troca com o fato de que a conciliação viabiliza a redução dos direitos laborais pelas mãos dos próprios beneficiados até certo ponto neutralizando os avanços da lei trabalhista.

Ou seja, a possibilidade de renúncia em juízo de seus direitos sob o véu da conciliação e da pacificação pode causar prejuízo ao trabalhador que, como Viana (2007, p. 187) já mencionou, em virtude da pressa e da necessidade de sobrevivência acaba por aceitar renunciar uma parcela alta de seus direitos para que receba o pagamento mais rápido de alguns desses direitos.

Outra comparação que pode ser feita entre o que Côrtes (2017, p. 307) diz sobre a possibilidade do empregado sob a duvidosa ideia civilista de falta de vício de consentimento e de utilização da autonomia da vontade das partes pode aceitar receber menos que os créditos

devidos por seus serviços e pelos direitos que lhe foram sonegados durante a relação de emprego, com o que afirma Viana (2007, p. 186) de que o véu da noiva de seu conto que esconde a irmã da noiva no lugar da originalmente escolhida para casar, é semelhante com o véu que esconde o trabalhador. Segundo Viana (2007, p. 186), “Ele comparece ao juiz disfarçado de reclamante; a cada instante, enfatiza-se a sua qualidade de uma das partes no processo, como se o processo se dividisse em dois, metade para cada lado”.

Em outras palavras, o trabalhador chega ao tribunal com a aparência de quem não tem uma pressão externa sendo exercida contra ele, como sendo a parte ativa e mais forte da relação, pois ele é o credor, aquele que detém o direito. Mas o que acontece é que não o é, posto ainda que ele é a figura mais frágil da relação.

Observa-se que, pela análise do texto de Côrtes (2017), Viana (2007) e de Silva (2015), fica claro que a ampla e quase irrestrita renúncia dos direitos trabalhistas que ocorre na conciliação judicial do trabalho é favorável apenas para o empregador, pois acaba que justifica a sonegação dos direitos laborais para que mais à frente seja feito um acordo no qual se pagará bem mais barato do que o que realmente foi devido, ganhando ainda quitação total das verbas sobre aquele contrato. Uma verdadeira recompensa para o ilícito trabalhista.

Sobre essa benevolência com o empregador sonegador, observa Silva (2015, p. 170) que, apesar de mais da metade das ações judiciais do trabalho ser resolvida através da conciliação – o que garante o posto da Justiça do Trabalho como a Justiça mais rápida –, há uma diferença gritante no valor recolhido entre as ações que gerarão sentença e irão para a execução e o valor pago pelos acordos. O autor traz os dados do relatório do TST do ano de 2012, do qual foram pagos aos reclamantes um total de R\$ 18.628.038.501, 33, sendo que desse valor R\$ 13.155.380.164, 80 provieram das execuções e R\$ 5.466.369.329, 31 decorreram dos acordos firmados entre as partes. Em outras palavras, os valores das execuções correspondem a 70, 62% do valor total recolhido pela Justiça do Trabalho, enquanto os acordos, apesar de serem à época mais da metade das ações trabalhistas, correspondiam apenas a 29, 48% do valor total.

Silva (2015, p. 170) observa que isso não acontece por conta da ameaça de juros aplicados nas sentenças. Na verdade, o que ocorre é uma grande desproporção entre os valores pagos aos reclamantes que realizam o acordo e aqueles que esperam a sentença. Afirma o autor que fica evidente, ao se comparar o número total de processos conciliados com o montante pago em virtude de acordos, é que a conciliação, em média, tem um valor menor que a metade do valor de uma sentença. Da fala do autor, conclui-se que o empregado acaba

por desistir de mais da metade de seus direitos no momento da conciliação judicial, ou seja, acaba por virar predominantemente uma renúncia do que uma transação.

Dessa forma, observa-se que a mediação, judicial ou extrajudicial, deve ter a precaução de não se perpetuar como um meio de o empregado apenas renunciar seus direitos e beneficiar exclusivamente o empregador. Todavia, acredita-se que, com a implementação da mediação através da Resolução n. 174/2016 do CSJT, das regras do CPC que não foram barradas pela resolução comentada e ainda que não possa ser usada para a mediação trabalhista, dos guias gerais da lei da mediação e com controle realizado da mediação extrajudicial pelo processo de homologação judicial dos acordos extrajudiciais, a mediação no âmbito trabalhista será um mecanismo de efetivação dos direitos laborais e não de renúncia deles.

5.3 UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO TRABALHISTA EM OUTROS PAÍSES

Para encerrar o presente estudo, é importante observar, de modo breve, a experiência de outros países com a mediação nos conflitos trabalhistas individuais, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, para buscar aprender com a vivência e com o conhecimento de outros países formas de melhorar a utilização desse método de resolução de conflito.

Serão observadas as experiências de Portugal, Argentina e Espanha por terem certa proximidade com a legislação brasileira, além de que, em todos os três países, a mediação, ou conciliação, dos direitos trabalhistas já ocorre há mais de dez anos. Por exemplo, Portugal teve seu sistema de mediação criado em 2006.

Inicia-se o estudo com o exemplo de Portugal, segundo Amado (2013, p. 286), a mediação de direitos individuais através do sistema de mediação laboral (SML), o que foi instituído pelo Ministério da Justiça de Portugal.

O SML é um sistema nacional de resolução de conflitos extrajudicial, mas organizado por entidade pública, no qual se permite que os trabalhadores e empregadores possam resolver seus litígios com a mediação laboral, estabelecendo acordo sem que precise recorrer ao tribunal. Tendo uma alta adesão por parte dos parceiros sociais como a União Geral dos Trabalhadores, a Confederação da Indústria Portuguesa a Confederação de Comércio e Serviços de Portugal, dentre outros (AMADO, 2013, p. 286; BATISTA, 2016, p. 19).

Observa-se que, como no Brasil, o procedimento de mediação não é obrigatório, porém as empresas signatárias do protocolo da SML são incumbidas obrigatoriamente de

divulgar o sistema para seus trabalhadores, além de deverem incluir uma cláusula contratual que trate sobre o que é o SML e sobre a adesão da entidade patronal a esse método de resolução de conflito (PITA, 2013, p. 42).

Diferente do que ocorreu no Brasil, em que a Lei de Mediação autorizou o uso do instituto para direitos disponíveis e indisponíveis transigíveis e, especificamente, da Resolução n. 174/2016 do CSJT, não estabeleceu quais direitos seriam tratados na mediação trabalhista, o protocolo da SML, segundo Batista (2016, p. 19), Amado (2013, p. 287) e Pita (2013, p. 42), determinou que a mediação laboral não poderia tratar sobre direitos indisponíveis, nem sobre os casos que versassem sobre acidente de trabalho.

Ao que parece, o legislador português tomou um pouco mais de cuidado para proteger o trabalhador nos casos dos direitos trabalhistas indisponíveis, pois não o divide em uma categoria que possa ser transacionada e outra que não possa. Ainda assim, observa que a Lei de Mediação brasileira vinculou a validade do acordo de mediação dos direitos indisponíveis transigíveis ao crivo do Judiciário e a oitiva do Ministério Público, o que se entende como uma clara medida de proteção.

Dessa forma, o SML é capaz de tratar sobre qualquer litígio que envolva direitos trabalhistas disponíveis pode ser tratado pelo Sistema de Mediação Laboral, a exemplo de casos sobre o pagamento de créditos decorrentes da extinção do contrato de trabalho, sobre promoção, sobre mudança do local de trabalho, sobre marcação de férias, sobre procedimentos disciplinares, dentre outros (BATISTA, 2016, p. 19; PITA, 2013, p. 43; AMADO, 2013, p. 289).

