

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

AMANDA BARBOSA

Sistema híbrido de gestão de conflitos e o direito individual do trabalho

Ribeirão Preto

2017

AMANDA BARBOSA

Sistema híbrido de gestão de conflitos e o direito individual do trabalho

Versão Original

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso

Ribeirão Preto

2017

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

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B238s	Barbosa, Amanda Sistema híbrido de gestão de conflitos e o direito individual do trabalho / Amanda Barbosa; orientador Jair Aparecido Cardoso. -- Ribeirão Preto, 2017. 271 p. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017. 1. CONCEPÇÃO AMPLIADA DE JUSTIÇA. 2. DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 3. SISTEMA HÍBRIDO DE GESTÃO. 4. GESTÃO COOPERATIVA DE CONFLITOS. 5. REUNIÃO DE ORIENTAÇÃO FACILITADORA. I. Cardoso, Jair Aparecido, orient. II. Título
-------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Nome: BARBOSA, Amanda

Título: Sistema híbrido de gestão de conflitos e o direito individual do trabalho

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Ciências.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Profª. Dra. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha filha Maitê Barbosa Gusmão.

Que possa inspirá-la a traçar projetos, a transformá-los em sonhos,
e que saiba amar todas as dificuldades que se opõem à concretização deles,
pois não é propriamente na realização desses sonhos que encontramos alegria,
e sim na superação daquelas dificuldades,
que é quando nos descobrimos fortes e abençoadas.

AGRADECIMENTO

O processo de mestrado não se resume à pesquisa e escrita de uma dissertação, compõe-se de uma trajetória muito mais densa: amadurecimento, angústia, vibração, encontros com pessoas que faremos questão que passem logo das nossas vidas e outras que não precisará esforço para manter na memória e, sobretudo, no coração.

Tem até encontro consigo mesmo, possibilidade de “se dar conta” do que pensa, e investigar os porquês, de sair do automático, duvidar, ter certeza e duvidar novamente. Se encantar com tudo que sequer desconfiava que existia, pensar por um instante que agora tudo sabe, e compreender, no segundo seguinte, que tudo é sempre um pequeno grande início, um constante inconstante, um instigante inacabado.

Por essa rica experiência, agradeço, primeiramente, ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que reconhecendo a necessidade da constante capacitação dos seus magistrados, e atento aos benefícios práticos de pesquisas do gênero proposto, permitiu minha dedicação a esse propósito. Neste particular, meu agradecimento a todos os componentes da Corte e, especialmente, aos Desembargadores Lorival Ferreira dos Santos, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordanni e Maria Inês Corrêa de Cerqueira César pelo decisivo apoio.

Em seguida, agradeço ao Dr. Jair Aparecido Cardoso, por ter confiado no projeto apresentado e em sua proponente. Fui duplamente abençoada, contei com um orientador presente e competente, e tenho certeza que poderei contar, sempre, com um grande amigo.

Falando em amigo, é a vez de registrar aquele que tem sido o mais companheiro deles, há nada menos que 17 anos. Ao meu esposo Marcos Rafael Gusmão, toda a minha gratidão pelo trabalho de revisão, socorro na etapa estatística e na minha pouca afinidade com os recursos tecnológicos. Tudo isso foi fundamental, mas agradeço, principalmente, por suportar carinhosamente os meus desabafos, preocupações e rabugices. Só revelamos essa face aqueles que muito amamos e que temos certeza de nos amar o suficiente para relevar, generosamente, todos os nossos defeitos.

Agradeço, ainda, aos amigos Tarcio José Vidotti e Marta Barbeiro, bem como a todos os servidores da 4ª Vara Trabalhista de Ribeirão Preto, pela acolhida durante a etapa de produção de dados, bem como à Karina Ruas Guimarães pelo auxílio nas providências finais deste trabalho.

Não poderia deixar de registrar também a minha gratidão à turma da disciplina “Direitos Humanos e Movimentos Sociais” da FDRP, e à respectiva professora Fabiana Cristina Severi. Vocês foram um cais de apoio na violenta turbulência que marcou o nosso país no período concomitante a este curso. Sem vocês tudo teria sido bem mais difícil.

Agradeço ainda a todos os demais professores e servidores da Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto, o que faço na pessoa da Vânia Prudêncio, rosto sereno e sempre atencioso.

Por fim, meu carinho e sincera gratidão ao grupo das “Brilhantes”. Vocês estão no grupo das pessoas que encontrei nesta trajetória e que não será preciso esforço para manter na memória e no coração.

EPÍGRAFE

Senhor, fazei-me instrumento de vossa paz.

Onde houver ódio, que eu leve o amor;

Onde houver ofensa, que eu leve o perdão;

Onde houver discórdia, que eu leve a união;

Onde houver dúvida, que eu leve a fé;

Onde houver erro, que eu leve a verdade;

Onde houver desespero, que eu leve a esperança;

Onde houver tristeza, que eu leve a alegria;

Onde houver trevas, que eu leve a luz.[...].

Oração de São Francisco de Assis

RESUMO

BARBOSA, Amanda. **Sistema híbrido de gestão de conflitos e o direito individual do trabalho**. 2017. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

A concepção ampliada de acesso à justiça e o impacto dos mecanismos de processamento de conflitos na construção do Estado Democrático de Direito compõem a temática de fundo deste trabalho. A partir de 2010, o impulso aos meios não adversariais de gestão de conflitos (potencialmente mais satisfatórios, a depender das características da disputa, pessoas envolvidas e histórico do relacionamento) tomou corpo de verdadeira política pública no Brasil, e está formalmente representado no microsistema legal formado pela Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Código de Processo Civil (CPC); e pela Lei nº 13.140/15, normatização que, no entanto, não abrange os conflitos e o Judiciário trabalhistas.

Em um país marcado por gritante desigualdade econômica, social e educacional, e pelo reiterado descumprimento da legislação trabalhista, a introdução de mecanismos consensuais de solução de conflitos (privados ou não), apesar de todas as vantagens apontadas pela doutrina especializada (inclusive de índole psicossocial e não apenas para a redução de processos), toma contornos densos nesta seara.

Teme-se que a introdução desses mecanismos, menos “rígidos” sob o aspecto da efetivação do direito material discutido (paradigma positivo), represente mais uma porta para a precarização dos direitos individuais trabalhistas, os quais, em razão do caráter redistributivo, instrumentalizam a concretização de um interesse público: a promoção de justiça social.

Mesmo diante dessa advertência e sem perde-la de vista, fixamos como hipótese de pesquisa a insuficiência do sistema de justiça trabalhista quanto a mecanismos aptos à promoção da autocomposição (sobretudo nos conflitos metajurídicos), e que não descuidassem, concomitantemente, do papel redistributivo do Direito do Trabalho e das peculiaridades da respectiva relação.

A partir disso, investigamos possibilidades para o aperfeiçoando do que denominamos *sistema híbrido de gestão de conflitos* e, conseqüentemente, da *cultura de gestão cooperativa de conflitos*. Para tanto, esta pesquisa se valeu de duas etapas: uma teórica e outra prática.

Na pesquisa teórica, apresentamos as teorias e normas sobre os meios não adversários de solução de conflitos, as características e funções dos direitos trabalhistas no Estado Democrático de Direito, o atual sistema de justiça trabalhista, bem como as principais polêmicas envolvidas na matéria.

Na pesquisa prática, testamos um procedimento não adversarial com traços particulares em comparação aos regulados no Brasil, e buscamos integrar a perspectiva das próprias partes à sua avaliação, via investigação de motivação e de opinião. Colhidos os dados por meio de questionários, e interpretados à luz da pesquisa teórica, formulamos inferências e passamos à fase propositiva do estudo. Nesta, propomos parâmetros para a sistematização de um mecanismo autocompositivo diferenciado para a Justiça do Trabalho, o qual denominamos *reunião de orientação facilitadora*.

Tal mecanismo, inspirado simultaneamente na mediação, conciliação e intervenção neutra de terceiros (portanto não absolutamente original, consentimos) é sugerido para o tratamento preferencial de conflitos de índole metajurídica acentuada (comum em contratos marcados por maior proximidade entre empregador e empregado, como vínculo doméstico e o estabelecido com pequenas empresas), em relação aos quais detectamos a maior necessidade de aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista.

Palavras-chave: Concepção ampliada de justiça. Direito individual do trabalho. Sistema híbrido. Gestão cooperativa de conflitos. Conflitos metajurídicos. Reunião de orientação facilitadora.

ABSTRACT

BARBOSA, Amanda. Hybrid conflict management system and the individual labor law. 2017. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

The expanded concept of access to justice and the impact of the mechanisms of conflicts processing in the construction of the Democratic State of Law constitute the underlying theme of this project work. From 2010, the drive to non-adversarial means of conflict management (potentially more satisfactory, depending on the nature of the dispute, on the people involved and on the relationship history) took shape of real public policy in Brazil, which is formally represented in the legal system composed by the Resolution nº 125 of 2010 of the National Justice Council (NJC), by the Civil Procedure Code (CPC); and by the Act nº 13.140/15, standardization which, however, does not cover the conflicts or the Labor Courts.

In a country known by an outstanding economic, social and educational inequality, and by the repeated non-compliance with the labor legislation, the introduction of consensual mechanisms of conflict resolution (may they be private or not), despite all the advantages pointed out by specialized doctrine (including of psychosocial nature and not only to the reduction of processes), may assume a dense perspective in this context.

It is feared that the introduction of such mechanisms, which are less "strict" under the light of implementation of the substantive law discussed (positive paradigm), may represent another door to the uncertainty of the individual labor rights, which, due to the redistributive nature, leading onto the accomplishment of an element of public concern: the promotion of social justice.

Even taking this warning into account and without losing sight of it, we set as a research hypothesis the failure of the labor justice system with regard to the mechanisms which are capable to promote self-conciliation (especially in meta-judicial conflicts), and without neglect, at the same time, to the redistributive role of the labor law and the peculiarities of their relation.

From this point onwards, we investigate possibilities for improving what we call *hybrid system of conflict management* and, consequently, the *cooperative conflict management culture*. To this end, this study relied on two steps: a theoretical one and a practical one.

On the theoretical stage of the research, we present the theories and rules about the non-adversarial means of solving conflicts, the features and functions of labor rights in the Democratic State of Law, the current Labor Justice System, as well as the main controversies involved in this matter.

Regarding the practical stage of the research, we tested a non-adversarial procedure with specific traits in comparison to the ones regulated in Brazil, and we seek to integrate the perspective of the parties themselves to its evaluation, through the investigation of motivation and opinion. Once the data were collected through questionnaires, and interpreted in the light of the theoretical research, we formulate inferences and proceeded hypothesis-setting proposition stage of the study. At this juncture, we suggest parameters for the systematization of a conciliating mechanism to the Labor Courts, which we define as *facilitating orientation guidance meeting*.

This mechanism, simultaneously inspired in mediation, conciliation and neutral third-party intervention (so not quite original, we consent) is suggested for the preferential treatment of conflicts of meta-judicial marked nature (common in contracts characterized by greater proximity between employer and employee, such as domestic bond and the one established at small businesses), for which we have detected the greatest need for improvement of the Labor Justice System.

Keywords: Expanded conception of Justice. Individual labor law. Hybrid system. Conflict management culture. Meta-judicial conflicts. Facilitating orientation meeting.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Número de processos selecionados e procedimentos aplicados	196
Figura 2 - Porcentagem de aplicação do procedimento	197
Figura 3 - Causas da não aplicação do procedimento	197
Figura 4 - Porcentagem da representação da amostra de respondente	198
Figura 5- Resultado quantitativo do procedimento (%).....	198
Figura 6 - Fatores de influência para a composição (RTE)	200
Figura 7 - Fatores de influência para a composição (RDO)	201
Figura 8 - Fatores que influenciaram a não realização de acordo pelo reclamante	202
Figura 9 - Fatores que influenciaram a não realização de acordo pelo reclamado	203
Figura 10 - Características do procedimento e importância atribuída	212
Figura 11 - Índice de satisfação com o procedimento – quadro geral.....	215

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Fatores que influenciaram a não realização de acordo pelo reclamante – mapeamento em porcentagem.....	206
Tabela 2 - Fatores que influenciaram a não realização de acordo pelo reclamado – mapeamento em porcentagem.....	207
Tabela 3 - Índice de satisfação com o procedimento por tipo de respondente	215
Tabela 4 - Índice de satisfação com o procedimento – comparativo em razão do resultado...	215

SUMÁRIO

	Pg.
1 INTRODUÇÃO: TEMA, SUJEITO DA PESQUISA E MARCO TEÓRICO	16
2 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA, OBJETIVOS (GERAL E ESPECÍFICOS) E HIPÓTESE DE PESQUISA	24
3 METODOLOGIA GERAL E ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO	30
4 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO MODERNO E A CONCEPÇÃO AMPLIADA DE ACESSO À JUSTIÇA	38
4.1 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito	38
4.2 Estado Democrático de Direito e o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais	44
4.3 Demanda social por reestruturação judiciária	49
4.4 Concepção ampliada de acesso à justiça	56
5 O CONFLITO, SEUS MÉTODOS E MECANISMOS DE GESTÃO	64
5.1 O conflito interpessoal	64
5.2 Conflito como fenômeno metajurídico e benefícios psicossociais da cultura de gestão cooperativa	68
5.3 Conflitos individuais trabalhistas: reflexões à luz do dilema redistribuição e reconhecimento de Nancy Fraser	77
5.4 Métodos e mecanismos de gestão de conflitos. Delimitações terminológicas	89
5.5 Mediação	94
5.6 Conciliação	102
5.7 Avaliação neutra de terceiro	104
5.8 Taxinomia: relevância teórica e prática	107
6 SISTEMA DE GESTÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS. O MODELO ATUAL	110
6.1 Conciliação judicial trabalhista: jurisdição <i>sui generis</i>	110
6.1.1 Desdobramentos da concentração da tentativa conciliatória na figura do juiz	114
6.2 Câmaras de Conciliação Prévia	119