Pela análise dos tipos de conflitos elencados pelos três autores citados, é interessante observar que, mesmo questões que não envolvem necessariamente um valor em pecúnia, como o caso de marcação de férias, alteração do horário de trabalho, transferências, dentre outros, podem ser tratados no sistema de mediação português, ou seja, pode ser usadas apenas para tratar de assuntos que geram ruídos e entraves na relação entre empregado e empregador. Parecido com o canal de comunicação que Silva (2017, p. 115) afirma que falta no Brasil.

Interessante observar que, consoante Pita (2013, p. 46) e Amado (2013, p. 288), o processo de mediação tem um custo fixo para as partes de €50 (cinquenta euros) para cada uma, não importando a duração nem o número de sessões necessárias para a realização da mediação. Observa-se, ainda, que há uma pequena diferença no valor que o mediador recebe ao encerrar a mediação sem acordo e com acordo. Quando lograr um acordo, o mediador ganha €120 (cento e vinte euros); quando a mediação terminar sem acordo, o mediador ganha €100 (cem euros).

Apesar do receio sobre os casos de diferenças de valores no pagamento do mediador que realizar acordo⁷⁸, pois pode estimular o mediador a fazer alguma pressão sobre os mediados para que o acordo seja realizado. O caso do protocolo do SML não parece, a princípio, que vá gerar esse comportamento inadequado, pois a diferença é ínfima. Nesse caso, parece cumprir melhor o papel de um tipo de bônus para o mediador que conseguiu realizar o acordo.

Outro ponto interessante são os requisitos para ser um mediador do SML, segundo Amado (2013, p. 289), o protocolo do Sistema de Mediação Laboral estabelece os seguintes requisitos para ser um mediador trabalhista: ter mais de vinte e cinco anos; estar em pleno gozo de seus direitos civis e políticos; possuir licenciatura adequada; estar habilitado com um curso de mediador trabalhista; não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso e ter domínio da língua portuguesa.

Apesar de o termo licenciatura adequada parecer que se refere a algum tipo de curso determinado, segundo Pita (2013, p. 59), o texto apenas informa que o mediador deve ser formado em algum curso de ensino superior, não que tenha que ser necessariamente no curso de psicologia ou de direito. Outro requisito interessante é o de que o mediador deve ser habilitado em curso de mediação trabalhista, ou seja, o mediador deve participar de uma especialização sobre mediação naquela área específica, o que se deduz que tenha módulos voltados para técnicas mais apropriadas para serem usadas nos conflitos trabalhistas.

Todavia, por mais que o sistema português de mediação laboral pareça ser bem estruturado e organizado, ele não teve tanto sucesso. Conforme afirma Martelo (2019, p. 30), apesar da existência de vários mecanismos de resolução alternativa de litígios laborais, em Portugal, a tendência ainda é da predominância da utilização da via judicial.

Segundo os dados relatados por Amado (2013, p. 289), os pedidos de mediação laboral tiveram um pico em 2008, de 607 pedidos e depois começaram a cair, sendo 538 pedidos em 2009; em 2010, 259 pedidos e; em 2011, 157 pedidos. Além da pouca quantidade de casos, eles se provam infrutíferos, seja por falta de resposta em 586 dos casos, por recusa imediata em 540 dos casos ou por recusa do SML após informação em 138 dos casos. Assim, conclui o autor que, apesar dos cinco anos de vida, só ocorreu às sessões de mediação em 167 casos,

⁷⁸Por exemplo, em caso de aumentar o pagamento do mediador em metade, se ele realizar o acordo ou, ainda, o que ocorre no caso dos editais de processo seletivo para mediador/conciliadores de tribunais de justiça em todo o Brasil, de que o pagamento do mediador/conciliador é condicionado ao fechamento do acordo. Ou seja, caso não haja acordo, o mediador/conciliador não receberá pagamento, mesmo que tenha feito uma ótima mediação e que tenha cumprido seu papel de restabelecer a comunicação entre as partes.

dos quais 105 terminaram em acordo. Ou seja, houve uma verdadeira involução dos pedidos de mediação laboral.

Observando-se o site da SML, em sua página sobre estatísticas, tem-se que, no primeiro semestre de 2019, apenas 18 casos novos, dos quais 12 foram encerrados, 3 por falta de resposta, 3 por desistência e 3 por pedidos que não reúnem as condições para prosseguir a mediação (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2019, on-line).

Batista (2016, p. 37) afirma que os casos escassos de mediação podem ser em decorrência da pouca aderência por parte dos possíveis mediados e por falta de divulgação, dentre outros fatores. Ademais, ela considera que a diferença existente entre a mediação pública e a mediação privada pode ser um fator de concorrência que provoque ainda mais insucesso na aplicação da mediação. Ressaltando-se apenas que tanto a mediação pública quanto a privada em Portugal são extrajudiciais.

Por outro lado, na Argentina, tem-se uma cultura da conciliação dos conflitos de trabalho muito mais forte que a mediação. Como se observa na fala de Bianciotti (2005, p. 306/307).

Esta protección se traduce en principios como “el de la irrenunciabilidad de los derechos” (art.12 LCT, Ley 20744 y mod., Argentina) con un mínimo de derechos establecidos por ley el cual el trabajador NO PUEDE RENUNCIAR, aún si quisiera y lo firmara expresamente, atento que dicha renuncia no es válida y el acuerdo es nulo. **De allí que un trabajador no pueda someter a mediación su conflicto y en el marco de la conciliación encuentre mayor respuesta para evitar el litigio**, porque el tercero (homologador) es quien controlará que dicho acuerdo no vulnere los derechos del trabajador (grifo nosso).

O que se extrai do excerto é que, em decorrência do princípio da irrenunciabilidade de parte dos direitos trabalhistas, o melhor meio para tratar sobre os conflitos laborais é conciliação, pois o conciliador tem maior participação na realização do acordo entre as partes, podendo interferir no caso das cláusulas tratarem sobre esses direitos irrenunciáveis. Enquanto o mediador não deve interferir, ele apenas auxilia e guia as partes para que haja um ambiente adequado de negociação e conversa.

É interessante observar que, de fato, a mediação no âmbito trabalhista na Argentina não pareceu lograr sucesso, apesar de a Lei de Mediação e conciliação do país, Ley n. 24.573/95 (ARGENTINA, 1995), estabelecer, em seu art. 2º⁷⁹, que não será de aplicação obrigatória para os casos que tramitam na Justiça Nacional do Trabalho. Criando-se uma

⁷⁹**Artículo 2º da Lei 24.573/95** - El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:(...) 10. Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.

dúvida sobre o fato de se a mediação não é de utilização para os conflitos trabalhistas ou se a mediação obrigatória e prévia à ação judicial não é aplicada aos conflitos trabalhistas.

Como já se viu, a exemplo de Bianciotti (2005), há aqueles que defendam que a mediação não deve ser usada para tratar das controvérsias trabalhistas. Logo, ao que parece a regra do art. 2º da Lei de Mediação e Conciliação argentina trata sobre todo o uso da mediação nos conflitos laborais. E como o Serviço de Conciliação Obrigatória Laboral (SECLO) é o sistema de resolução de conflito laboral vigente, parece que os conflitos trabalhistas ficam restritos apenas ao SECLO.

Todavia, há aqueles que entendem que, na verdade, apesar de o SECLO trazer apenas o nome “conciliação”, pode ser usada tanto a conciliação quanto a mediação. É o que se depreende da fala de Pizarro (2018, p. 44) ao afirmar que “El SECLO es de gran importancia para la mediación de asuntos laborales; al ser de carácter obligatoria su comparecencia por ante esta instancia antes de poder ser habilitado para realizar el reclamo judicial, (...)”. De modo que parece que há a coexistência tanto da mediação e da conciliação dentro do SECLO. Contudo, não dá para negar que, no caso da Argentina, a conciliação laboral é a que mais se destaca, enquanto a mediação parece ser um mecanismo reserva, ou seja, existe, mas é mais bem utilizado em outras áreas.

Apesar de o SECLO ser um meio extrajudicial de resolução de conflitos prévios à demanda judicial, há, ainda, a possibilidade de a conciliação ocorrer dentro do processo judicial. Segundo Bianciotti (2005, p. 308), a conciliação pode ocorrer tanto no âmbito extrajudicial como no judicial, o que a autora chama de conciliação administrativa, a que, em regra, é exercida pelo Ministério do Trabalho; e a conciliação judicial, que ocorre dentro dos tribunais que sejam competentes para tratar do conflito.

Por fim, é interessante observar algumas características do Serviço de Conciliação Obrigatória Laboral (SECLO). Segundo o art. 1º⁸⁰ da Ley n. 24.635/96 (ARGENTINA, 1996, on-line), lei que estabelece a criação e a regulamentação do SECLO, os conflitos individuais ou pluri-individuais trabalhistas serão encaminhados para conciliação obrigatória e prévia à demanda judicial.

⁸⁰Art. 1º da ley 24.635/96 - Los reclamos individuales y pluriindividuales que versen sobre conflictos de derecho de la competencia de la justicia nacional del trabajo, serán dirimidos con carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, ante el organismo administrativo creado por el art. 4º de esta ley, el que dependerá del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Já em seu art. 3º⁸¹ (ARGENTINA, 1996, on-line), é determinado que o procedimento será gratuito para o empregado e para seus sucessores. Uma clara demonstração de proteção para o lado mais frágil, lembrando-se que muitas das ações trabalhistas são movidas quando o empregado é demitido, ou seja, não tem mais uma fonte de subsistência ou de renda. Outro ponto um tanto controverso é que os conciliadores devem ser advogados que tenham trabalhado na área laboral, segundo o art. 6º⁸² da lei em análise.

Para o procedimento de mediação que está sendo estudado no presente trabalho, parece inadequado que haja essa exigência do conciliador/mediador ser um advogado, especialmente porque não se deve vincular nenhum tipo de diploma específico ao mediador, já que o perfil do mediador é mais uma característica natural da pessoa que é aprimorada no curso de mediação.

Contudo, parece que a intenção do legislador argentino foi de proteger não apenas o empregado como o próprio empregador, ao colocar um conciliador que tenha experiência na área de conflito das partes de modo que possa orientá-los e ativamente, já que é um conciliador, ajudá-los a criarem soluções que sejam adequadas para ambos e legais. Também parece ser óbvio que, pela lógica de Bianciotti (2005, p. 306-307), o conciliador precisa ser conhecedor de direito para poder interferir quando as partes estiverem compactuando sobre direitos irrenunciáveis que gerariam a nulidade do acordo.

É interessante observar as estatísticas que Pizarro (2018, p. 44) traz do ano de 2016, as quais indicam que o SECCLO conseguiu realizar 43% de acordos. O autor ainda observa que o Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social da Argentina esclarece que essa porcentagem se deve aos diversos aperfeiçoamentos que estão realizando no serviço de conciliação. Alguns exemplos dessas melhorias são uma maior participação do trabalho durante o procedimento, uma melhoria no trabalho e desempenho realizado pelos conciliadores e a implementação de um sistema online de gestão dos tramites e consultas.

O último país que se observa a utilização da mediação para os conflitos laborais é a Espanha. Desde já se avisa que, em alguns casos, a palavra conciliação engloba a mediação junto com ela, como ocorre nas estatísticas publicadas pelo site do Ministério do Trabalho, Migrações e Seguridade Social do governo da Espanha.

Para Casanella (2017, p. 15/16), apesar de, em 2012, a mediação em conflitos do Direito do Trabalho ter sido expressamente proibida por um decreto-lei real, essa proibição não

⁸¹Art. 3º da ley 24.635/96 - El procedimiento será gratuito para el trabajador y sus derecho habientes.

⁸²Art. 6º da ley 24.635/96 - Para ser conciliador se requerirá poseer título de abogado con antecedentes en materia del derecho del trabajo.

deveria ser considerada adequada, uma vez que a própria lei regulamentadora das jurisdições sociais permite o uso da mediação e da conciliação prévia como forma de resolução do conflito trabalhista. Em consonância com o que Muñoz (2007, p. 335) fala sobre a Lei do Estatuto dos Trabalhadores determina que todo trabalhador, antes de pleitear uma reclamação judicial contra o empregador ou sobre sua relação trabalhista, deve-se buscar a via conciliatória perante os órgãos competentes.

A lei, segundo Casanella (2017, p. 16), reforça a utilização da conciliação extrajudicial, da mediação e da arbitragem, regulamentando, ainda, a possibilidade de ocorrer transações judiciais em qualquer momento do processo, inclusive no âmbito da execução. Ademais, segue a autora, a lei estimula não só o uso da mediação prévia como também a intraprocessual.

Nesse ponto, a Espanha é bem semelhante ao Brasil, pois tem a possibilidade tanto de se utilizar a mediação quanto a conciliação para resolver os conflitos trabalhistas, ambas podendo ocorrer em suas formas judiciais ou extrajudiciais.

Casanella (2017, p. 15) comenta ainda que, em razão dos direitos trabalhistas serem direitos privados, mas que, ao mesmo tempo possuem certa proteção estatal – ou seja, são entendidas como normas públicas –, a utilização da mediação, da conciliação e da arbitragem deve ser usada em determinados assuntos do direito laboral. Contudo, esses mecanismos de resolução de conflito alternativos devem ser proibidos em casos que envolvam direitos que não sejam de livre disposição por parte do trabalhador. Por exemplo, o caso de regras de contratação, normalmente as que envolvem menores de idade ou estrangeiros, bem como regras de condições do trabalho, como jornada e descanso.

Esses direitos e normas que tratam de proteção podem ser entendidos como o mínimo civilizatório que Delgado (2017a) costuma associar ao núcleo de direitos absolutamente indisponíveis. Ou seja, aqueles direitos que garantem um trabalho decente e o respeito à dignidade do trabalhador.

Observa Cuvillo (2015, p. 21) que as iniciativas espanholas para utilizar a mediação como ferramenta de resolução das controvérsias laborais começaram por meados dos anos oitenta e foram utilizados inicialmente para conflitos coletivos, mas que, progressivamente, foram se encaminhando para o uso em conflitos individuais e plurais. Outro ponto interessante que o autor traz é que fora os serviços ou sistemas nacionais, como o serviço interconfederal de mediação e arbitragem (SIMA), há os sistemas autônomos que se vinculam a uma região/comunidade autônoma, como é o caso do sistema extrajudicial de resolução de conflitos laborais da Andalúcia (SERCLA), que é o sistema estudado por ele.