6.3 Mediação via Ministério do Trabalho e Emprego	120
6.4 Ministério Público do Trabalho e a firmação de termos de ajustamento de conduta	122
6.5 Mediação e Conciliação conforme a Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho	123
7 SISTEMA HÍBRIDO DE GESTÃO DE CONFLITOS E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS	132
7.1 Sistema protetivo trabalhista, autonomia da vontade e a disponibilidade circunstanciada dos direitos trabalhistas	132
7.2 Autocomposição e desigualdade de poder entre as partes	145
7.3 Demandas repetitivas, litigantes recorrentes e a política de gestão consensual de conflitos individuais trabalhistas	157
7.4 Autocomposição extrajudicial e procedimento para homologação: exercício de jurisdição voluntária em sede trabalhista	164
8 PESQUISA PRÁTICA	178
8.1 Validação da hipótese de pesquisa	178
8.2 Objetivos da pesquisa prática.	182
8.3 Metodologia específica e critérios para replicação	183
8.3.1 Considerações éticas	184
8.3.2 População objeto do estudo	185
8.3.3 Procedimento aplicado	187
8.3.3.1 Convite	190
8.3.3.2 Preparação prévia e ambientação	190
8.3.3.3 Abertura	191
8.3.3.4 Reunião de informações	191
8.3.3.5 Encerramento da sessão e formalização do acordo	192
8.3.4 Etapas e técnicas eleitas para produção dos dados	193
8.3.5 Variáveis investigadas	194
8.3.6 Momento de produção e quantificação da amostra	195
8.4 Sistematização e discussão dos dados	199
8.4.1 Fatores de influência para as partes	199
8.4.2 Características do procedimento testado	211

8.4.3 Nível de satisfação com o procedimento	214
9 ANÁLISE PROSPECTIVA: REUNIÃO DE ORIENTAÇÃO FACILITADORA COMO MECANISMO PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA TRABALHISTA	218
9.1 Caráter incidental e controle <i>a priori</i> do juiz natural	219
9.2 Proatividade qualificada do facilitador	219
9.3 Sigilo da reunião	221
9.4 Separação entre facilitador e autoridade decisória	222
9.5 Assistência de advogado	226
9.6 Prazo para realização da reunião e sua duração	230
9.7 Comunicação às partes e obrigatoriedade do comparecimento	232
9.8 Previsão obrigatória de cláusula penal em caso de descumprimento	233
9.9 Controle <i>a posteriori</i> pelo magistrado	234
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	236
REFERÊNCIAS	244
ANEXOS	254

1 INTRODUÇÃO: TEMA, SUJEITO DA PESQUISA E MARCO TEÓRICO

Inicialmente, para maior transparência e compreensão do leitor sobre a motivação para esta pesquisa, informo minha condição de magistrada do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Foi desta experiência, e da observação das várias divergências sobre o tema, que nos convencemos (orientanda e orientador) da utilidade deste trabalho. Eis também o principal “lugar de enunciação¹” das reflexões aqui elaboradas, a posição na qual a questão é vivida e enxergada, ângulo que, acreditamos mesmo inconscientemente, e ainda que não negligenciados os cuidados metodológicos próprios de uma pesquisa científica, influenciará a visão da matéria. Explicamos.

Compartilhamos o entendimento de Haraway (1988, p.32) no sentido de que o conhecimento racional não tem (ou deve ter) a pretensão do “descompromisso”, como se pudesse “pertencer a todos os lugares e, portanto, a nenhum, de estar livre da interpretação, da representação, de ser inteiramente auto-contido ou inteiramente formalizável”. Ao contrário, o conhecimento racional é “um processo de interpretação crítica contínuo entre "campos" de intérpretes e decodificadores”.

Hoje, o mito positivista do cientificismo não mais se sustenta. Como alerta Marques Neto (2001, p.47):

O cientista é, efetivamente, condicionado por fatores de ordem ideológica, tanto na escolha do tema, na formulação do problema e nas diversas etapas da atividade de pesquisa, como na aplicação prática dos conhecimentos teóricos. Mas o seu posicionamento em face desses fatores deve ser essencialmente crítico, para que ele não seja um mero joguete de suas próprias convicções subjetivas e sobretudo para que não manipule os fatos e as teorias de modo a ajustá-los a essas convicções. Em suma, o que é necessário é que o cientista não abuse de sua autoridade intelectual para tentar impor seus pontos de vista pessoais e partidários, visto que não é com sectarismo que se faz ciência. É preciso que o cientista não transfira seus preconceitos pessoais para o trabalho que realiza.

Se já não cremos na separação absoluta entre sujeito e objeto do pensar, e se já não negamos a influência ideológica na construção científica, também já é tempo do pesquisador adotar um diálogo mais próximo e transparente com seu interlocutor, tanto no conteúdo quanto na forma.

¹ A expressão é atribuída a Gayatri Chakravorty Spivak, em *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

Ademais, à luz das armadilhas apontadas por Marques Neto, pensamos que o reconhecimento dessa condição permeável (e já permeada) do estudioso deva ser o primeiro passo para o autopolicimento durante seu esforço investigativo.

Por consequência, ressalvado o respeito ao pensamento dissonante, consideramos relevante esse esclarecimento sobre o pesquisador e seu “lugar de fala”, bem como entendemos que não se perpetuam as razões da restrição à adoção da fala pessoal e direta pelo cientista, a não ser em razão da sua própria preferência.

Assim, justificamos a opção pela redação deste trabalho em primeira pessoa do plural, vez que fruto das reflexões compartilhadas entre orientanda e orientador, além da apropriação do conhecimento já produzido por tantos outros pesquisadores aos quais recorreremos. Nenhum pesquisador inicia do zero, “ele parte de todo um conhecimento teórico acumulado, ou seja, das explicações já existentes sobre o objeto, as quais, por sua vez, não são imunes a influências axiológicas e ideológicas” (MARQUES NETO, 2001, p.46).

Elucidados esses aspectos, passamos à apresentação do tema.

Com a evolução dos povos e a fim de evitar a predominância da lei do mais forte sobre o mais fraco, ou do mais astuto sobre o mais débil, o Estado assumiu a função de solução dos litígios, sendo o Direito o mecanismo formal de controle social por ele adotado. Estruturou-se, assim, o monopólio estatal do poder-dever de pronunciar o direito em concreto (jurisdição), cabendo ao Judiciário o seu exercício.

Porém, no atual estágio da sociedade, marcada pela complexidade e pluralidade das relações sociais, a expansão dos direitos, a explosão qualitativa e quantitativa de conflitos, além de outros fatores de ordem estrutural, legal e cultural, cresce a exigência (externa e interna) por uma reestruturação do sistema de justiça.

Afirmados os direitos no plano normativo abstrato, o foco se deslocou para as ferramentas de concretização desses direitos. Tomaram corpo as reflexões sobre o acesso à justiça e a instrumentalidade do processo, questões que têm na clássica obra “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth um dos marcos mais relevantes. Voltada a diagnosticar os problemas para a realização prática dos direitos e propor soluções tendentes a torna-los efetivos e não meramente simbólicos, a obra afirma a exigência de “reformas de mais amplo alcance e de uma nova criatividade” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.8).

Guiados por esse objetivo, os autores sistematizaram três núcleos de iniciativas pró acesso à justiça, figurativamente denominadas como “ondas”, vez que relativamente sequenciais. A primeira “onda” compreenderia a viabilização do acesso de hipossuficientes financeiros aos serviços jurídicos, sendo representada, sobretudo, pela assistência judiciária. A

segunda “onda” compreenderia a superação da visão individualista do direito e do processo, recepcionando a dimensão coletiva e pública dos direitos difusos, e respectiva representação judicial por entidades para tal fim destacadas. A terceira e última onda (e com a qual a presente pesquisa dialoga diretamente) é a de uma concepção ampliada de acesso à justiça. Sobre ela, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 67-68) destacaram:

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mais vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós a denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Assim, a concepção ampliada de acesso à justiça, tema de fundo deste estudo, significa, entre outros aspectos, a superação do unidirecionamento da demanda por solução de conflitos ao Estado². Cuida da agregação ao modelo jurisdicional de solução de conflitos, de outros métodos, sobretudo não adversarias e potencialmente mais satisfatórios (a depender de fatores como as características do conflito e as pessoas envolvidas), sendo os principais: a conciliação e a mediação.

Em resumo, esse o fundamento, não apenas teórico, mas psicossocial e mesmo ético (no sentido de suporte valorativo), do movimento global de reformulação do sistema de pacificação, no qual se destacam os meios ditos “alternativos” de solução de conflitos. Ou melhor, esse o fundamento original do movimento, sem prejuízo da possível agregação de outros (bem mais polêmicos no contexto de avanço neoliberal que presenciamos, como, por exemplo, o interesse do poder econômico nessa descentralização, debate que também desenvolvemos neste trabalho.

Considerando que a arbitragem, regida no Brasil pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 não é qualificada como meio não adversarial de gestão conflitual, assemelhando-se à jurisdição (decisão dada às partes por um terceiro), tal mecanismo não foi integrado a este trabalho, cujo foco foram os métodos de favorecimento da autocomposição.

Esclarecemos ainda, que apesar de aderirmos à divergência sobre a propriedade do termo “alternativo”, cuja concepção, a nosso perceber, pressupõe a jurisdição como mecanismo principal e de suposta superioridade no contexto da gestão de conflitos, a expressão será por

² O conceito em questão, por sua centralidade para este estudo, foi explorado com maior profundidade no item 4.4.

ora mantida a fim de facilitar a identificação do fenômeno, vez que assim se disseminou na literatura mundial.

No Brasil, esse movimento ganhou *status* de verdadeira política pública e está formalmente representado no microssistema legal formado pela Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual inaugurou oficialmente, a ideia de Tribunal multiportas no Brasil (tribunal com diversas opções de acesso para submissão do conflito a tratamento pelo cidadão); pelo Código de Processo Civil (CPC); e pela Lei nº 13.140/15, essa última a reguladora da mediação judicial e extrajudicial.

Elucidamos ter adotado, aqui, o conceito administrativo de política pública, entendido como: “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 1997, p.91), sendo que a política pública de administração de conflitos, em implantação no Brasil, teria por finalidade impulsionar a concepção ampliada de acesso à justiça, promover o adequado tratamento dos conflitos e reservar à jurisdição uma atuação residual. Ao menos, é o que extraímos do capítulo inicial da Resolução nº 125/2010 do CNJ, intitulado “Da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses”, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Além desta resolução e dos diplomas pela mesma citados, são também relevantes para o estudo do tema, no universo dos direitos trabalhistas, a Lei nº 9958 de 12 de janeiro de 2000, a qual dispõe sobre as Comissões de Conciliação Prévia (CCPs) e, sobretudo, a Resolução nº 174 de 2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), destinada à “Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas”.

Apesar desse arcabouço normativo, a implementação efetiva dessa política vem esbarrando em diversas dificuldades, tanto estruturais como ideológicas, estas últimas no sentido de concepções (e preconceções) sobre a matéria. Dentre elas, destacamos a divisão da comunidade jurídica trabalhista quanto à propriedade ou não da abrangência dos conflitos individuais do trabalho por tal política, sendo significativa a resistência à proposta, inclusive por parte da própria magistratura.

Argumenta-se que nesses mecanismos prevalece o princípio da autonomia das partes pelo qual elas são as responsáveis pela construção da solução para a disputa com o mero auxílio de terceiros imparciais e sem poderes decisórios (conciliador ou mediador), vigorando uma ampla liberdade de solução, com análise rasa ou mesmo sem análise do conteúdo material do direito discutido, o que representaria riscos à função social desempenhada pelo ramo juslaboralista.

Esse, aliás, o principal fundamento para a oposição da Associação Nacional de Magistrados Trabalhistas (Anamatra) à abrangência dos conflitos individuais trabalhistas pela Lei nº 13.140/15, motivando sua atuação político-institucional em contrário, e que culminou na supressão dos conflitos individuais trabalhistas da abrangência da referida lei, com previsão de regulamentação específica (art. 42, parágrafo único, daquele diploma).

Não obstante essa resistência aparentemente contrastar com a tradição conciliatória da Justiça do Trabalho, cujo principal diploma, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevê desde 1943 dois momentos de tentativa conciliatória obrigatória, reconhecendo, portanto, os ganhos psicossociais e econômicos da solução não adjudicada), é necessário notar que essa fórmula sempre se desenvolveu tendo por figura central o juiz. Assim, natural o “estranhamento” às mudanças suscitadas e já em andamento (em certa medida), como evidencia o trabalho exitoso dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos da Justiça do Trabalho (CEJUSCs-JT), os quais vêm imprimindo vida à Resolução nº 174/16 do CSJT, sem dúvidas o avanço mais significativo experimentado, até agora, pela Justiça laboral.

A conciliação judicial conduzida pelo magistrado trabalhista é, ao menos em tese³, marcada pela proatividade e forte atenção à tutela dos interesses públicos, bem como à razoabilidade da eventual composição à luz das matérias discutidas e do estado do processo. Afinal, perpetua-se uma longa distância entre o discurso constitucional e o plano fático da massa de trabalhadores, a qual permanece submetida ao descumprimento dos direitos mais comezinhos, como evidencia o conteúdo das ações trabalhistas cotidianas. Neste particular, segundo o relatório “Justiça em Números” divulgado pelo CNJ (11ª edição, ano base 2014), o qual se pautou em informações estatísticas de vinte dos vinte e quatro tribunais trabalhistas brasileiros, o total de 5.258.269 (cinco milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, duzentos

³ É necessário reconhecer que essa atividade, no entanto, tem se tornado menos criteriosa em razão da alta demanda de trabalho, sendo comum a realização de pautas de audiências extensas na grande maioria das unidades jurisdicionais e sem reserva suficiente de tempo para cada caso. Esse e outros problemas advindos da concentração da atividade conciliatória na figura do juiz foram explorados no item 6.1.1.

sessenta e nove) processos, que representaram 43,99% dos processos ajuizados, se destinaram à discussão de rescisão contratual e não pagamento de verbas rescisórias⁴. A última versão do mesmo relatório (ano base 2015), aponta leve redução deste tipo de ação, total de aproximadamente 4.950.000 (quatro milhões novecentos e cinquenta mil) processos, havendo, no entanto, um aumento percentual, pois passou a representar 49,12% do total de ações ajuizadas.

Portanto, não desconsideramos que no contexto de crise do Estado, e do Judiciário em particular, a proposta de métodos “alternativos” de solução de conflitos seja atraente, sobretudo quando estudada por um viés transdisciplinar, agregados aspectos sociológicos e psicológicos da *lide*, bem melhor explorados nos mecanismos não adversariais. A visão interdisciplinar da matéria possibilita superar a perspectiva meramente funcional desses mecanismos, de simples instrumentos para melhoria da eficiência do aparelho jurisdicional, ainda que tal aspecto seja extremamente relevante. Tratamento integral do conflito (e não apenas da lide jurídica), celeridade, autonomia, fortalecimento da cidadania e democratização dos processos de administração da justiça, como não se interessar?

Porém, cremos não ser prudente desconsiderar, igualmente, a função estratégica do Direito do Trabalho na construção de uma sociedade mais igualitária, nem as peculiaridades da relação que regula, marcada pela assimetria das partes e subordinação econômica do trabalhador, aspectos que justificam o viés protetivo do ramo, proteção que nada mais significa que tentativa de reequilíbrio mínimo dessa relação, e não criação de privilégios a uma parte, registremos.

Isso posto, informamos que esta pesquisa teve como marco teórico os estudos sobre o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios na construção do Estado Social Democrático de Direito, assim entendida a tipologia de Estado que tem por objetivo harmonizar os direitos fundamentais individuais e sociais, a realização efetiva das liberdades por via da justiça social, o que requer atuações estratégicas e objetivas voltadas à transformação da atual realidade de extrema desigualdade entre os concidadãos⁵.

⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 22 de abr. 2016.

⁵ Ainda que as últimas iniciativas do Poder Legislativo e Executivo nacionais evidenciem uma quebra abrupta e escancarada desse compromisso, quebra essa representada nas propostas legislativas de “reforma” da legislação trabalhista e previdenciária, bem como na já aprovada Emenda Constitucional nº 55, entre outras medidas recentes, não podemos perder de vista que no plano formal da lei fundamental o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção da dignidade humana permanecem como fundamentos centrais da nação brasileira.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p.12) advertem:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

A reflexão sobre esse risco perpassa tanto os modelos de gestão de conflitos individuais do trabalho quanto coletivos, pois a simples negociação entre “coletividades” (empresas e sindicatos) não garante paridade de armas, sobretudo em países cujo modelo sindical favorece a “pulverização” das categorias e um associativismo fraco, com pouco poder de representatividade; isso sem falar nos problemas de “conflito de interesses” por vezes identificados.

Observamos que se denominam conflitos trabalhistas coletivos, os que “envolvem grupos de trabalhadores e empregadores, no âmbito do estabelecimento ou empresa, ou mesmo da categoria ou comunidade obreira mais ampla”, enquanto individuais, aqueles nos quais “contrapõem as partes de determinado contrato de trabalho, isto é, empregado e empregador” (PORTO, 2016, p.46).

No entanto, dada a amplitude dessa problemática e por extrapolar o objetivo desta pesquisa, nos limitaremos às reflexões sobre as implicações dos desníveis de poder e possíveis necessidades específicas da esfera do direito e dos conflitos individuais do trabalho.

Ademais, não abordaremos os caminhos e efeitos da autocomposição, (sobretudo via mediação e conciliação), no campo dos conflitos interpessoais entre empregados, nos quais presumimos reduzido o desnível de poder e, conseqüentemente, minimizada a polêmica sobre a adequação dos meios autocompositivos. Ainda que as diferenças humanas sejam inevitáveis e generalizadas, algumas diferenças serão sempre mais acentuadas que outras, e no conflito laboral entre empregados, consideramos significativamente diluída (ao menos como regra geral) a desigualdade em questão.

De qualquer forma, vale destacar o interessante entendimento de Freitas Júnior (2013b, p.39) quanto a esta particular área para aplicação da mediação, perspectiva pouco explorada na literatura do tema. Afirma o autor:

Nos conflitos empregado-empregado (em que se opera grande quantidade de assédio e outras formas de lesão aos direitos de personalidade) a mediação apresenta inúmeras vantagens comparativas frente à jurisdição. Constitui ferramenta potencialmente preciosa na construção de um ambiente de trabalho harmonioso, o que não só

interessa ao empregador na medida em que estimula a produtividade, como também aos trabalhadores, que são os que mais sofrem nos ambientes corroídos pela hostilidade, competitividade excessiva e falta de solidariedade. É preciso enfatizar, porém, que a mediação para esses casos, por compreensíveis motivos éticos, não deve ser exercida por gestores de recursos humanos do próprio empregador (FREITAS JÚNIOR, 2013, p.39).

Isso exposto, registramos que compõem o recorte desta pesquisa apenas os *conflitos individuais trabalhistas entre empregador e empregado*.

O tema foi eleito por sua implicação prática e apesar do nosso “lugar de enunciação”, acima esclarecido, estamos cientes de que a validade deste estudo está condicionada à uma satisfatória qualidade metodológica, ao “cuidado metodológico” que, nas palavras de Pedro Demo (2003, p.367) sinaliza “dimensões da intensidade e profundidade em textos com pretensão científica. Qualidade metodológica significa o apreço sistemático pela argumentação mais bem fundamentada possível”.

Portanto, o objetivo deste trabalho foi tão somente contribuir com considerações mais “amadurecidas” e menos pré-concebidas sobre os métodos não adversarias de solução de conflitos no campo do direito individual do trabalho, com vistas ao aperfeiçoamento do respectivo sistema de justiça, via implementação de uma efetiva concepção híbrida. Uma tentativa de migração do “argumento de autoridade” para a “autoridade do argumento”, como propõe Pedro Demo (2003, p. 351), o que, por si só, foi extremamente desafiador.

2 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA, OBJETIVOS (GERAL E ESPECÍFICOS) E HIPÓTESE DE PESQUISA

A Constituição Federal de 1988 elevou a patamar constitucional diversos direitos sociais, entre eles os trabalhistas, considerados fundamentais e irrenunciáveis. Ademais, elegeu o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como seus fundamentos, impondo o condicionamento contínuo entre livre iniciativa, desenvolvimento econômico e justiça social, princípios que constituem, igualmente, a gênese do Direito do Trabalho.

É clara a intensificação do pensamento liberal⁶ e das investidas pró desmantelamento da legislação social, ora por medidas “flexibilizantes” ora por intentos desregulamentados, nitidamente incorporados pelo Legislativo brasileiro nas últimas décadas e significativamente intensificados no presente ano, sendo ápice, a recente “reforma” (mas acertado seria dizer desconstrução) da principal lei trabalhista, a CLT. Lado outro, face à ineficiência do Executivo na fiscalização e implementação dos direitos que resistem, desembocam no Judiciário trabalhista as últimas esperanças de efetivação, ou mera compensação, ainda que *a posteriori* das lesões aos direitos fundamentais do trabalhador.

Necessário dizer que essa reparação repressiva tem fins que vão além da pacificação do conflito específico que a provoca, objetiva funcionar como instrumento educativo, de indução do cumprimento espontâneo das normas, ou seja, relaciona-se com o atributo da eficácia, tão maltratado por macrolesões reiteradamente impingidas aos direitos laborais no contexto brasileiro.

Isso posto, a preocupação de parcela dos juslaboralistas com a recepção dos “meios alternativos” de solução de controvérsias no campo do direito individual do trabalho se revela bastante razoável. Afinal, se funda no temor de nova chancela da ineficácia da legislação social pelo Estado brasileiro, desta feita por via do próprio Judiciário trabalhista, ao apoiar e disseminar mecanismos paralelos de solução de conflitos laborais, supostamente menos “rígidos”, ao menos sob o aspecto da averiguação do direito material invocado.

Alerta-se para o risco do capital, na análise de custo/benefício em relação ao cumprimento ou não da legislação social, concluir pelas vantagens do reiterado descumprimento, frente à possibilidade da formulação de acordos pífios em razão da necessidade e fragilidade do trabalhador na negociação “livre”.

⁶ No sentido de livre concorrência das forças sociais e não ingerência do Estado em qualquer plano, seja individual, seja econômico.

Aliás, eis o que também se discutiu em relação à primeira experiência de conciliação extrajudicial (positivada) no universo trabalhista brasileiro, implementada pela Lei nº 9.958/2000. Cabe antecipar que desde a referida lei, a qual criou as Câmaras de Conciliação Prévia (CCPs) - órgãos com atribuição de conciliar conflitos individuais do trabalho e cujos acordos têm natureza de título executivo - já se reconhece a possibilidade de negociação extrajudicial nesta esfera, ainda que esses órgãos e a extensão dos efeitos das composições suscitem grande controvérsia, conforme analisamos em tópico próprio.

No entanto, nosso foco foi a investigação sobre a eventual necessidade de ampliação ou aprimoramento do sistema de justiça trabalhista e, em caso positivo, a reflexão sobre a adequação da mediação e conciliação privadas (realizadas por terceiros, e não pelos juízes trabalhistas ou servidores sobre sua supervisão como adotado pela Resolução CSJT nº174/16), para a gestão de conflitos individuais do trabalho e em que circunstâncias.

Como exposto, sobreleva a essencialidade do Direito do Trabalho, das instituições a ele afetas e dos seus modelos jurídico-decisórios na construção do Estado Democrático de Direito. Logo, em um país marcado por gritante desigualdade econômica, social e educacional e pelo reiterado descumprimento da legislação trabalhista, a introdução de mecanismos consensuais de solução de conflitos (privados ou não), apesar de todas as vantagens apontadas pela doutrina especializada (inclusive de índole psicossocial e não apenas para a redução de processos), toma contornos densos neste campo específico.

Foi dessa problemática que surgiu a inquietação que movimentou esta pesquisa. À luz de todas as vantagens observadas na inserção dos métodos autocompositivos em outras esferas, revelou-se útil refletir sobre a propriedade da integração desses mecanismos não adversariais (e supostamente mais “flexíveis”) nesta área particular do Direito, aperfeiçoando o que denominamos *sistema híbrido de gestão de conflitos* individuais trabalhistas.

Híbrido, por conjugar o método jurisdicional tradicional com outros métodos de solução de controvérsias, sem gradação de importância, ou categorização em principal e acessório, padrão *versus* alternativo ou mesmo “excepcional⁷”. Híbrido, neste sentido, denota um sistema acolhedor de conflitos diversos, de origens e traços distintos, um sistema “plástico”, apto a recepcionar a diversidade, e não concebido para ignorá-la e artificialmente moldá-la.

⁷ A expressão “modos excepcionais” foi utilizada por Mauro Augusto Braga (2013, p.121) no estudo intitulado “Os limites ao acordo em juízo e as garantias do processo justo”. É uma referência aos demais meios de gestão de conflitos, à exceção da jurisdição, *em especial a composição amigável*, e indicia o quanto arraigada na cultura brasileira a concepção da sentença como equivalente de justiça.

E de *gestão*, por se termo amplo, capaz de abranger o controle *a priori*: medidas, práticas e políticas aptas à prevenção dos conflitos e à instituição de uma *cultura de gestão cooperativa de conflitos*; como também de controle *a posteriori*: voltado ao tratamento construtivo desse fenômeno social. Seja pela via limitada da mera resolução formal da disputa respectiva, seja, quando possível, pela obtenção de uma efetiva superação do conflito em suas diversas dimensões.

Observamos que apesar da consagrada expressão “cultura da pacificação” em contraponto à “cultura da sentença” propagada pelo professor Kazuo Watanabe⁸, de fato inábil ao efetivo apaziguamento dos contendores, optaremos pelo termo *cultura de gestão cooperativa de conflitos*. Afinal, se considerarmos que o conflito é natural ao relacionamento humano e de certo modo necessário ao desenvolvimento social (como mais à frente abordamos), sua presença é inevitável. A problemática, portanto, se desloca para a cultura envolvida na sua gestão, costume, valorações, mentalidade e modelos incidentes.

Essas razões não só explicam a expressão eleita como título da pesquisa como também a nossa preferência pela terminologia “meios não adversariais de solução de conflitos”, em menção aos mecanismos autocompositivos aqui focados. Tal substituição, acreditamos, evita a hierarquização subjacente à expressão clássica, “meios alternativos”.

A jurisdição é apenas um dos caminhos disponíveis para a gestão do conflito. Nem sempre o mais indicado (e em outras inafastável), ainda que não raro seja sinônimo de solução formal da disputa (pacificação imperfeita), com baixa aptidão para gerar sentimento de solidariedade, empoderamento para o enfrentamento das controvérsias futuras e superação sadia de conflitos metajurídicos.

Quanto a classificação *metajurídico*, denominamos como tal os conflitos de caráter multifacetado, que envolvem não apenas pretensões jurídico-econômicas, objetivas e de plano detectáveis, mas também aspectos psicossociais submersos, e interesses nem sempre correspondentes à descrição jurídica atribuída pelos contendores, ou posição processualmente (e formalmente) assumida por eles. Enfim: conflitos que envolvem tanto expectativas de redistribuição quanto de reconhecimento⁹.

Nessa perspectiva, as seguintes indagações nos guiaram:

⁸ Para aprofundamento, sugerimos: WATANABE, KAZUO. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz Yarshell; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coords.). São Paulo: DPJ Editora, 2005.

⁹ Esse prisma foi inspirado pelas reflexões da teórica Nancy Fraser, em seu trabalho “Da redistribuição ao reconhecimento: dilemas da justiça na era pós-socialista, o qual exploramos no item “5.3”.

a) considerando a concepção ampliada de justiça, apesar dos avanços já observados, o sistema de justiça trabalhista ainda demanda aperfeiçoamento? Em que medida?;

b) a adesão aos meios não adversariais recentemente acolhidos pelo CPC atende a essa demanda?

c) é possível harmonizar as vantagens dos meios não adversariais de solução de conflitos com as normas imperativas e a função distributiva do Direito do Trabalho, estratégias para a solidificação do Estado Democrático de Direito?;

Tais questionamentos deram suporte à formulação do objetivo geral da pesquisa, qual seja: refletir sobre um sistema híbrido de gestão de conflitos adequado ao universo do direito individual do trabalho.

Nossa hipótese de pesquisa, por sua vez, repousa na insuficiência do sistema de justiça trabalhista quanto a mecanismos aptos à promoção da autocomposição em disputas de caráter complexo (conflitos metajurídicos acima referidos), que não descuidem, concomitantemente, do papel redistributivo do Direito do Trabalho e das peculiaridades da respectiva relação.