É interessante observar o procedimento de conciliação/mediação que Cuvillo (2015, p. 23) traz, uma vez que tal procedimento possui alguma semelhança com o que ocorreria na mediação/conciliação realizada nas Comissões de Conciliações Prévia no Brasil. Segundo ele, o ato de mediação é realizado por uma comissão de conciliação e de mediação, que será composta por dois mediadores, um representando o patrão e o outro representando o sindicato, mesmo para os conflitos individuais.

Por outro lado, o procedimento nacional é mais parecido com o que está previsto hoje no Brasil, no qual ocorre a sessão com apenas um mediador que irá auxiliar as partes a estabelecerem a comunicação e se possível realizarem um acordo (MUÑOZ, 2007, p. 336).

Por fim, é interessante observar as estatísticas dos anos de 2018 e de 2019 sobre a mediação, a conciliação e a arbitragem, ressaltando que o ano de 2019 está com os dados do período de janeiro a outubro apenas, segundo o site do Ministério do Trabalho, Migrações e Seguridade Social da Espanha.

Segundo o relatório, de janeiro a dezembro de 2018, foram resolvidos 428.228 conciliações individuais – lembrando que, nesse caso, conciliações individuais estão abrangendo tanto as conciliações quanto as mediações realizadas. Dessas autocomposições realizadas 220.626 (51%) foram sobre dispensa, 155.335 (36, 3%) foram reclamações de quantidade e 52.267 (12, 2%) foram sanções e causas variadas. O relatório ainda informa que as conciliações individuais que terminaram com avença foram de 135.590 (31, 7%), sendo que, dentro dessa porcentagem, a maior parte dela foi dos conflitos de dispensa com a quantidade de 118.051 casos (87, 1%) (ESPANHA, 2018, on-line).

Já no ano de 2019, do período de janeiro a outubro, foram realizadas 367.459 conciliações individuais. Sendo que dessas, 196.818 (53, 6%) foram sobre dispensa, 121.850 (33, 2%) foram sobre reclamações de quantidade e 48.791 (13, 3%) foram sobre sanções e causas variadas. O relatório ainda informa que 122.129 casos (33, 2%) terminaram em acordo, sendo que, dentre deles, a maior parte dessa porcentagem foi sobre dispensa com 105.923 (86, 7%) dos casos (ESPANHA, 2019, on-line).

Ademais, no ano de 2019, além dos dados da SMAC, também conseguiram colocar os dados da OERCL para mostrar os organismos extrajudiciais de resolução de conflito laborais. Então, durante o período de janeiro a outubro de 2019, ocorreram 4.301 conciliações individuais nos organismos extrajudiciais não governamentais, das quais 1.950 (45, 3%) foram sobre dispensa, 1.168 (27, 2%) sobre reclamações de quantidade e 1.183 (27, 5%) foram sobre sanções e causas diversas.

Ao observar os casos dos três países escolhidos, pode-se notar que a mediação trabalhista pode ter uma rejeição forte, como ocorre em Portugal, especialmente caso não seja incentivada e tratada adequadamente. No caso da Argentina, entenderam que a mediação aparentemente não é a melhor forma de resolução de conflitos trabalhistas, sendo a conciliação a opção de autocomposição que os legisladores argentinos entenderam ser a mais adequada. Já no caso da Espanha, a mediação foi adotada como procedimento prévio e obrigatório antes da possibilidade de se pleitear a ação judicial, podendo ser feita por entidades privadas ou públicas. Apesar de que, pelos dados observados das quantidades de mediações ou conciliações realizadas, as entidades públicas possuem maior credibilidade – talvez por além de ter o apoio de órgãos públicos como Ministério do Trabalho ou Ministério da Justiça, também sejam mais baratas – que as entidades privadas.

Algo interessante de se notar é que, em todos os três países, os direitos trabalhistas que podem ser mediáveis são os direitos patrimoniais da relação de trabalho, reservando os direitos indisponíveis para o crivo exclusivo do Judiciário, diferente do que fez o Brasil.

Das análises realizadas, é importante notar que, na maioria dos casos, o mediador trabalhista deve ter alguma experiência ou familiaridade com a lei laboral, seja a formação em direito, seja um curso específico de mediação voltado para causas laborais ou, até mesmo, experiência na área de atuação. Entende-se que essa experiência na área seja benéfica, pois deve proporcionar a ele uma maior noção dos conflitos que venham das relações trabalhistas, além de ser um de extremo valor na hora de validar os acordos realizados em sua presença, uma vez que o mediador não deve aceitar acordos ilegais ou inexequíveis, pelo menos no Brasil.

Dessa forma, parece que alguns pontos são importantes de serem observados desses três países para que a mediação trabalhista no Brasil tenha sucesso: deve-se divulgar informações e levar à população o conhecimento sobre a mediação e como sua aplicação na seara trabalhista pode ser benéfica; deve-se ter um valor acessível para as partes ou, até mesmo, ser gratuita para o empregado e; é importante que os mediadores da seara trabalhista compreendam as relações e a legislação trabalhista para que possam auxiliar a conversa do empregado com o empregador da melhor maneira possível.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise sobre a utilização da mediação como forma de efetivar os direitos do trabalho no âmbito individual e da busca pelo entendimento dos seguintes objetivos específicos: compreender o que é a mediação de conflitos, entender se é válida a aplicação da mediação nos conflitos individuais trabalhistas, tratar sobre a reforma trabalhista e como ela impactou tanto a Justiça do Trabalho como a mediação trabalhista e, por fim, tratar sobre a mediação como forma de garantia da efetivação dos direitos laborais, chega-se ao entendimento de que a mediação pode, de fato, ser um meio de efetivar os direitos trabalhistas.

De fato, a mediação efetivará os direitos do trabalhador, desde que atendidas algumas necessidades como a presença de advogados, especialmente para o empregado, a fim de que ele possa estar em igualdade com o empregador. Do mesmo modo, observa-se a necessidade de que o acordo final não seja constituído apenas ou em sua maior parte de renúncia dos direitos do empregado, devendo haver uma balança entre a cessação mútua de interesses.

Dessa forma, é importante observar que a mediação, por ser um meio de resolução de conflitos no qual um terceiro imparcial auxilia as partes a restabelecerem a comunicação rompida em virtude do choque de interesses para que possam criar conjuntamente uma solução justa e satisfatória para ambas, por si só já traz um ponto inerente ao Direito do Trabalho, o ajuste de vontades entre as partes.

Tradicionalmente, esse ajuste de vontades possui maior liberdade apenas no campo do direito coletivo do trabalho. Todavia, com a mudança realizada pela reforma trabalhista para ampliar a autonomia da vontade das partes no plano individual, é compreensível entender que a mediação, espécie de negociação facilitada, será um dos meios mais adequados e seguros para realizar a negociação direta entre empregado e empregador. Especialmente por sua regra do mediador dever empoderar as partes para que possam ter segurança no momento da transação.

Para melhor entendimento, recapitula-se os principais pontos que apresentam a mediação como mecanismo de efetivação dos direitos do trabalhador. É importante iniciar com o estabelecimento de que a mediação é aplicável às relações individuais de trabalho, apesar de ainda ser um posicionamento que gera dúvidas. Contudo, fica claro que a intenção tanto legislativa quanto do próprio Judiciário, ao editar uma resolução que trata sobre a mediação judicial, é de compreender que o instituto é compatível com as relações trabalhistas, sejam as coletivas que já ocorriam, sejam com as individuais.