Para testar nossa hipótese, perseguimos os seguintes objetivos específicos:

a) analisar o atual sistema de gestão de conflitos individuais trabalhistas e identificar pontos deficientes sob a ótica qualitativa;

b) analisar as características dos meios não adversariais de solução de conflitos recentemente integrados à legislação pátria, investigando suas possíveis vantagens para a democratização do acesso à justiça e o desenvolvimento de uma cultura de gestão cooperativa de conflitos;

c) debater as peculiaridades do Direito do Trabalho e sua relação com o princípio constitucional da dignidade e o compromisso de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CF/1988), ao que se sobreleva a função redistributiva que comporta;

d) refletir sobre os possíveis efeitos da reprodução, na esfera do direito individual do trabalho, dos atuais modelos de mediação e conciliação formatados para a esfera civil;

e) aplicar, experimentalmente, procedimento não adversarial inspirado na pesquisa teórica, para tentativa de autocomposição em processos trabalhistas, e colher dados junto às partes atendidas, por via de questionário semiaberto, para análise predominantemente qualitativa desse procedimento;

f) sistematizar e analisar os dados obtidos, e contrapô-los às informações extraídas da pesquisa teórica, no que toca aos elementos facilitadores e não facilitadores da autocomposição assistida;

g) analisar os dados colhidos para, em conjunto com a investigação teórica, extrair inferências com vistas à formulação de parâmetros para o aperfeiçoamento do sistema de gestão de conflitos individuais trabalhistas (análise prospectiva).

3 METODOLOGIA GERAL E ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO

Considerando que “o estudo deve fornecer elementos para a verificação e a contestação das hipóteses apresentadas e, portanto, para uma continuidade pública” (ECO, 2012, p.23) cumpre informar sobre o quadro metodológico adotado.

Segundo Bittar (2003, p.5), “o método é a disciplina da pesquisa. O planejamento de recursos, técnicas e meios de investigar determinado objeto de estudo, capazes de conferir aos conhecimentos adquiridos a sistematicidade necessária a uma pesquisa científica”. Neste planejamento, o passo inicial deve ser a identificação da diretriz investigativa que orientará o trabalho de pesquisa, ao que se denomina referencial teórico-metodológico.

Gustin e Dias (2015, p.21) propõem dois grandes “veios teórico-metodológicos”, o jurídico-dogmático e o jurídico-sociológico. Segundo elucida, a primeira vertente considera o Direito com autossuficiência metodológica e trabalha com elementos internos ao ordenamento jurídico, ou seja, restrito aos seus próprios limites e estruturas. Porém, previnem que:

As relações normativas devem, também, ser pensadas de forma externa, vital, no mundo dos valores e relações da vida. Logo, não interessará apenas a eficiência das relações normativas, mas, inclusive, sua eficácia. E isso não transformará a vertente dogmática em um tipo sociológico puro.

À luz dessa advertência, as autoras apresentam a vertente jurídico-sociológica, uma proposta voltada à compreensão do fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Sobre tal vertente, esclarecem que:

Analisa o Direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e de efetividade das relações direito/sociedade. Preocupa-se com a facticidade do Direito e com as relações contraditórias que o próprio Direito estabelece com os demais campos: sócio-cultural, político e antropológico. Enquanto a vertente anterior preocupa-se prioritariamente, mas não apenas, com a noção de eficiência, esta segunda, a partir do sentido de eficácia, estuda a realização concreta de objetivos propostos pela lei, por regulamentos de todas as ordens e de políticas públicas ou sociais (GUSTIN; DIAS, 2015, p.22).

Eis a concepção que melhor se afinou aos objetivos da presente pesquisa. De fato, foi seu pressuposto a consideração do Direito como fato social, o qual é ao mesmo tempo condicionado pela realidade (variável dependente) e condicionante dela, vez que inserido no contexto amplo de interpenetração recíproca dos fatores de natureza econômica, cultural, política, ética e ideológica.

Conforme elucidado, o problema de pesquisa se insere na temática ampla do acesso à justiça, na qual o modelo híbrido de gestão de conflitos se apresenta como instrumento de

superação do unidirecionamento das disputas laborais à solução adjudicada estatal, contemplando as distintas realidades dos conflitantes e particularidades das demandas.

Os benefícios desse modelo não residem (ou não devem residir) no aspecto quantitativo da redução numérica de processos nos tribunais trabalhistas (ainda que essa redução seja uma consequência bastante provável e desejada), mas nos possíveis ganhos qualitativos, via disponibilização de meios não adversariais de solução de controvérsias e supostamente mais adequados ao tratamento integral de determinados conflitos, sobretudo os de natureza complexa (dotados de elementos jurídicos e psicossociais).

No entanto, a essa consideração se contrapõe a possibilidade de precarização dos direitos trabalhistas, face à maior liberdade e informalidade desses mecanismos; ao menos em seus formatos originais, preocupação que repousa na comum assimetria das partes, bem como no *know-how* diferenciado das empresas, litigantes organizacionais e, não raro, habituais.

Assim, a pesquisa não se restringiu à investigação das teorias e normas de regulação desse modelo (Código de Processo Civil, Lei nº 13.140/15, Resoluções nº 125/2010 do CNJ e nº 174 de 2016 do CSJT), não se ateve ao formalismo dogmático, à “estrutura formal, prescindindo da necessária e inevitável abertura das mesmas normas sobre o complexo enigmático, mutável mundo dos valores” (CAPPELLETTI, 2010, p.53); buscou também a compreensão sobre o fenômeno conflitual, seus elementos metajurídicos, fatores que concorrem positiva e negativamente para sua equalização, possíveis vantagens e desvantagens da ampliação do sistema híbrido de gestão de conflitos na seara laboral e da sua abertura a novos métodos.

Não só investigamos internamente os dois elementos centrais eleitos (estrutura normativa dos direitos trabalhistas no Estado Democrático de Direito e o sistema híbrido de gestão de conflitos), mas também a comunicação entre eles e os possíveis efeitos dessa junção.

À luz da abissal desigualdade social brasileira e da tão incipiente concretização dos direitos sociais, a relevância do modelo impositivo/coercitivo de solução de conflitos laborais se intensifica, justificando-se, assim, toda a cautela para a eventual integração do direito individual laboral a um modelo híbrido de gestão de conflitos mais amplo do que o hoje praticado.

Porém, não poderíamos desconsiderar também os inegáveis limites do sistema judiciário tradicional para o tratamento adequado dos conflitos. Seja no que toca ao desequilíbrio entre procura e oferta do serviço (realidade que indiretamente pode ser minimizada pela reformulação do sistema), seja no que toca à qualidade desse serviço, nem sempre apto à efetiva pacificação, educação e fortalecimento da cidadania, limitando-se, não raro, à mera “eliminação de mais

uma causa”. Isso quando não esbarra no insucesso das medidas executivas, não sendo incomum a inutilidade dos seus provimentos por ausência de lastro patrimonial do responsável para a efetivação do direito reconhecido, dificuldades reais ou “criadas” pelos respectivos devedores.

Tal circunstância também pode ser minimizada via participação direta das partes na construção das soluções, contemplando caminhos viáveis a partir dos casos concretos e aumentando a vinculação e comprometimento com a concretização do que foi negociado horizontalmente.

Como advertiu Cappelletti (2010, p.386) em seu trabalho “Processos, ideologias e sociedade”, o movimento pelo acesso à justiça constituiu um aspecto central do moderno Estado social e não se limita à justiça em seu sentido judicial, mas abarca, ao contrário, áreas bem mais amplas como o acesso à educação, ao trabalho, ao descanso, à saúde. Significa, portanto, acesso à dignidade.

Assim, a problemática extrapola os estreitos limites do Direito para alcançar aspectos múltiplos da existência, como a diversidade humana, suas expectativas e distintas carências, recomendando, inclusive, o auxílio a recursos e teorias desenvolvidas em outras disciplinas do conhecimento, como a Sociologia, a Psicologia e a Comunicação. Logo, concluiu-se que a mera racionalidade dogmática ou positivista, se revelaria insuficiente aos fins pretendidos.

Conforme expõem Gustin e Dias (2015, p.19):

A escolha da metodologia significa a adoção de uma postura político-ideológica perante a realidade. Essa adoção deve ser entendida como a procura, nas reivindicações e demandas sociais, de uma racionalidade que se desprende da racionalidade formalista e que supõe a produção de um conhecimento jurídico que não se isola do ambiente científico mais abrangente e se realiza por meio de reflexões discursivas inter ou transdisciplinares.

Por essas razões, adotamos como paradigma metodológico a investigação de cunho jurídico-sociológico e, à sua luz, introduzimos à reflexão questões como: Por que meios não adversariais de solução de conflitos? Que fatores sociais, econômicos e políticos impulsionaram a criação deles? Quais os possíveis reflexos desses mecanismos no campo trabalhista individual? Qual a receptividade e reação das partes à proposta de gestão cooperativa dos seus conflitos? O que a experiência revelou?

No que diz respeito ao raciocínio aplicado, optamos pela predominância do raciocínio dialético, o qual, segundo Bittar (2003, p.17), corresponde à apreensão discursiva do conhecimento a partir da análise dos opostos e da interposição de elementos diferentes ou, como esclarecem Lakatos e Marconi (2010, p.88), penetra o mundo dos fenômenos através de sua

ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade.

Reiteramos que esta investigação teve por ponto de partida ideias que, a princípio, se apresentaram como contrárias. De um lado, a tese da aptidão do sistema híbrido de gestão de conflitos para o tratamento de disputas plurais e para a democratização e eficiência dos tribunais, na medida em que os meios não adversariais, além de mais céleres e informais, privilegiam a vontade das partes, o que, ao fim, concorreria para o fortalecimento delas e da cidadania. De outro lado, a antítese, representada na consideração de que esses mecanismos, na área trabalhista (individual), funcionariam como mais uma medida de desmantelamento dos direitos sociais, desta feita chancelada pelo próprio Poder Judiciário, face à fragilidade do trabalhador na negociação livre.

Assim, buscamos conduzir um diálogo entre os argumentos que compõe a tese e a antítese apresentadas, com vistas a uma síntese que ou reafirmasse a tese ou a antítese, ou obtivesse entre elas uma harmonização.

Quanto ao tipo de pesquisa do qual nos valem, seguindo a classificação proposta por Pedro Demo (2003, p.13), delineiam-se quatro gêneros de pesquisa (ainda que intercomunicáveis):

- a) há pesquisa teórica, dedicada a formular quadros de referências, a estudar teorias, a burilar conceitos;
- b) há pesquisa metodológica, dedicada a indagar por instrumentos, por caminhos, por modos de se fazer ciência, ou a produzir técnicas de tratamento da realidade, ou a discutir abordagens teórico-práticas;
- c) há pesquisa empírica, dedicada a codificar a face mensurável da realidade social;
- d) há pesquisa prática, voltada para intervir na realidade social, chamada pesquisa participante, avaliação qualitativa, pesquisa-ação etc.

Tendo em vista a inserção da perspectiva das próprias partes na análise, via questionário sobre a satisfação com o procedimento autocompositivo testado, e sobre fatores que concorreram positiva e negativamente para o resultado da reunião (firmação ou não de acordo), bem como nossa análise prospectiva com vistas ao possível aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista, tem-se que o trabalho compreendeu tanto a pesquisa teórica quanto prática. “Pesquisas que objetivem ações transformadoras durante o percurso da investigação ou avaliações que se realizem para a constituição de novos rumos para a realidade social são tipos desse gênero” (GUSTIN; DIAS 2015, p.40).

Na primeira, pesquisa teórica, apresentamos de modo sistematizado a teoria e normas sobre os meios não adversariais de solução de conflitos enfocados pela pesquisa, as características e funções dos direitos trabalhistas no Estado Democrático de Direito, o atual

sistema de justiça trabalhista, bem como as questões polêmicas que permeiam a discussão da integração dos meios não adversários privados de gestão conflitual ao direito individual do trabalho. Em resumo, exploramos o referencial teórico que deu suporte à investigação.

Na segunda, pesquisa prática, concentramos a atividade de produção, organização e interpretação dos dados colhidos. Tais dados foram obtidos via aplicação de questionário às partes atendidas pelo procedimento não adversarial testado, havendo autorização do Comitê de Ética em Pesquisa para a realização do ato, conforme Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), anexo C.

Os processos foram selecionados junto à 4ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto, mediante autorização do juiz titular da unidade e do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (por seu representante legal) para o procedimento, anexos A e B, respectivamente.

A metodologia específica da pesquisa prática foi objeto de item próprio na Seção 8, no qual consignada essa etapa do estudo. Constam da subseção “8.3” todos os critérios necessários à replicação da atividade: população eleita, variáveis, momento, forma de realização e procedimento.

A explicitação em separado da metodologia da pesquisa prática visou facilitar a sua compreensão, considerando que as informações e reflexões propiciadas pelo estudo teórico (em quatro seções antecedentes) são condição para a análise crítica dos dados e inferências propostos naquela. A intenção, portanto, foi facilitar a compreensão do leitor quanto ao “passo a passo” desenvolvido na etapa prática na sua exata progressão.

Antecipamos, porém, que o propósito da investigação prática foi a colheita de dados de motivação e de opinião, por via de questionário semiaberto. Como investigação de motivação, colhemos subsídios para interpretar e inferir sobre fatores que concorrem positiva e negativamente para a composição das partes, testando condições e elementos aprioristicamente citados pelos teóricos da mediação, conciliação, e também da avaliação neutra¹⁰, como influentes na tomada de decisão das partes.

Como pesquisa de opinião, buscamos dados para uma análise qualitativa do procedimento no que diz respeito à satisfação dos usuários, e também com vistas à sugestão de método não adversarial adicional para a Justiça do Trabalho (além dos já praticados). Não

¹⁰ Em que pese a avaliação neutra de terceiros não estar formalmente contemplada no microsistema legal integrante deste estudo, nada obsta (em tese) a possibilidade da sua prática, sendo que no desenvolver deste estudo, a figura apontou como interessante método, ao menos em caráter auxiliar, para a autocomposição informada e consciente, razão de a termos inserido nas reflexões. Voltaremos a isto no item “5.7”.

obstante a predominância do caráter qualitativo, esta etapa da pesquisa conjugou elementos quantitativos relevantes para a análise prospectiva e considerações finais.

Sobre a estruturação do trabalho, além dos elementos introdutórios (apresentação do tema, delimitação do problema, objetivos e metodologia geral, itens 1, 2 e 3), informamos que a dissertação conta com seis seções e considerações finais, além de referências e anexos.

As quatro primeiras seções compreendem os resultados da pesquisa teórica, tanto das fontes primárias (normas), quanto secundárias (dogmática), estágio que serviu, “como primeiro passo, para se saber em que estado se encontra atualmente o problema, que trabalhos já foram realizados a respeito e quais as opiniões reinantes sobre o assunto” (LAKATOS; MARCONI, 2010, p.169). Foi nesta parte da pesquisa que nos debruçamos sobre os fundamentos teóricos dos quais extraído o problema de investigação.

Na primeira seção (item 4, “O Poder Judiciário no Estado Moderno e a concepção ampliada de acesso à justiça”), abordamos o contexto da transição do denominado Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, com enfoque na firmamento dos direitos sociais e econômicos e suas implicações para o Poder Judiciário. Discutimos a concepção ampliada de acesso à justiça, a função política e social do Judiciário para a efetivação dos direitos sociais na contemporaneidade e a demanda social por reestruturação judiciária no Brasil.

Na segunda seção (item 5, “O conflito, seus métodos e mecanismos de gestão”), nos dedicamos à compreensão do fenômeno conflitual interpessoal (o conflito intrapsíquico não é objeto deste estudo) e à eleição de um conceito válido como norte para a pesquisa. Ademais, traçamos um panorama geral dos métodos de gestão de conflitos e destacamos as características gerais daqueles que mais de perto se relacionam com este trabalho, quais sejam: a mediação, a conciliação e a avaliação neutra de terceiro. Por fim, abordamos as potencialidades desses meios, seus benefícios psicossociais e a relação com a democratização da justiça, com o desenvolvimento da cidadania e da almejada cultura de gestão cooperativa de conflitos.

Na terceira seção (item 6, “Sistema de gestão de conflitos trabalhistas. O modelo atual”), firmamos um panorama geral do sistema de justiça trabalhista brasileiro, com foco nos meios não adversariais que acolhe. Essa sistematização teve por objetivo identificar eventuais pontos de deficiência, considerado o arcabouço teórico anteriormente explorado, com vistas à formulação de propostas de aperfeiçoamento.

Na quarta seção (item 7, “Sistema híbrido de gestão de conflitos e o direito individual do trabalho: questões controvertidas”), enfrentamos os aspectos mais polêmicos identificados no estudo teórico, em específico as barreiras levantadas à ampliação dos métodos autocompositivos no domínio laboral. As implicações da alegada indisponibilidade dos direitos

trabalhistas, da assimetria das partes e do provável impulso ao descumprimento da legislação social pela adoção de um sistema “mais flexível” de solução de conflitos estão entre os pontos explorados. Debatemos, por fim, o espinhoso tema da homologação de acordos extrajudiciais como exercício de jurisdição voluntária nesta seara.

A quinta sessão (item 8) compreendeu o desenvolvimento da pesquisa prática, a qual apesar de ter natureza semelhante ao gênero pesquisa empírica (cujo objetivo é, segundo a classificação de Pedro Demo supracitada, mensurar a realidade), vai além e intenciona intervenções no ambiente sociocultural, político, jurídico etc. Todo o trâmite da sua execução, inclusive medidas prévias necessárias, foi retratado neste tópico.

Assim sendo, a sexta e última seção (item 9) consignou a análise prospectiva viabilizada pelo estudo antecedente. Nela, nos dedicamos à formulação de parâmetros para a sistematização de um mecanismo autocompositivo diferenciado para a Justiça do Trabalho, o qual denominamos *reunião de orientação facilitadora*. Tal mecanismo, inspirado concomitantemente na mediação, conciliação e intervenção neutra de terceiros, é sugerido para o tratamento preferencial de conflitos de índole metajurídica, em relação aos quais detectamos a maior necessidade de aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista.

4 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO MODERNO E A CONCEPÇÃO AMPLIADA DE ACESSO À JUSTIÇA

4.1 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

A questão relativa ao alcance dos direitos fundamentais se associa intimamente à forma de organização e paradigma ideológico do Estado no tempo. E nesse sentido, faz-se útil uma breve incursão sobre a afirmação dos direitos do homem como realidades históricas, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesas de novas liberdades, contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma só vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p.9).

Podemos distinguir duas fases na trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade, representadas, sucessivamente, no Estado Liberal e no Estado Social, cada qual com suas particularidades e respectivos reflexos na abrangência dos direitos fundamentais.

Quanto à expressão liberal e seu correspondente modelo de Estado, necessário lembrar que comporta diferentes significações de país para país. Não obstante suas variáveis no espaço, o conceito é aqui empregado como modelo pautado na garantia dos indivíduos em face dos Governos e na autonomia humana, o que podemos considerar um núcleo comum às suas diversas concepções.

Tal Estado, cujo nascedouro é associado à Revolução Francesa e suas promessas de liberdade, igualdade e fraternidade, tem por arcabouço ideológico o Racionalismo (exaltação da razão como única fonte de conhecimento humano) e o Iluminismo (valorização do homem e da razão em detrimento das crenças, mitos, impulsos e emoções), ao que se denominou positivismo filosófico do século XIX.

Essa revolução, efetivada pela burguesia emergente do século XVIII (comerciantes, financistas e industriais que ambicionavam um poder político compatível com a posição econômica usufruída), e apoiada pela massa camponesa, representaria a superação do Antigo Regime (absolutista) e a transição do feudalismo para o capitalismo.

Conforme observa Paulo Bonavides (1994, p. 170-172):

Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos. Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial

ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semi despóticas. (...) Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.

Porém, a transferência do pólo de poder da nobreza para a burguesia e a superação definitiva do feudalismo exigiam garantias em face da liberdade deliberativa dos juízes subservientes aos senhores de terras. Como resumiu Bebbler (2011, p.39):

Quando os burgueses fizeram sua revolução e tomaram a Bastilha, tiveram de conviver com os juízes do antigo regime (cujos cargos eram comprados ou adquiridos por herança), reconhecidamente imorais, corruptos e comprometidos com o poder feudal. A legalidade estrita e a exegese dogmática, então, surgiram como alguns dos mecanismos para frear os desmandos da tradição jurídica da época.

Estavam lançadas as condições para a estruturação da separação dos poderes e do positivismo jurídico, os quais remeteriam o Judiciário, por um longo período, a um papel secundário, apolítico e meramente burocrático, destinado à enunciação legal garantista da propriedade e do contrato.

Segue-se o fenômeno da codificação, ou seja: a substituição da pluralidade das normas comuns (consuetudinárias) pela sistematização de normas extraídas exclusivamente da razão, por via do Estado e por ele imposto (monismo normativo). Tal modelo, por sua vez, se ergueria sobre duas premissas bastante duvidosas: a enunciação das normas de modo claro e preciso pelo legislador, perfeição formal da legislação; e a regulação completa das relações sociais, perfeição substancial da legislação.

As decisões judiciais, assim, deveriam ser apenas o resultado do silogismo entre a premissa menor (ação) à lei abstrata (premissa maior), uma reprodução fiel da última, “fruto da vontade geral” representada pelo Legislativo eleito censitariamente.

Nessa conjuntura, resumidamente exposta, os direitos fundamentais apresentavam-se como limites para a atuação dos governantes em favor da liberdade dos governados, e a Separação dos Poderes uma forma de fragmentar o poder centralizado das monarquias e submeter os governantes a um novo império, o império das normas “gerais e abstratas”.

Enfim, predominava a separação entre Estado e sociedade e seus respectivos domínios:

público *versus* privado, pressuposto de garantia da liberdade individual. Enquanto no domínio público se ergueram barreiras à intervenção estatal, inclusive na economia, teoricamente regida de forma natural pelo próprio mercado; no privado, integrado por homens iguais, prevaleceria a autonomia da vontade.

Essa igualdade estritamente formal das partes asseguraria o equilíbrio entre os contratantes; o contrato de trabalho era regido exclusivamente pela vontade das partes, sem as limitações das corporações de ofício ou os laços feudais de mútuo auxílio e subserviência (MORAES, 2014, p.272).

Ao Estado, remanescia a segurança interna e externa e a proteção da propriedade. Ao Direito, doravante identificado com a lei, tutelar igualmente a propriedade, os contratos e a segurança das negociações. Consoante sintetiza Sarmiento (2006, p.14):

A partir destas ideias, que podem ser identificadas com os interesses da burguesia ascendente, é que os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos, oponíveis apenas em face do Estado. Para Jellinek, principal formulador do conceito de direitos públicos subjetivos, estes não eram direitos naturais e inatos, que antecederiam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo frente ao Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente dentro do marco estabelecido pelas leis.

É inegável que esta primeira fase de afirmação dos direitos fundamentais de inspiração liberal significou uma evolução da trajetória histórica desses direitos. Porém, ainda mais inegável o quanto distorcidas e retóricas se revelaram a liberdade e igualdade apregoadas, e como a sociedade industrializada sob o paradigma liberal se afastou da fraternidade que igualmente alimentou as revoluções iluministas.

Consolidada a revolução, a ação política transformadora e de justiça social é sepultada e se institui uma blindada ideologia de conservação do *status* atingido.

Porém, o contexto de extrema exploração do trabalho e de grande desigualdade social impulsionou a expansão dos movimentos críticos, representados no marxismo, no socialismo utópico e na doutrina social da Igreja. Esses movimentos, cada qual com suas particularidades, evidenciavam as contradições, insuficiências e riscos do liberalismo extremo, inclusive para sua própria persistência.

Assim, já na primeira metade do século XIX são editadas na Inglaterra e Alemanha as primeiras normas de cunho social, das quais são exemplo as normas alemãs sobre seguro na hipótese de acidentes de trabalho, e que têm o objetivo de minimizar os impactos da exploração do trabalho característica da Revolução Industrial. Porém, é bem evidente na análise histórica

que essas iniciativas muito mais que expressão humanitária, visavam reprimir o avanço real do ideal socialista, que teve na Revolução Russa de 1917 seu ponto alto.

Como observa Ricardo Moraes (2014, p.274), essas medidas assistencialistas, no entanto, têm mais um caráter de cooptação por parte de uma elite interessada em tirar a atenção do povo das mazelas sociais do que são um novo modo de enxergar as relações entre sociedade e Estado.

Paralelamente, aumentava a pressão pela concessão do direito ao voto a novas parcelas da população, o que permitiria a infiltração da demanda por mudanças no âmbito legislativo. E foi essa paulatina democratização política que representou uma primeira mutação significativa do liberalismo clássico, que ao se estruturar originalmente no voto censitário, elegeu-o como escudo para a conservação da dominação política. Essa mutação, por sua vez, se revelou necessária à própria sobrevivência do sistema liberal questionado, ainda que transmutado.

Conforme observou Bonavides (2007, p.188):

É preciso ao diagnosticar que o “velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso, entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, despossados de quase todos os bens. Comunicá-la, pois, a todos, conforme veio a suceder, significava já um passo em falso na firmeza da teoria liberal (...). O reconhecimento geral da liberdade política, com um mínimo de restrição, isto é, mediante o sufrágio universal, não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal. Foi das mais penosas conquistas revolucionárias, processada no âmago do conflito entre capital e trabalho. Esse compartilhamento da liberdade política entre burguesia e as demais classes, ao mesmo tempo em que desnaturou o liberalismo clássico, salvou aquilo “que existia de melhor na antiga tradição liberal: a ideia da liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora já no âmbito da democracia plebiscitária, vinculada ao Estado social”.

Além disso, já se evidenciavam os malefícios da liberdade plena de mercado, campo fértil para os abusos econômicos, sobretudo a partir da formação de oligopólios, e par o massacre dos pequenos produtores pela economia de escala resultante das novas tecnologias produtivas. Exemplo disto foi a edição da legislação antitruste que proibia acordos de domínio de mercado nos Estados Unidos, ainda no fim do século XIX.

Some-se a esse quadro a eclosão da primeira guerra mundial e a intensa crise capitalista no interstício entre as duas grandes guerras, cujo ápice foi a quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929. Desse período, cabe lembrar a intensa intervenção do Estado na economia

(planejamento e mobilização de mão de obra) com vistas a satisfazer suas necessidades bélicas e que ensejou “o conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua polícia econômica” (COMPARATO, 1978, p.465), o Direito Econômico, e que já anunciava a transformação a caminho.

Clilton Guimarães dos Santos (2013, p.59), analisando as distorções do Estado de Direito no período liberal, destaca a sua redução à Estado Legal, ou seja, firmado sobre o princípio da legalidade, em um cenário de politização da lei, utilizada como instrumento governativo e de expressão da suposta vontade legal que possibilitou o arbítrio puro e simples, inclusive como base de Estados antidemocráticos.

Ainda segundo o autor, a experiência extraída desses governos tirânicos e da catástrofe da Guerra impulsionaram dois valores: pactos políticos representados pelos textos constitucionais e a Democracia como “meio de garantir não apenas espaços de participação da cidadania, mas também como instrumento de garantia de igualdade social, reforçando-se também a ideia de uma soberania verdadeiramente popular” (SANTOS, C. G., 2013, p.59).

Esses, em linhas breves, o contexto social, econômico e político para o surgimento do Estado Social na virada do século XX e seu amadurecimento nas décadas seguintes. E com ele, a emergência de novos direitos, desta feita tendentes não à proteção negativa do Estado, a sua abstenção, mas voltados à proteção positiva, via prestações para garantia de condições mínimas de existência digna.

Sobre as características do Estado Social, Bonavides (2007, p.186) sintetiza:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber denominação de Estado Social.

Nesse novo modelo de Estado, a liberdade já não é suficiente e não pode se resumir à liberdade para o proprietário. Requer-se a intervenção do Estado na equalização das assimetrias da realidade. Nesse sentido, novos papéis são conferidos ao Direito, instrumento vital no

desenvolvimento com justiça social e na construção efetiva das liberdades.

Ao Direito do Trabalho são reconhecidos a autonomia e o *status* constitucional, admitindo-se a necessidade de regramento mínimo para harmonização das contradições da relação trabalhista, essencialmente assimétrica. Concomitantemente, no Direito Privado como um todo, proliferam as normas de ordem pública e limitações à autonomia da vontade em favor dos interesses coletivos e sociais, o que estremece a tradicional dicotomia Direito Público *versus* Direito privado.

As Constituições, doravante chamadas dirigentes em face da incorporação de projetos de mudança social, consagram os direitos sociais e econômicos, segunda dimensão dos direitos fundamentais e verdadeiras exigências de condições materiais mínimas para o efetivo gozo das liberdades asseguradas na primeira dimensão. Cuida-se do irrefutável entrelaçamento dos direitos humanos fundamentais, ínsito ao Estado Social de Direito. Aliás, como bem resume Daniel Sarmento (2006, p.20):

O Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo ortodoxo como pelos marxistas. Apesar de lamentáveis desvios em que incorreu o Estado Social, com sua degenerescência para experiências totalitárias sobretudo na primeira metade do século XX, o fato é que em boa parte do mundo desenvolvido, e durante um razoável período de tempo no século XX, esta solução compromissória entre o capitalismo e o socialismo foi possível e teve razoável sucesso.