Todavia, é válido ressaltar que a ausência da lei própria da mediação trabalhista, ainda que não prejudique profundamente a aplicação da mediação no âmbito do direito laboral, atrapalha a sua aplicação nas relações individuais trabalhistas. Isso ocorre em razão do advento da lei que trata sobre o tema, pois, além de acabar com as controvérsias sobre a compatibilidade entre mediação e relações trabalhistas, consertaria as incongruências que existem entre o novo CPC, a Resolução n. 174/2016 do CSJT e a Lei de Mediação, facilitando o desenvolvimento adequado do instituto no âmbito jurídico e prático.

Observa-se também o impacto da reforma trabalhista para a mediação laboral, ainda que de modo indireto, pois a Lei n. 13.467/2017 criou um ambiente favorável para a utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflito, apesar de negativamente dificultar o acesso ao Judiciário para diminuir a quantidade de ações judiciais. Ainda que haja esse ponto negativo, no âmbito dos métodos extrajudiciais de conflito, a reforma atuou a favor deles, estimulando o uso desses meios através da criação de um mecanismo de homologação judicial de acordos extrajudiciais, permitindo expressamente a possibilidade da arbitragem individual – modalidade que era rejeitada para ser usada no plano individual dos direitos laborais – e, de modo geral, aumentando a autonomia da vontade das partes para que possam transacionar seus direitos.

Partindo do pressuposto de que a reforma trouxe esse ambiente favorável para a utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos e do entendimento de que o TST e o CSJT compreendem que a mediação é aplicável aos casos trabalhistas individuais, inclusive regulamentando sua aplicação no âmbito judicial, é possível entender que a mediação atuará como ferramenta de efetivação dos direitos laborais das seguintes formas: garantindo o acesso efetivo à Justiça, sendo um meio de garantir o equilíbrio para a negociação direta entre empregado e empregador e através da possibilidade de se tratar do conflito ou do direito lesionado no momento em que a violação ocorre.

Explica-se que, justamente por ser um meio de resolução de conflito, a mediação garante o acesso à Justiça material, sendo esse ingresso mais necessário no presente momento, já que houve a criação de entraves para o aspecto formal dessa saída. É válido que é através do processo/procedimento que se consegue acessar o direito material, isto é, enquanto no âmbito material os direitos são assegurados, é através do âmbito processual que eles são efetivamente concretizados no plano real. Desse modo, a mediação concretiza, de modo célere e com a participação dos envolvidos, o direito material no mundo real.

A segunda afirmação sobre a mediação ser um meio de garantir o equilíbrio para a negociação direta entre empregado e empregador trata sobre o fato de que a mediação é uma

espécie de negociação facilitada. O mediador, durante a sessão, não interfere na negociação entre os mediandos, ele apenas existe para guiar o fluxo da conversa e garantir que ambos os envolvidos estejam empoderados e que não haja um desequilíbrio absurdo entre as partes da mediação. Dessa forma, tendo a reforma trabalhista, possibilitado a negociação direta entre empregado e empregador, porém sem garantir que haja equilíbrio entre ambos, a mediação pode ser esse canal de comunicação que garante uma negociação adequada.

É claro que o empregado sozinho jamais terá a mesma força que o empregador. Porém, de fato, se há uma possibilidade de realizar as negociações diretamente sem o auxílio do sindicato, fica claro que o melhor meio, para que não haja apenas renúncia por parte do empregado sobre seus direitos e para que efetivamente ele consiga validar seus desejos e limites, é através da mediação. Com o mediador realizando o trabalho de guia e de auxiliar para que a negociação consiga fluir de forma adequada, justa e satisfatória para ambas as partes. Dessa forma, ainda que de maneira mitigada, o princípio protetivo consegue cumprir seu papel durante a negociação entre empregado e empregador.

A última forma com que a mediação efetiva os direitos laborais é através da possibilidade de sua ocorrência durante a vigência do contrato de trabalho. É muito difícil, até mesmo improvável, que o empregado venha a reclamar judicialmente ou a resistir no momento em que seu direito for lesionado, de modo que, em regra, ele espera pleitear o prejuízo da violação apenas após a extinção do contrato, pois já não tem como perder o empregado. Ou seja, como não existe proteção contra despedidas arbitrárias, o empregado não se sente seguro para reivindicar seu direito na Justiça e acaba sendo demitido.

Todavia, como a mediação é um procedimento informal, participativo, confidencial, célere e é usada justamente para situações em que se pretende manter as relações continuadas, ela pode ser uma forma de garantir que o direito lesionado seja tratado no momento em que a violação ocorre. Não apenas do empregador contra o empregado, mas também em casos que envolvam colegas de trabalho que tenham conflitos entre si, a exemplo de *bullying* e de casos de assédio.

Assim, ao conseguir restabelecer a comunicação das partes envolvidas, cria-se um ambiente para que elas solucionem seu conflito de modo satisfatório e justo para ambas. Além disso, espera-se que a mediação seja esse meio de prevenir e de tratar dos casos de direitos lesionados no momento em que eles ocorrem, sem correr o risco do direito ser alcançado pela prescrição e nem de ter que esperar a dispensa para que se possa tratar sobre o direito violado.

Por fim, crê-se que a mediação judicial ou extrajudicial é, de fato, uma forma válida e viável para a efetivação dos direitos trabalhistas, especialmente porque ela trata do conflito

real e não apenas do conflito aparente, o que gera maior satisfação por tratar exatamente do ponto que criava as controvérsias. Ademais, a mediação permite que seus participantes ouçam e sejam ouvidos um pelo outro, para que possam esclarecer seus limites e desejos a fim de gerar uma solução justa e adequada para ambas as partes.

Dessa forma, entende-se que a mediação, ao orientar o acesso à Justiça, ao defender que o direito ou o conflito seja tratado no momento em que é violado e ao assegurar um meio negocial e de comunicação equilibrado para os sujeitos da relação de trabalho, no qual não haja uma dominação da parte mais fraca pela mais forte, é sem dúvidas uma forma de garantir a efetivação dos direitos do trabalhador, especialmente nesse momento de mudança de mentalidade com a reforma trabalhista de 2017.

REFERÊNCIAS

- ALKMIM, Gustavo Tadeu. A mediação na justiça do trabalho e o novo código de processo civil: uma impossibilidade. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 82, n.3, p. 245-256, jul./set., 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97018/2016_alkmim_gustavo_mediacao_justica.pdf?sequence=1. Acesso em: 2 jan 2020.
- ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v.64, n.2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.63907>
- ALVES, Rebecca Falcão Viana; MENDES, Ana Carolina Fontes Figueiredo. A possibilidade da mediação extrajudicial nas relações trabalhistas ante a reforma trabalhista de 2017. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, e-ISSN: 2525-9679. Salvador, v. 4, n. 1, p. 125 - 143. Jan/Jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/4411/pdf>. Acesso em: 20 jun 2019.
- AMADO, João Leal. Tópicos sobre a mediação trabalhista em Portugal. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.) **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 285-306.
- ARANTES, Delaíde Alves Miranda; LEMOS, Maria Cecilia de Almeida Monteiro. Em defesa da justiça do trabalho, do direito do trabalho e da CLT: os ataques e ameaças da reforma trabalhistas. **Revista do TST**, Brasília, v. 83, n. 1, p. 89-113, jan./mar., 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106363/2017_arantes_delaide_defesa_justica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 nov 2019.
- ARENA, Marcela Casanova Viana. Homologação de acordo extrajudicial na justiça do trabalho: análise prática do seu procedimento e requisitos. **Revista Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 141-158, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/37/29>. Acesso em: 24 out 2019.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARGENTINA. **Ley n° 24.573**, de 25 de outubro de 1995. Sustitúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio. Disposiciones Generales. Procedimiento. Registro de Mediadores. Causales de Excusación y Recusación. Comisión de Selección y Contralor. Retribución del Mediador. Fondo de Financiamiento. Honorarios de los Letrados de las Partes. Cláusulas Transitorias. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, [1995] Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>. Acesso em: 28 dez 2019.
- ARGENTINA. **Ley n° 24.635**, de 26 de abril de 1996. Procedimiento laboral. Conciliación obligatoria previa. Modificación de la ley 18.345. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, [1996] Disponível em:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36739/norma.htm>. Acesso em: 28 dez 2019.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARBOSA, Águia Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015

BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 27, n. 57, p. 89-101, Jul./Dez. 1997. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27073/alice_monteiro_limites_da_renuncia.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 dez 2019.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

BASTAZINE, Cleber Alves. **Mediação em relações individuais de trabalho**. 2012. Dissertação (Mestrado de Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-13122012-155547/publico/Dissertacao_Mestrado_Cleber_Alves_Bastazine.pdf. Acesso em: 6 set 2019.

BATISTA, Vanessa. **Estudo comparativo da aplicação da mediação em Portugal e no Canadá**: a execução dos acordos de mediação. 2016. Dissertação (Mestrado de Solicitoria) – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra Business School, Coimbra, 2016. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/17846/1/Vanessa_Batista.pdf. Acesso em: 21 dez 2019.

BEBBER, Júlio César. Reforma trabalhista: homologação de acordo extrajudicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, Campo Grande, MS, n. 2, p. 73-86, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/145951/2017_bebber_julio_reforma_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 out 2019.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional. In SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio (org.). **Acesso à justiça, direitos humanos e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 91-109. [recurso eletrônico].

BIANCIOTTI, Carla Saad de. Conciliación laboral como medio de resolución de conflictos. **Gaceta Laboral**, v. 11, n. 3, p. 303-315, set./dez., 2005. ISSN 1315-8597. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33611301.pdf>. Acesso em: 28 dez 2019.

BOLWERK, Aloísio Alencar; *et al.* A mediação e seus diferente propósitos. **9º JICE – Jornada de Iniciação Científica e Extensão**. 7º artigo científico – ciências sociais aplicadas. Instituto Federal de Tocantins. p. 1-12. 2018. ISSN 2179-5649. Disponível em: <http://propi.iftto.edu.br/ocs/index.php/jice/9jice/paper/viewFile/9203/4191>. Acesso em: 18 dez 2019.

BRAGHINI, Marcelo; SIMON, Andréia Martins; SANTOS, Ronaldo Fenelon Filho. Reforma trabalhista e os meios alternativos de solução dos conflitos de interesses trabalhistas. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v.14, n.1, p. 215-235, jun. 2019. ISSN 1983-4225 Disponível em <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/816/pdf>>. Acesso em: 2 out. 2019. DOI: 10.21207/1983.4225.816.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em número 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019a. 238 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, [2010a]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf.htm. Acesso: 5 jun 2019.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução n° 174/2016**. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Brasília, DF, [2016]. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccac94fab4&groupId=955023. Acesso: 15 jul 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361. Acesso em: 7 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 5.452**, de 1° de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Congresso Nacional, [1943] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 7 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n° 13.105**, de 16 de maio de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso: 2 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n° 13.140/2015**. Dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467/2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.307/1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Congresso Nacional, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso: 5 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029 Distrito Federal.** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA – ASIBAMA NACIONAL. INTDO: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux. 8 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 20 ago 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 64 Rondônia.** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI N. 227/1989, DO ESTADO DE RONDÔNIA. AFRONTA AOS ARTS. 25, 37, INC. X E XIII, 61, § 1º, INC. I, ALÍNEA A, E 63 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Min. Cármen Lúcia. 21 de novembro de 2010b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=510463>. Acesso em: 20 ago 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 782 de 2015. ADI: Previdência dos militares e lei específica.** Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2015c]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo782.htm>. Acesso em: 4 set 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Segredo de Justiça 0009560-54.2015.8.07.0006.** CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. TRANSAÇÃO ENTRE OS PAIS, RENÚNCIA À CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL. Relator: Des. Carlos Rodrigues, 14 de

Março, 2017. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/438516847/20150610096977-segredo-de-justica-0009560-5420158070006?ref=serp>. Acesso em: 10 jul 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. **Recurso Ordinário 00746.1997.005.19.00-3 AL**. Empregado de alto escalão. Horas extras. Incabimento. Alto empregado é o trabalhador que transita num território cinzento em que, habitualmente, sua subordinação, muito tênue, pela proximidade do poder, lhe permite assumir a silhueta do próprio dirigente, como costumam vê-lo os situados na base da pirâmide hierárquica das grandes empresas, e como detém poder de mando, não faz jus ao recebimento de horas extras, nos termos no art. 62, II da CLT. Recorrente: Arnaldo Pinheiro Gama Júnior. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator: Des. Pedro Inácio, 19 de novembro de 2001. Disponível em: <https://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7596336/recurso-ordinario-record-746199700519003-al-0074619970051900-3-trt-19/inteiro-teor-13178957>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. **Recurso Ordinário 0000681-26.2019.5.19.0009**. RECURSO ORDINÁRIO PATRONAL. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE. A LEI N. 13.467/2017 PREVÊ EXPRESSAMENTE A POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. TODAVIA, O ACORDO NÃO PODE CONFERIR QUITAÇÃO GERAL AO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO, NÃO ALCANÇANDO MATÉRIAS QUE NÃO FORAM OBJETOS DE AVENÇA, NOS TERMOS DO ART. 515, 2º DO CPC. DIANTE DISSO, DEVE SER HOMOLOGADO O ACORDO CELEBRADO PELAS PARTES, PORÉM, RESTRINGINDO A EFICÁCIA DO CITADO ACORDO ÀS VERBAS NELE DISCRIMINADAS, SEM A QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APELO PROVIDO, EM PARTE. Recorrente: Mar Azul Dist. Import. E Export. LTDA. Recorrido: Josileno Campelo da Silva. Relator: Des. Antonio Adrualdo Alcoforado Catão. 10 de dezembro de 2019d. Disponível em: <https://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792535792/recurso-ordinario-ro-6812620195190009-0000681-2620195190009/inteiro-teor-792535863?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 nov 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário 0020505-50.2016.5.04.0281**. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL DIREITOS INDISPONÍVEIS. No Direito do Trabalho, a transação extrajudicial não possui a eficácia liberatória geral, porquanto, diferentemente da lei civil, em que há, como regra, o equilíbrio entre as partes pactuantes, no Direito do Trabalho o empregado é hipossuficiente, razão pela qual os direitos assegurados pela legislação são imperativos, cogentes e irrenunciáveis. Recorrente: Mecal Industria e Com de Peças e Equipamentos Ind. LATD-EPP. Recorrido: José Carlos de Souza. Relator: Des. Beatriz Renck, 11 de junho de 2018. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/599957866/recurso-ordinario-ro-205055020165040281/inteiro-teor-599957878?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 jul 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Estatísticas de Recebidos e Julgados da Vara do Trabalho**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho. 2019f. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/recebidos-e-julgados>. Acesso em: 18 nov 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Estatísticas de Recebidos e Julgados da Vara do Trabalho da 20ª Região**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho. 2019g. Disponível

em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/recebidos-e-julgados/20regiao>. Acesso em: 18 nov 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Estatísticas do Trabalho**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2019b. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/corregedoria/estatisticas-da-justica-do-trabalho>. Acesso em: 12 nov 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 1000013-78.2018.5.02.0063**. RECURSO DE REVISTA - ACORDO EXTRAJUDICIAL HOMOLOGADO EM JUÍZO - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - ARTS. 855-B A 855-E DA CLT - QUITAÇÃO - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. Recorrente: Merck Sharp & Dohme Farmacêutica LTDA. Recorrido: Ana Vitória Meneghesso Pelliciani. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filhos. 11 de setembro de 2019c. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759599368/recurso-de-revista-rr-10000137820185020063/inteiro-teor-759599502?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 nov 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2019e. 110p.

BRITO, Albuquerque Mousinho de. **Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá**. São Paulo: LTr, 2010.

BRITO, José Claudio Monteiro de Filho. **Direito sindical**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2018.

BRZOSTEK, Giovane; LEITE, Marcelo Ricardo. **Homologação de acordos extrajudiciais trabalhistas: HOTREX**. São Paulo: LTr, 2019.

BUENO, Marcos. As teorias de motivação humana e sua contribuição para a empresa humanizada: um tributo a Abraham Maslow. **Revista do Centro de Ensino Superior de Catalão**. ano IV, n. 6, 1º Semestre. 2002. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/55919003/fot_10529as_teobias_de_motivayyo_humana_e_sua_contbibuuiyyo_paba_a_empbesa_humanizada_pdf.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFot_10529as_teobias_de_motivayyo_humana.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200114%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200114T193257Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=f07793bddb865b2732d795dd4ebedb1cf00a043d60feff60d173c3125eefc30b. Acesso em: 9 jan 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à lei n° 9.307/96. 2. ed. rev, atual e ampl. 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

CARVALHO, Sandro Sacchet de. Uma visão geral sobre a reforma trabalhista. **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**, Brasília, DF, ano 23, n. 63, p. 81-94, out. 2017. Disponível

em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt_63_vis%c3%a3o.pdf. Acesso em: 4 out 2019.

CASANELLA, Blanca Ballester. Las TIC como instrumento aplicado a la conciliación, mediación y arbitraje em el âmbito laboral IDP. **Revista de Internet, Derecho y Política**. n. 25, set., 2017. P 12-23. INSS 1699-8154. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/788/78852903007.pdf>. Acesso em: 27 dez 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. vol 1. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

CHAUÍ, Marilena. Comunicação e democracia. **PAULUS: Revista de Comunicação da FAPCOM**. São Paulo, v. 1, n. 2, 2º semestre. p. 17-32, 2017. Disponível em: <http://fapcom.edu.br/revista-paulus/index.php/revista-paulus/article/view/21/34>. Acesso em: 7 jul 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONFLITO. In: **DICIO, dicionário online de português**. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/conflito/>. Acesso em: 10 jun 2019.

CORREIA, Patrícia Rita. Justiça gratuita e a reforma trabalhista: restrições à garantia fundamental de acesso à justiça. **Revista Caderno Virtual**, Brasília, v. 2, n. 44, abr./jun., 2019. ISSN 1981-3759. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3837/1669>. Acesso em: 2 dez 2019.

CÔRTEZ, Moacyr Araújo. Aqui todo cuidado é pouco! a renúncia e a transação nas conciliações dos dissídios individuais da justiça do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, BA, v. 6, n. 8, p. 302-314, jan. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/144334/2017_cortes_moacyr_aqui_todo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 dez 2019.

COSTA, Regina Helena. Imposto de renda e capacidade contributiva. **Revista CEJ**, Brasília, v. 7, n. 22, p 25-30, jul./set. 2003. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/560/740>. Acesso em: 24 nov 2019.

COSTAS, Nilton César Antunes da; SANTOS, Rebeca Barbosa dos. A transação de direitos indisponíveis na mediação. **Revista Direito da UFMS**. Campo Grande, v. 5, n.1, 2019. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/article/view/7740>. Acesso em: 13 ago 2019. DOI: <https://doi.org/10.21671/rdufms.v5i1.7740>.

CREMASCO, Suzana Santi; LOPES, Luiz Felipe Calábria. Artigo 9º in: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord). **Lei de Mediação comentada artigo por**

artigo:dedicado à memória da profa. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 47-56.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 2º in: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo:**dedicado à memória da profa. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 8-19.

CUVILLO, Antonio Álvarez Del. La influencia del derecho em la mediación aplicada a conflictos individuales de trabajos: estudio caulitativo en el ámbito del SERCLA. **Tema Laborales:Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social.** Espanã, n. 129. 2º Trimestre. 2015. p. 13-53. ISSN 0213-0750. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5174922>. Acesso em: 29 dez 2019.

DE PLÁCITO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico.** Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017a.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2017b.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

DUARTE, Bento Herculano. Conflitos de interesses e vantagens da mediação. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,** Curitiba, PR, v. 5, n. 53, p. 69-76, ago. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/98240/2016_duarte_bento_conflito_s_interesses.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 maio 2019.

ESPANHA. Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. **Estadística de mediación, arbitraje y conciliación.** Madrid: Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. 2018. Disponível em: http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/Mac/mac18dicpublicacion/mac_12_18.pdf. Acesso em: 5 jan 2020.

ESPANHA. Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. **Estadística de mediación, arbitraje y conciliación.** Madrid: Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. 2019. Disponível em: http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/Mac/mac19octpublicacion/mac_10_19.pdf. Acesso em: 5 jan 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Tradução: Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora LTDA, 2011. E-book.

FERREIRA, Miguel Nin. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 40, p. 97-127, jan./jun. 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103768/2012_ferreira_miguel_hipossuficiencia_subordinacao.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 2 out 2019.

FINALLI, Lília Carvalho. Mediação judicial trabalhista: histórico legislativo da exclusão da aplicabilidade da Lei n. 13.140/15 aos conflitos de trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 5, n. 53, p. 104-113, ago. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/98139/2016_finelli_lilia_mediacao_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 dez 2019.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago. 2005.

FREITAS, Antonio Rodrigues de Júnior. Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.) **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013a. p. 33-41.

FREITAS, Antonio Rodrigues de Júnior. Mediação em conflitos individuais de trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 33, n. 121, p. 31-39, nov. 2013b. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/121/38/index.html. Acesso em: 19 set 2019.

GOMES, Ana Carolina N. G. F. A mediação de conflitos e a atuação da defensoria pública. In: ANDRADE, Mariana Dionísio de; QUARANTA, Roberta Madeira (orgs). **Acesso à justiça**: textos em homenagem à Maria Tereza Sadek. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 17-45.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação**: conciliação e mediação. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUIMARÃES, Erica Ribeiro. Mediação trabalhista extrajudicial: a (im)possibilidade de se mediar nos conflitos individuais do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, BA, v. 4, n. 6, p. 108-115, jul. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146410/2015_guimaraes_erica_mediacao_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 6 set 2019.

HIPÓTESE. In: **DICIO, dicionário online de português**. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/hipotese/>. Acesso em: 10 jun 2019.

KREIN, José Dari; MARACCI, Denis; FREITAS, Paula. Balanço de um ano da contrarreforma trabalhista no Brasil: 2017-2018. **Cadernos do CEAS**, Salvador/Recife, n. 248, p. 637-667, set./dez., 2019. Disponível em:

<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/549/475>. Acesso em: 10 nov 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. **A Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 208, out., 2017. ISSN 1808-4435. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em: 18 nov 2019.