Ademais, à luz das exigências de maior participação da sociedade nos processos políticos e econômicos, aperfeiçoaram-se mecanismos para viabilização do exercício mais amplo da cidadania, o que culminou na formulação do Estado Democrático de Direito. Como adverte José Afonso da Silva (2005, p.119):

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste na verdade na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Tal modelo de Estado, de linhagem social e de estrutura democrática e inclusiva, impõe ao interesse público, “o propósito de dotar a cidadania de um mínimo material indispensável, como suposto de liberdade política, aliás, canalizada para espaços mais expandidos de participação, via democracia direta ou semi-direta” (SANTOS, C. G., 2013, p. 73).

Surge como tentativa de superação das falhas identificadas tanto no Estado de Direito clássico, fundado no caráter geral e abstrato das leis, na igualdade formal e sem substrato material, como no Estado Social de Direito que, consoante anota José Afonso da Silva (2005, p.118): “não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político”. Disso decorre que:

A concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção. (SILVA, 2005, p.118).

Frente à polissemia da expressão, cabe esclarecer que é nesse sentido que empregamos o conceito nesta pesquisa, sobretudo quando da indagação sobre a possibilidade de compatibilizar as vantagens dos métodos não adversariais de solução de conflitos com as normas imperativas e a função distributiva do Direito do Trabalho, estratégicas para a solidificação do Estado Democrático de Direito.

4.2 Estado Democrático de Direito e o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais

Acima, procedemos a uma breve recapitulação do contexto (jurídico, político, social e econômico) de migração do Estado de Direito Liberal para o Estado Democrático de Direito, na qual destacamos a progressiva inserção dos direitos fundamentais sociais no constitucionalismo ocidental e o desafio, atribuído ao Estado, de articulação deles com os direitos de liberdade, medida para a realização socializada dessa liberdade e a promoção da justiça social.

Neste tópico, buscamos destacar como essa mudança de paradigma e a deficiência no cumprimento de seus propósitos impactou o sistema judicial.

A democratização política e o acesso jurídico impeliram uma eclosão das demandas sociais contidas, para as quais se revelaram cada vez mais escassos os recursos financeiros. Concomitantemente, a globalização econômica debilitou o domínio do Estado sobre as variáveis que interferem na economia, a sua capacidade de planejamento e execução de políticas públicas, de controle de mercado interno e garantia de direitos sociais. Teve espaço, assim, a denominada crise do Estado Social e já se sustenta o surgimento de um novo paradigma, o paradigma Pós-Social, ou o ressurgimento de um “fantasma”: o neoliberalismo.

Como observa Mauro Cappelletti (2010, p.160):

É verdade que o “Estado Social” – L’Etat providence, sozialer Rechtsstaat ou Welfare State – parece hoje estar em crise; mas se trata de uma crise de métodos, não de finalidades. Os métodos podem e devem ser melhorados para evitar um excesso de burocracia, de dirigismo, de centralização, de rígida legislação e de regulation, mas as grandes finalidades continuam válidas. Estas, como escreveu recentemente Vittorio Denti referindo-se a Ralf Dahrendorf, têm em vista uma proteção final de justiça não separada da liberdade da pessoa, segundo o célebre binômio rosseauiano: proteção “que representa o único corretivo válido que as democracias ocidentais souberam encontrar para a degeneração da economia capitalista”. Onde o Estado Social de Direito, se realizado, representa, indubitavelmente, “o maior progresso que a história conheceu até agora”.

De qualquer sorte, atendo-nos ao objetivo dessa dissertação, cumpre ponderar que a sua sobrevivência repousa significativamente na recuperação da capacidade de efetivação do projeto de justiça social. No que diz respeito ao Judiciário, em particular, essa necessidade de revisão dos métodos se relaciona a diversos temas de sua pauta. É sobre o que trataremos nas linhas seguintes.

A grande questão dos direitos fundamentais, hoje, não repousa na enunciação deles, relativamente incontroversa em boa parte dos ordenamentos jurídicos, mas na transposição desta enunciação do plano teórico para o plano prático, ou seja, para o efetivo mundo dos homens, ao que denominamos efetividade. Sobre esse aspecto, precisas as palavras de Luigi Ferrajolli (2011, p.115):

A humanidade é hoje, no seu conjunto, incomparavelmente mais rica que no passado. Mas é também, caso se veja em relação a massas incalculáveis e crescentes de seres humanos, incomparavelmente mais pobre. Os homens estão, no plano jurídico, incomparavelmente mais iguais do que em qualquer outra época graças às inúmeras cartas, constituições e declarações de direitos. Mas são também, de fato, incomparavelmente mais desiguais na realidade...) E isso não é somente um fator de descrédito de todas as proclamações constitucionais dos direitos fundamentais, cujo sinal distintivo é a sua universalidade e a sua indivisibilidade. Ao ponto que não poderemos continuar a falar decentemente de direitos humanos e de dignidade da pessoa se continuar a permanecer essa sua evidente distância da realidade. É também, se essa diferença não for reduzida, uma ameaça à paz, já que esta lacuna de direito público – em uma sociedade global cada vez mais frágil e interdependente – não é por muito tempo sustentável.

Desde a experiência traumática das duas Guerras Mundiais vividas, e sob a inspiração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, instaurou-se um significativo processo de questionamento do positivismo exacerbado, de reconhecimento de força normativa

aos princípios de direito e de integração desses princípios aos diplomas constitucionais. Ademais, passamos a reconhecer efetiva carga vinculativa aos preceitos de natureza fundamental, em superação da ideia de mera diretriz programática.

Paralelamente, inaugura-se um novo modelo democrático e social, que não mais perfilha a política liberal de restrição da atuação estatal e irrestrita liberdade política e econômica. Consoante tratamos no tópico anterior, cuida-se do Estado Social e seu respectivo projeto coletivo de sociedade (representado pelo texto constitucional), o qual passa a exigir dos entes estatais muito mais que abstenção e liberdade para os atos da vida civil. Impõe-lhe ações, efetivação dos valores sociais eleitos e promoção do bem comum.

Essa exigência se direciona à integralidade dos entes estatais. Ao Poder Legislativo, mediante edição de leis que se afinem ao projeto constitucional eleito, que se direcionem à sua execução, além do controle dessa execução, destinada, predominantemente, ao Poder Executivo, por via do planejamento e desenvolvimento de políticas públicas.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, passa-se a ser exigida, além da função clássica de controle social (pacificação), uma postura proativa, de contínua avaliação do cumprimento desses escopos pelos demais poderes, além das medidas para a tutela concreta do projeto constitucional sempre que a tanto provocado.

Sobre as “promessas da modernidade” e o “espólio de dívidas” acumulado, Boaventura de Souza Santos (2011, p.14 -15) indaga: “poderá o direito ser emancipatório?”, e nos propõe uma “revolução democrática da justiça”, a ser atingida no âmbito mais amplo de democratização do Estado e sociedade. Essa revolução, no entanto, requer uma “nova atitude teórica, prática e epistemológica, pelo autor chamada de “novo senso comum jurídico”, a ser construído a partir de três premissas:

A primeira é uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito. Esta premissa exige que sejam desveladas as alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria positivista do direito apostando numa concepção forte de pluralismo e numa concepção política do direito. (...) A segunda premissa consiste no questionamento do caráter despolitizado do direito e a sua necessária repolitização. A posição eminentemente política do liberalismo de reduzir o direito ao Estado foi a primeira condição da despolitização do direito. A crítica desta posição leva a reconfigurar o papel da principal instância de resolução de conflitos e aplicação do direito erigida nos marcos da modernidade, os tribunais. (...). Daí que, no curso das transformações do significado sociopolítico do Estado, a compreensão do desempenho dos tribunais exija um entendimento mais amplo sobre o que devem ser as funções do sistema judicial, de modo a se discutir não só o exercício de funções instrumentais (resolução de conflitos, controle social), mas também as

funções políticas e simbólicas que têm vindo a assumir. A terceira premissa do novo senso comum jurídico requer que se amplie a compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada (...). Noutras palavras, deve-se deslocar o olhar para a prática de grupos e classes socialmente oprimidas que, lutando contra a opressão, a exclusão, a discriminação, a destruição do meio ambiente, recorrem a diferentes formas de direito como instrumento de oposição. À medida que recorrem a lutas jurídicas, a atuação destes grupos tem devolvido ao direito o seu caráter insurgente e emancipatório (SANTOS, 2011, p.14-15).

Para essa prática emancipatória, todavia, se faz necessária a reformulação do paradigma teórico do Direito, rompendo-se as amarras seculares do positivismo formal. O modelo científico positivista, da separação estanque entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado e da consideração matematizante do ato de julgar (como mero produto de um silogismo, no qual o julgador seria o mero declarante da vontade da lei), se revelariam insuficientes para o modelo progressista idealizado.

Seria necessário reconhecer que o papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma atividade de conhecimento técnico, tendente à revelação da solução contida no enunciado normativo, sendo inegável a função criadora do Direito. Tal função claramente se revela nas hipóteses de ausência ou ancilose da norma (incompletude do sistema legal à luz da complexidade e dinâmica social), na valoração contextualizada das cláusulas abertas ou conceitos indeterminados, ou, ainda, quando da opção fundamentada entre soluções possíveis (juízos de ponderação e razoabilidade).

Esse, portanto, o novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito, que passa a exigir dos juristas em geral (advogados, promotores, defensores e magistrados), um papel bem mais ativo e dinâmico. José Antônio Pancotti (2011, p.91) resume:

Na visão do pós-positivismo jurídico não subsistem os postulados da hermenêutica tradicional que reduzem a eficácia das normas constitucionais a preceitos meramente programáticos. A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia ética, moral e direito, em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requer uma nova postura da atividade jurisdicional.

Essa atuação proativa e criadora do intérprete jurídico se justifica, sobretudo, na constatação de um verdadeiro abismo a separar direitos fundamentais, formalmente consagrados, e seus respectivos titulares, a grande maioria da sociedade.

Em boa parte dos países do mundo, perpetua-se uma grande distância entre os discursos constitucionais e o plano fático da massa de cidadãos, a qual, sobretudo sob o impacto da

globalização e da retomada das investidas liberais nas últimas décadas, permanece refém do descumprimento de direitos básicos, como se observa do conteúdo das ações judiciais cotidianas¹¹.

Essa circunstância repercute diretamente na expectativa da sociedade sobre a atuação jurisdicional. Em um cenário de agressividade do capitalismo acumulativo e sucessivas iniciativas pró desmantelamento de direitos fundamentais em diversas áreas (saúde, educação, moradia, trabalho etc.), muitas delas recepcionadas pelo Poder Legislativo; e constatada, lado outro, a ineficiência do Poder Executivo na implementação de políticas que realizem tais direitos, desembocam no Poder Judiciário as últimas esperanças de efetivação, ou mera compensação, ainda que *a posteriori* dos direitos fundamentais.

Nesse horizonte, a atuação proativa da magistratura pela efetividade dos direitos fundamentais não caracteriza ingerência indevida na esfera dos demais Poderes, os quais são de fato autônomos e harmônicos, mas que são igualmente corresponsáveis pelo bem comum preconizado na lei fundamental, cabendo-lhes a recíproca vigilância desta função.

Assim, essa proatividade não só é legítima como necessária; ao menos em quatro circunstâncias:

- a) na solução de controvérsias entre particulares;
- b) na solução de controvérsias entre os particulares e o Estado quando constatada omissão do Executivo;
- c) na solução de controvérsias entre os particulares e o Estado quando constatada omissão do Legislativo;
- d) na solução de controvérsias entre os particulares e o Estado quando constatada atuação desvirtuada do Legislativo ou Executivo.

Sobre a desvirtuação do Legislativo, parece-nos ser o campo que mais dificuldade traz aos aplicadores do Direito, face a dissimulada regularidade que comporta. Ocorre que em função do modelo de composição do Legislativo (no Brasil, por exemplo), seus produtores, em regra, representam setores muito bem destacados do capital e da elite liberal, cujos interesses, não raro, não coincidem com as aspirações e efetivas necessidades sociais. A condução açodada e antidemocrática das reformas trabalhista e previdenciária no Brasil no presente ano, em evidente beneficiamento de setores econômicos em prejuízo das camadas mais frágeis da população, não deixam dúvidas quanto a esse grave vício do sistema.

¹¹ Sobre a realidade trabalhista, remetemos à estatística elaborada pelo CNJ, relatório “Justiça em números” dos anos de 2014 e 2015, referidos no item “1”.

Nesse sentido, prudente a advertência de Renato Nalini (2008, p.6), segundo o qual:

Se o juiz é o clássico aplicador da lei ao caso concreto e se a lei padece de legitimidade, no exato sentido do consentimento e de adequação entre a previsão e os fins anunciados, sua função encontra-se questionada (...). A perversão da lei faz com que ela só exprima interesses. O juiz passa a encarnar o papel de garantidor desses interesses e vê-se questionado em sua função. Contamina-se do desprestígio que debilitou o moderno produto dos Parlamentos.

Dalmo de Abreu Dallari (2007, p.85), em análise crítica ao normativismo Kelsiano, também chama a atenção para essa possível “contaminação” do magistrado. Adverte sobre a corrupção de legisladores e a máscara só aparentemente neutra das leis, pelo que o juiz escravo da lei tem grandes possibilidades de ser, na realidade, escravo dos compradores de leis.

É neste sentido que entendemos fundamental o reconhecimento dos valores e princípios como diretrizes da jurisdição em paridade com a lei. O que, aliás, se encontra positivado no ordenamento brasileiro atual, precisamente no Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

Art. 8º: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Não se trata de desconsiderar a técnica nas soluções judiciais, mas de somar a ela o esforço de identificar, dentre as alternativas possíveis, a forma que melhor se amolde aos reclamos da sociedade, que melhor realize suas pretensões e necessidades sob a ótica comum, e não meramente individualista de se enxergar o direito, seja da perspectiva das partes, seja da perspectiva pessoal do julgador.

Sobre este último aspecto, vale o registro da precisa ponderação de Dinamarco (2013, p.140):

As preferências axiológicas, éticas, sociais, políticas ou econômicas do juiz, enquanto opções pessoais, não podem prevalecer assim e impor-se imperativamente mediante atos que não são dele, mas do Estado – do qual ele é agente *impessoal*. A grande e legítima liberdade que o juiz tem ao julgar é a liberdade de remontar aos valores da sociedade, captá-los e compreendê-los com sensibilidade e com a mais autêntica fidelidade a um universo axiológico que não é necessariamente o seu. Agindo dessa maneira, o juiz coloca-se como válido canal de comunicação entre os valores vigentes na sociedade e os casos concretos em que atua. Isso não é criar normas, mas revela-las de modo inteligente, sabido que a lei não é a fonte única e exclusiva do direito, mas também os princípios gerais de direito. Essa dinâmica de uma jurisprudência evolutiva segundo as mutações da sociedade constitui

projeção prática da conhecida lição de que o direito se compõe de um trinômio representado por fato, valor e norma (Miguel Reale).

4.3 Demanda social por reestruturação judiciária

Como desenvolvido acima, se inicialmente foi atribuído ao Direito, e ao Judiciário, a função restrita de controle social, pautada predominantemente na justiça retributiva, a essa função se soma atualmente a de promoção do bem comum, pautada, lado outro, na justiça distributiva.

As guerras mundiais, e as lutas sociais a elas inerentes, levaram à evolução do Estado Liberal para Estado Social ou Providência e a consolidação desse modelo de Estado significou a expansão (ao menos formal) dos direitos sociais e a integração das classes trabalhadoras ao mercado de consumo.

Paralelamente, ocorreu a implantação crescente de medidas de índole processual voltadas à facilitação do acesso à justiça, entre elas: previsão de gratuidade e defensores públicos para os hipossuficientes econômicos, ampliação de mecanismos e órgãos aptos à defesa coletiva de interesses metaindividuais, criação de juizados para causas de menor complexidade com dispensa da assistência profissional etc.

A frustração quanto à efetivação prática dos direitos, aliada aos mecanismos de ampliação do acesso à justiça (ou ao menos de acesso ao Judiciário) e ao atual estágio da sociedade (marcada pela complexidade das relações sociais), deram impulso a uma explosão quantitativa e qualitativa de demandas, cujo ritmo não foi acompanhado pelo Judiciário. Nesse sentido, Braga (2013, p.104) pondera:

As sociedades modernas geram, com efeito, uma necessidade de justiça quantitativa e qualitativamente inédita. Trata-se simultaneamente de uma necessidade de massa e de uma necessidade massiva. A justiça deve não somente multiplicar as suas intervenções – o que é já em si um desafio –, mas também ela é objeto de novas solicitações. Quer sejam submetidas a questões morais perigosas relativas à bioética ou à eutanásia, ou lhe hajam pedidos para atenuar a ruína de um laço social debilitado nos indivíduos excluídos, ela é intimada a fazer justiça numa democracia simultaneamente inquieta e desencantada.

Toma forma, assim, a chamada “crise do Judiciário”¹², marcada pelo crescente

¹² Vale registrar que não se cuida de particularidade brasileira, sendo problema recorrente nas sociedades democráticas atuais em geral, em maior ou menor grau.

desequilíbrio entre a procura e oferta do serviço jurisdicional em tempo hábil.

Para tal crise, concorrem, além dos elementos acima, diversos outros fatores, tanto de ordem estrutural quanto legal e também cultural. Acirrada competitividade, individualismo e desvios éticos, são alguns dos traços culturais que, com relativa frequência, repercutem negativamente na conduta de partes e advogados no âmbito processual, repercutindo negativamente na celeridade almejada.

Porém, é possível listar uma extensa gama de outros fatores que contribuem para o quadro de ineficiência em questão, dentre eles: a) o aumento da população e a maior complexidade das suas relações; b) o reconhecimento de novos direitos e o distanciamento com a realização prática deles; c) as contribuições da tecnologia para a fluidez das informações, inclusive de cunho jurídico; d) descompasso entre leis infraconstitucionais e a lei fundamental; e) a burocracia estatal; f) o alargamento do acesso à Justiça, por meio dos instrumentos coletivos e órgãos de representação (defensorias públicas, sindicatos, ONGS etc.) e os instrumentos de gratuidade de justiça; g) estruturação material e humana do Judiciário incompatível com a demanda; h) excessivo formalismo processual e prolixidade das leis (sobretudo quanto aos permissivos recursais); i) mentalidade pouco pragmática dos operadores do direito.

Essa conjuntura resultou num significativo abalo da credibilidade do Poder Judiciário, o que tem como principal causa, consoante informam as pesquisas de opinião pública, a intempestividade da prestação jurisdicional. Cresce a exigência (externa e interna) por reestruturação do sistema de justiça.

Externa, originada nos cidadãos, os quais, legitimamente, manifestam a expectativa de um acesso à justiça amplo e efetivo, não apenas no sentido das possibilidades de apresentação de suas pretensões, mas sobretudo de tê-las apreciadas em condições razoáveis de tempo e qualidade. A questão, hoje, parece-nos, é muito mais a dificuldade para sair do Judiciário que a dos obstáculos para nele ingressar.

Interna, em relação aos próprios integrantes do sistema judicial (magistrados, procuradores, servidores e auxiliares da justiça) que compartilham a angústia do desafio diário de conciliar o alto volume de trabalho com a qualidade e um mínimo de humanidade na sua execução. A realização de um trabalho intelectual de alta complexidade em um modelo fabril de produção desmotiva e estafa, tanto física quanto emocionalmente.

A sobrecarga das unidades judiciais nas quais, ainda que se trabalhe intensamente, dificilmente se alcançam os resultados esperados, tanto pelos jurisdicionados como pelos responsáveis pela prestação jurisdicional, aflige a alma e repercute na saúde mental e corporal de todos os envolvidos na atividade.

Também conforme o relatório “Justiça em Números” de 2015, publicado pelo CNJ, o número de processos encerrados pelo Poder Judiciário cresceu pelo quarto ano consecutivo em 2014 e, aos poucos, se aproxima do número de casos novos que a cada ano chegam à Justiça. Ainda segundo tal relatório (ano-base 2014), foram baixados 28,50 milhões de processos, número 1,4% maior do que o verificado em 2013. O aumento de produtividade acumulado em seis anos (2009 a 2014) é de 12,5%. Em 2014, foram proferidas 27 milhões de sentenças ou decisões, o que também representa aumento de 4% em relação a 2013 e de 13,9% nos seis últimos anos. Em média, cada magistrado brasileiro julgou 1.595 processos em 2014 e baixou 1.684.

Como se vê, são estatísticas alarmantes que ensejam diversas outras reflexões, como o questionamento à qualidade dessa prestação jurisdicional, ao conteúdo e tempo de sua concretização, bem como a urgência de se pensar e implementar reformulações a este modelo que se encontra no limite de suas possibilidades.

Faz-se imperioso refletir sobre os rumos do Judiciário e o padrão de produção em massa que o tem assombrado. Apesar do trabalho intelectual e para o qual a reflexão deveria ser elemento irrenunciável, ser juiz hoje é ser um operário na linha de montagem, sujeito muito mais à cobrança de metas e produção que qualquer outro valor¹³. Trabalhar na busca de um ponto de equilíbrio entre o direito à razoável duração do processo e a prestação jurisdicional qualitativamente satisfatória parece ser o grande desafio.

E nesta reflexão, não demora a conclusão de que o Judiciário e a sociedade necessitam rever seus modos de atuação e cultura. Se há sessenta anos a pauta do dia era o direito fundamental de acesso ao Judiciário, na esteira das ondas renovatórias de Capeletti e Garth (ampliação dos meios de acesso, coletivização das demandas etc.), a pauta de hoje é a “saída” do Judiciário, onde se vêm todos (cidadãos, servidores, magistrados e advogados) “afogados”, e em busca de socorro para retornar à superfície. Discorrendo sobre a questão, Silva (2004,

¹³ Ilustrando essa afirmativa, citamos o caso extremo do juiz José Antonio Lavouras Haicki, de 60 anos, titular da 6ª Vara Cível de São Paulo, o qual por decisão do Órgão Pleno daquele Tribunal, no processo administrativo nº 188.392/2015, foi compulsoriamente aposentado por “baixa produtividade” e “inoperância crônica”. O magistrado proferia em média 33 sentenças por mês (cabendo lembrar que a atividade do juiz não se resume a isso). No julgamento, segundo matéria veiculada no site do *CONJUR*, um dos desembargadores teria afirmado que o juiz mantinha “prática antiga da magistratura, trabalhando em ritmo artesanal” e que hoje, infelizmente, a produção tem que ser industrial. (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-30/elogiado-colegas-juiz-aposentado-baixa-produtividade>>. Acesso em: 01 jul. 2017). Mesmo não conhecendo a fundo as peculiaridades do caso e mesmo que consideremos a possibilidade de eventual negligência no exercício funcional, não há como ignorar a gravidade da lógica que regula o sistema de justiça atual e que resta evidenciada por este caso.

p.75) enfatiza:

As portas de entrada para o sistema judicial, as conhecidas ondas de Cappelletti (1988), cresceram em gênero, número e grau. O problema é que a porta de saída não teve o mesmo desempenho, e as vias processuais adotadas acarretaram um movimento circular dos casos no foro, ou seja, o processo entra, e cada decisão nele proferida gera novo movimento circular dentro do sistema.

O acesso em si mesmo não significa a pacificação do conflito. Pelo contrário, é gerador de traumas diversos. (...). Quanto maior a demora, maiores as chances de novas crises. A parte autora não estará mais em conflito apenas com a parte ré, mas também com o sistema da justiça. Bem por isso, a demora do processo em resolver a lide é o fator primordial do atrito da sociedade com o Poder Judiciário.

É neste pano de fundo que tomam corpo diversos estudos tanto no campo jurídico como em outras ciências, principalmente na Sociologia, sobre a organização do sistema judicial, a administração da justiça, o ensino jurídico, o recrutamento e a formação dos magistrados e a cultura de acirrada litigiosidade da sociedade atual.

Não se pode ignorar que a crise de eficiência jurisdicional decorre de um contexto extremamente complexo e multifatorial. Compreende tanto a deficiência do próprio Estado Providência de realizar voluntariamente as promessas constitucionais (ora por ausência de recursos, ora por ausência de vontade política mesmo), como a burocracia e a prolixidade dos diplomas processuais, limitações que desaguam no Judiciário e concorrem em desfavor da eficiência da sua atuação.

Isso sem falar na destinação de recursos insuficientes à estruturação compatível com a demanda por tutela judicial. No caso brasileiro, por exemplo, pode-se afirmar que é meramente figurativa a autonomia financeira dos Tribunais consignada no art. 99 da Constituição Federal de 1988. Prova disso se teve no recente corte de orçamento previsto para os Tribunais trabalhistas, levados a efeito pela Lei nº 13.255/2016. Corte de 24,9% do total previsto para custeio (inicialmente seria 50%) e de 90% para investimentos.

Cabe registrar ainda que mais grave que os cortes em si, são as razões externadas pelo parlamentar relator, uma escancarada retaliação e evidente tentativa de intervenção do legislativo nos Tribunais trabalhistas. Afinal, após citar pontos do direito processual do trabalho e a necessidade de diminuir a incidência de litígios trabalhistas, registrou que o cancelamento das dotações seria uma "forma de estimular uma reflexão sobre a necessidade e urgência de tais mudanças", pois "as regras atuais estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, na medida em que são extremamente condescendentes com o trabalhador".

Portanto, é complexa a genética da crise judiciária, mais uma entre as várias patologias

que adoecem os direitos fundamentais. Muitos desses fatores, como buscamos alertar, estão diretamente relacionados à atuação dos demais Poderes estatais, Executivo e Legislativo, ainda que esse dado, não raro, seja ignorado pela sociedade em geral e pela mídia ao tratarem o assunto.

Porém, esse quadro não isenta o Judiciário da sua própria responsabilidade e do dever de comprometimento com reflexões e ações, sobretudo as que estejam ao seu alcance, passíveis de minimizar este cenário e maximizar a qualidade da sua atuação.

A atual concepção sobre o Direito o reconhece, simultaneamente, como instrumento de ordenação e manutenção do *status* (viés conservador), e de transformação da realidade e práticas sociais (viés criador), devendo refletir os valores considerados justos em cada tempo e espaço. Consoante registra Pimenta (2000, p. 32):

Convivem assim, no fenômeno jurídico, em permanente tensão dialética, duas forças que não operam sempre, necessariamente, na mesma direção, mas cuja combinação, quando efetiva, torna o Direito um instrumento do Estado particularmente eficiente para a conformação da sociedade e a consecução dos seus fins maiores: a força ordenadora-estabilizadora e o impulso transformador das relações sociais objeto das normas jurídicas.

Essa necessária “oxigenação” da interpretação normativa à luz das exigências sociais contemporâneas, impõe aos juristas, e ao magistrado em particular, um perfil diferenciado, plástico, e extremamente consciente do fato de que toda decisão importa em consequências práticas. É neste contexto que se destacam os cuidados dos quais se deve cercar o Judiciário no recrutamento e capacitação inicial e continuada de seus magistrados, primeira medida, “ao alcance de suas mãos”, passível de concorrer para o fortalecimento do seu papel como garantidor dos direitos fundamentais.

Na era da constitucionalização dos direitos, é preciso investir na formação humanística das carreiras jurídicas. Necessário superar, definitivamente, o isolamento científico e a consideração da lei como fonte exclusiva do Direito, modelo ainda persistente no ensino jurídico e também no sistema de recrutamento de juízes, no qual, em regra, ainda se prioriza a capacidade mnemônica dos candidatos, o que tem consequências desastrosas para a expectativa de protagonismo social da magistratura.

Advertindo sobre os vícios do ensino jurídico na América Latina, o qual oscilaria entre os extremos doutrinas e abstrações versus transmissão de informações sobre textos legais, Dallari (2007, p.30) enfatizou:

Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos

cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimentos sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do Direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é, e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais.

Eis, portanto, uma primeira medida ao alcance do próprio Judiciário que concorreria para a solidificação dos direitos fundamentais. Afinal, de nada valerão investimentos estruturais, ou mesmo a previsibilidade normativa dos direitos, se não acompanhados de uma verdadeira “reforma de mentalidade”.

Neste particular, sobre o definitivo reconhecimento do papel político dos juristas por eles próprios, Antônio Alberto Machado (2009, p.7) observa:

A partir de tais constatações sobre as mudanças pelas quais passou o país, no plano legislativo e político, foi possível observar então certa tensão entre o perfil tradicional das carreiras jurídicas e as novas expectativas decorrentes de uma legalidade também nova, reconhecidamente mais progressista, numa sociedade mais consciente de seus direitos. Trata-se de tensão que nasce exatamente do contraste de uma cultura jurídica essencialmente formalista, tecnológica e despolitizada dos profissionais do direito, proporcionada pelo ensino jurídico eminentemente dogmático, frente à nova configuração de um ordenamento jurídico fortemente carregado de fatores políticos que exigem novos papéis do jurista e uma consciência política mais atilada.