MACHADO, Sidnei. A judicialização do conflito do trabalho na reforma trabalhista brasileira de 2017. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, v. 2, n. 1, jul. 2019. ISSN 2595-9689. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/34>. Acesso em: 07 jan. 2020. DOI: <https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i1.34>.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111510/2017_souto_maior_jorge_luiz_acesso_justica.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 24 out 2019.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. Artigo 12. in: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da profa. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 66-71.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico Joaçaba**, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez., 2010.

MARTELO, Bruno. **Meios de resolução alternativa de litígios laborais – a experiência portuguesa**. 59º congresso da LTr jornal do congresso. p. 30-31. 2019. Disponível em: http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf#page=30. Acesso em: 29 nov 2019.

MARTINS, Gabriela Freire. Direitos indisponíveis que admitem transação: breves considerações sobre a lei n. 13.140/2015. **Revista Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 33, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/1198/718>. Acesso em: 15 ago 2019.

MATTOS, Antonio José de Neto. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. In: FRANCO, Georgenor de Sousa Filho (coord). **Temas atuais de direito**. 1º. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 49-62.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvea. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no Judiciário: dilemas e significado. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 4, n1, jan./mar. 2011, p. 97-122. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31322509/Mediacao_e_conciliacao_Kati

a_Mello.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMediacao_e_conciliacao_no_Judiciario_Dil.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200119%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200119T074929Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=28e769009ebe178fcbcf686293e551e4cd0d8bb5eaa6645411b92d712b7afce4.
Acesso em: 20 maio 2019.

MENEZES, Marcelo Paes. Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de "ódio, amor e dor". **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73080/2000_menezes_marcelo_mediacao_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 dez 2019.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres civil: direito de ação, partes e terceiros, processo e política**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

MIRANDA, Débora Lopes. Imparcialidade aparente nas negociações diretas entre empregador e empregado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 63, n. 96, p. 205-225, jul./dez. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/142139/2017_miranda_debora_imparcialidade_negociacoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 jan 2020.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Técnicas de negociação no âmbito do ministério público. *In: Conselho Nacional do Ministério Público. Manual de negociação e mediação para membros do ministério público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. p. 165-234.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MUÑOZ, Helena Soletto. Mediación laboral y mediación comunitaria. *In: MUÑOZ, Helena Soletto; PRAGA, Milagros Otero (coord). Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. 2007. p. 331-340. Disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10216/laboral_soletto_2007.pdf. Acesso em: 3 jan 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Isabela Sousa Coimbra; MACHADO, Paulo Ricardo Rocha. A reforma trabalhista e os mecanismos de limitação do acesso à justiça. **Direito, Sociedade e Desenvolvimento** – Revista Jurídica Eletrônica. Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 133-158, 2019. ISSN 2317-9880. Disponível em <http://www.ufrj.br/SEER/index.php?journal=RJEDSD&page=article&op=view&path%5B%5D=4268&path%5B%5D=2921>> Acesso em: 28 out 2019.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atuação principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

OLIVEIRA, Thífani Ribeiro Vasconcelos de. Mediação no processo do trabalho: influência do novo Código de processo civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 61, n. 92, p. 171-186, jul./dez. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103804/oliveira_thifani_mediacao_processo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 dez 2019.

PAMPLONA, Rodolfo Filho; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PITA, Daniel Filipe Mendes. **A mediação e a arbitragem no contexto jus-laboral português: solução ou controvérsia em matéria contenciosa?** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34678/1/A%20Mediacao%20e%20a%20Arbitragem%20no%20Contexto%20Jus-Laboral%20Portugues.%20Solucao%20ou%20Controversia%20em%20Materia%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 21 dez 2019.

PIZARRO, Oscar R. Aliaga. **Audiencia de conciliación previa al proceso laboral em la justicia de Córdoba**. 2018. Monografia (Curso de Direito) Facultad de Abogacía - Universidad Siglo 21, Córdoba. 2018. Disponível em: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/15843/ALIAGA%20PIZARRO%2c%20OSCAR%20R.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 dez 2019.

PORTUGAL. Direção-Geral da Política de Justiça. **Estatísticas da Justiça**. Lisboa: Direção-Geral da Política de Justiça. 2019. Disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>. Acesso em: 22 dez 2019.

QUEIROZ, Celisa Rezende Santos; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação de conflitos: aplicação no âmbito trabalhista. **Revista Argumentum**. Marília, SP, v. 17, p 283-308, jan./dez. 2016. eISSN 2359-6889. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/238/53> Acesso em: 6 set 2019.

ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bom de Sousa; BONACCORSI, Amanda Helena Azeredo. Mediação no direito do trabalho: a necessidade de adequação à luz dos princípios juslaborais. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, e-ISSN: 2525-9679. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 220 - 239. Jul/Dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/598/596>. Acesso em: 17 jul 2019.

SAMPAIO, José Herval Júnior. Artigo 42. in: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da profa. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 221-224.

SCANOVE, Luiz Antonio Junior. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SENA, Adriana Goulart. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul./dez., 2007. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf. Acesso em: 8 set 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários a reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.) **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160-180.

SILVA, Pedro Victor Vilas Boas da. Uma análise crítica da conciliação nos dissídios individuais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 81, n. 2, p. 166-186, abr./jun. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/96079/2015_silva_pedro_analise_critica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 nov 2019.

SOUSA, Leonardo Barbosa de. **O acesso à justiça no Estado democrático de direito**: a reforma trabalhista na contramão do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita. Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/599/1/Leonardo%20Barbosa%20de%20Sousa.pdf>. Acesso em: 27 nov 2019.

SOUZA, Bartira Barros Salmon de. Breves aspectos sobre a aplicabilidade da mediação no processo do trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 83, n. 4, p. 429-440, abr. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/158093>. Acesso em: 23 ago 2019.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. *in*: SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 35-78

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SCHAEFER, Rafaela Matos Peixoto. A (im)possibilidade da atuação do juiz na sessão de mediação trabalhista. **XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/19644/1192612358>. Acesso em: 2 jan 2020.

SPOSATO, Karyna Batista; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Justiça juvenil restaurativa e novas formas de solução de conflitos**. São Paulo: CLA, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

TORRES, Claudia Vechi. **A mediação como mecanismo de resolução de conflitos socioambientais**. 2006. 91 f. Monografia (Especialização em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/149/1/2006_ClaudiaVechiTorres.pdf. Acesso em: 15 mai 2019.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**. São Paulo, v. 41, n. 251, p. 391 – 426, 2016. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/52223903/Transacao_de_Direitos_Indisponiveis.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DTRANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190811%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190811T143941Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=e77a16f00ed32ff03c383c8df9178988d94383d7f72e012d1f1a31e093c825ab. Acesso em: 08 ago 2019.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Santa Catarina: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da conciliação: quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 45, n. 75, p. 185-198, jan./jun. 2007. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73934/2007_viana_marcio_paradoxos_conciliacao.pdf?sequence=1. Acesso em: 04jan 2020.

VINCENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História geral e do Brasil**, vol 2. 2. ed. São Paulo: Editora Scipione, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

XAVIER, Débora Cristina Mota Buére; GRECO, Frederico Costa. Estudo e prática da mediação de conflitos na Faculdade Batista de Minas Gerais. **Revista Jurídica**. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 1 – 20, 2012. Disponível em: <http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/RJ/article/view/156/134>. Acesso em: 16 out 2019.