Além do investimento na formação jurídica humanística (e mais progressista), a segunda questão a destacar, diretamente relacionada à primeira e aos fins dessa dissertação, são as atuais políticas públicas de tratamento adequado de conflitos, tendentes a diversificar os caminhos à disposição do cidadão para a solução de suas controvérsias. Como dito, o grande desafio em torno dos direitos fundamentais, hoje, não reside na necessidade de enunciação, vez que ordinariamente reconhecidos nos diplomas constitucionais em geral. A problemática se concentra na transposição desses direitos para o mundo dos fatos, o que esbarra em obstáculos de diversas ordens, desde a ineficiência dos Poderes a tanto responsáveis, às restrições impostas pelo poder econômico, quase nunca receptivo à efetivação da ideia de uma sociedade mais igualitária.

De qualquer sorte, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, o reconhecimento constitucional de direitos nucleares, invioláveis, necessários à garantia do mínimo existencial e da dignidade humana e a superação do paradigma positivista de Direito, agudizam a expectativa social sobre o Poder Judiciário.

É urgente que se “reinvente”, se “redescubra”, incorpore definitivamente o seu papel

político e social como medida de preservação da sua legitimidade perante a sociedade moderna. Até porque, é o único dos Poderes não eleito diretamente pelo povo, sendo o prestígio que goza da sociedade o termômetro da sua legitimidade.

Assim, além do seu escopo tradicional de “pacificação” (ainda que às vezes seja mero solucionador dos processos, mas não dos conflitos subjacentes), do exercício da função de controle social, imperioso incorporar à sua missão institucional o escopo da promoção dos valores constitucionalmente eleitos e do bem comum. Não obstante este enorme desafio, fatores diversos concorrem para a instauração de uma verdadeira “crise de administração da justiça”, a qual põe em risco a eficiência da atuação jurisdicional.

A superação, ou ao menos amenização, dos efeitos desta crise demanda iniciativas em diversas frentes: reestruturação, reformas de gestão de processos e pessoas, revisão de diplomas processuais etc.

Como procuramos registrar, algumas dessas medidas independem de terceiros, estando ao alcance do próprio Judiciário, de sua criatividade, do investimento na capacitação humanística dos seus atores, da abertura às novas formas de administração de conflitos e medidas outras de renovação, aqui resumidas como “reforma de mentalidade”.

O protagonismo do Judiciário nessa reforma de mentalidade concorrerá positivamente para a alteração da cultura da sociedade, a qual, após séculos de submissão ao monopólio estatal da jurisdição e seu método adversarial de administração de conflitos (sistema ganha/perde) e ao formalismo processual extremo (superior ao necessário para a garantia da imparcialidade e legalidade dos procedimentos), requer um novo modo de pensar e atuar em favor da coexistência pacífica.

Esse um passo desde já possível, e esperado do Judiciário brasileiro, para enfrentamento do árduo desafio de dar vida aos direitos fundamentais de papel.

Quanto ao movimento de ampliação dos métodos não adversariais de solução de conflitos, não olvidamos que no quadro de crise referido, de sérias dificuldades operacionais do Judiciário, a articulação de políticas autocompositivas desponte como medida de melhoria do seu desempenho, ou seja, por um *fundamento funcional*, como destaca Grinover (2008, p.2).
Todavia:

Assim como a jurisdição não tem apenas escopo jurídico (o de atuação do direito objetivo) mas também escopos sociais (como a pacificação) e políticos (como a participação), assim também outros fundamentos podem ser vistos na adoção das vias conciliativas, alternativas ao processo: até porque a mediação e a conciliação, como visto, se inserem no plano da política judiciária e podem ser enquadradas numa acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica. Releva, assim, o fundamento

social das vias conciliativas. (GRINOVER, 2008, p.3)

Foi sobre essa perspectiva alargada que nos debruçamos a seguir.

4.4 Concepção ampliada de acesso à justiça

A temática do acesso à justiça assumiu posição central nas investigações sociológicas e jurídicas a partir das últimas décadas do século XX. No Brasil, seu impulso coincide com a redemocratização do país e a promulgação da Carta Constitucional de 1988, apresentando-se como instrumento para a edificação dos direitos fundamentais reconhecidos no plano formal e a redução dos abismos da desigualdade.

Conforme observa Eliane Junqueira (1996, p.390):

A análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.

De fato, firmado o Estado Democrático de Direito como paradigma estrutural, cujos fundamentos são a sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, do diploma constitucional), natural que, à luz daquelas circunstâncias fáticas e históricas, os esforços iniciais se voltassem à análise da reorganização da sociedade civil, dos movimentos sociais em eclosão, das demandas por direitos coletivos e difusos e, ainda, ao modo como se estabeleceria o diálogo entre esses direitos e o Poder Judiciário, originalmente idealizado para o manejo de direitos individuais.

Porém, gradualmente, iniciativas voltadas à fecundação dos direitos individuais também foram encampadas. Neste particular, incisiva a influência da obra “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na qual os autores buscaram sistematizar os principais obstáculos do acesso à justiça e as possíveis medidas para a superação deles, entre elas, alterações na estrutura da organização judiciária e na legislação processual.

Desde então, tomaram corpo as chamadas políticas de Reforma do Judiciário, cujo ápice no Brasil pode ser identificado na Emenda Constitucional nº45/2014, que entre outras medidas voltadas à eficiência da atividade jurisdicional, instituiu o Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle externo dos Tribunais que tem por missão aperfeiçoar o sistema judiciário brasileiro.

É nesse horizonte (acesso à justiça) que se originaram as formulações sobre os chamados meios “alternativos” de resolução de conflitos (ou não adversariais como preferimos), proposta que desvinculou os conceitos de acesso à justiça e de acesso ao Judiciário, firmando no último apenas uma das possibilidades daquele.

Baseados nos princípios da autonomia, informalidade e celeridade, tais mecanismos “alternativos” (ou adequados de solução de conflitos, como atualmente se tem preferido, por considerarem a natureza e as peculiaridades das controvérsias), seriam opções à solução estatal, adjudicada e monopolizada, além de deficitária em diversos aspectos.

A concepção ampliada de acesso à justiça significaria, entre outras repercussões, a superação do unidirecionamento da demanda por solução de conflitos ao Estado, somando-se, ao tradicional método jurisdicional, outros métodos, predominantemente não adjudicatórios e potencialmente mais satisfatórios, a depender das características do conflito e das pessoas envolvidas.

Contempla a ideia de coexistência de técnicas e revisão da compreensão de acesso à justiça como acesso à jurisdição estatal, o que deu suporte à disseminação dos mecanismos ditos “alternativos” de solução disputas, bem como à moderna teoria da jurisdição mínima ou residual, ou seja, da intervenção coercitiva estatal como *ultima ratio* no contexto de pacificação de conflitos sociais.

Neste particular, útil a sistematização de André Gomma de Azevedo (2013, p.4). O autor pontua a divisão histórica do movimento de acesso à justiça (que tem por marco o trabalho de Cappelletti e Garth realizado em 1978) em três períodos: o primeiro, período do mero acesso ao Poder Judiciário; o segundo, período do acesso sob o ideal de resposta tempestiva; o terceiro, no qual nos encontramos, o do “acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada do Estado”.

Nesse terceiro estágio, ainda segundo André Gomma de Azevedo (2013, p.7), a cultura jurídica processual brasileira tem sido conduzida a novas modalidades de soluções de conflitos, tratadas como “meios apropriados de resolução de controvérsias”, com abandono de fórmulas estritamente positivadas, formando um sistema pluriprocessual. A nota característica do estágio atual do movimento do acesso à justiça é a administração “do sistema público de resolução como se este fosse legitimado principalmente pela satisfação do jurisdicionado com a condução e com o resultado final do seu processo”.

O incentivo à recuperação dos mecanismos autocompositivos como via natural da gestão de conflitos, (re) situando a jurisdição em um plano secundário, de substituição apenas eventual da vontade das partes, determina uma reformulação do próprio conceito de justiça.

Nessa reformulação, justiça assume um significado mais amplo e menos atrelado à ideia de observância das normas positivas. Implica, ainda, na perquirição de satisfação dos cidadãos, não apenas com o resultado final do procedimento, mas com o próprio procedimento, ressaltando-se a relação direta entre este e aquele (quanto maior a satisfação com o procedimento, maior a satisfação com o resultado, independentemente de seu conteúdo¹⁴).

Enfim, provoca-se a superação da concepção de justiça entendida como aplicação do direito material decorrente dos fatos, ou seja, de limites juridicamente definidos, independentemente de outros fatores concomitantes e eventualmente relevantes para as partes; e põe-se em evidência a relação entre equidade do procedimento e equidade do resultado.

Azevedo (2013, p.11) pondera que:

Por meio da autocomposição o conceito de justiça se apresenta em uma de suas acepções mais básicas: a de que a justiça da decisão é adequadamente alcançada em razão de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios considerando o pleno conhecimento destas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, a justiça pode também se realizar na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção de tal consenso e, tanto pela forma como pelo resultado, estão satisfeitas com seu termo.

Agrega-se, assim, ao já polissêmico conceito de justiça, mais uma possibilidade, a de relação entre a satisfação dos cidadãos com o resultado e com o procedimento utilizado, superando a equiparação absoluta de “justiça” com aplicação da norma material positivada (AZEVEDO, 2013, p. 11).

Invoca, ainda, uma outra ideia sobre pacificação, distinta da correlação com decisão no processo. Demarchi (2007, p.26) ressalta a necessidade de distinguirmos entre pacificação do conflito “como eliminação da controvérsia posta em juízo, que corresponde ao conceito tradicional de pacificação como função do Poder Judiciário, e a pacificação das pessoas em conflito pela composição de seus reais interesses”. Tal composição de interesses, por sua vez, não corresponderia à preconizada por Carnelutti, como identificação da norma de regência do caso concreto, mas sim “à obtenção da satisfação dos reais interesses das partes em conflito, que são mais amplos que o objeto do processo” (DEMARCHI, 2007, p.26).

De fato, a pacificação social pretendida nem sempre é alcançada com a justacomposição da *lide* (prolação de sentença e sua execução forçada), o que ocorre por múltiplas razões, tais

¹⁴ A relação entre justiça do procedimento e justiça do resultado foi explorada com maior dedicação no item 5.2.

como: a não consideração da realidade das partes, a deficitária instrução processual, o tratamento superficial do conflito¹⁵ (restrito à lide jurídica) e a intempestividade da resposta do Estado. Ademais, muitas vezes sequer o “bem da vida” é de fato concedido ao titular, como evidencia o alto número de execuções infrutíferas, ora por insuficiência patrimonial do condenado, ora por artifícios obstativos por ele empregados.

Portanto, compartilhamos da crença sobre os benefícios dessa concepção ampliada de acesso à justiça. No entanto, isso dependerá do efetivo compromisso da sua implementação em prol da qualidade dos serviços de acesso à justiça, sob a ótica dos usuários, e não como simples medida de redução do volume de processos nas Cortes, ainda que esta seja uma consequência residualmente esperada e desejada.

Ademais, o maior envolvimento da própria sociedade no ideal de pacificação não altera o papel fundamental do juiz que, como acima defendido, precisa se “reinventar” neste novo momento da sociedade. Muito pelo contrário, esse processo pode fortalecê-lo. Afinal, o que se pretende é a racionalização da sua atuação, que deve mesmo ser residual, limitada às circunstâncias indispensáveis, seja em razão da natureza do conflito, seja em razão do insucesso das alternativas primárias. Conforme registra Bacellar (2009, p.89):

Falta ainda cultura nacional no sentido de resolver pendências independentemente do Poder Judiciário. Até problemas tipicamente familiares e educacionais, por vezes, são trazidos à apreciação do juiz, como se ele, integrante do Poder Judiciário, com seus julgamentos, pudesse livrar as pessoas de seus problemas independentemente de suas responsabilidades e de seus verdadeiros interesses.

Paralelamente, esse compartilhamento da responsabilidade de pacificação social com a própria sociedade potencializa a possibilidade de recuperação da qualidade do trabalho do juiz e, conseqüentemente, a própria percepção do jurisdicionado sobre isso.

Observe-se que, em verdade, esse o raciocínio originário. Se bem lembrarmos, uma das condições da ação é exatamente o interesse processual, no clássico binômio “interesse e necessidade”. No entanto, no caso brasileiro, a cultura da litigiosidade se propagou de modo tão contundente que a procura pelo Judiciário se firmou como a primeira opção, e sequer se exige alguma demonstração concreta dessa necessidade.

Vale notar, ainda, que são diversos os exemplos em sentido diametralmente oposto. Ilustrativamente, cabe citar a realidade americana. Conforme registra Gabbay (2011, p. 15),

¹⁵ Conforme abordamos no item 5.2., o conflito, em regra, se compõe de diversos fatores, é multifacetado, não obstante acabe “encaixotado” pelas categorizações jurídicas necessárias à sua subsunção ao processo judicial.

enquanto no Brasil, onde são altos os níveis de litigiosidade, a maioria dos processos se resolve por julgamento, nos Estados Unidos da América (EUA) a maioria se resolve por acordos, remanescendo para julgamento menos de 5 % dos casos¹⁶. Segundo a autora, “essa constatação revela uma inversão quanto ao que venha a ser regra e o que venha a ser alternativa, pois o que se percebe é que o julgamento pelas Cortes nos EUA tornou-se alternativa, sendo o acordo a regra geral”.

Portanto, o movimento de inclusão dos meios não adversariais de solução de conflitos na cultura jurídica brasileira, de substituição da mentalidade beligerante pela mentalidade cooperativa, tanto nos fóruns, órgãos de classe, faculdades (necessidade de introdução desses elementos na formação jurídica) e, sobretudo, na sociedade, não significa renúncia de competência, mas possibilidade de racionalização do trabalho do magistrado. A este devem ser reservadas as situações nas quais a sua intervenção seja de fato indispensável, o que se tem denominado *sistema de jurisdição mínima*.

É claro que entre partes em condição socioeconômica não parificável, necessários cuidados diferenciados, face à possibilidade de a informalidade dos métodos implicar em deterioração da condição jurídica da parte hipossuficiente. Esse, aliás, tem sido o vetor a impor uma legislação própria para a integração dos conflitos individuais do trabalho neste novo modelo de concepção ampliada de justiça.

Porém, acreditamos, a princípio, que essas peculiaridades, por si sós, não devem ensejar a repulsa aos referidos métodos. Se bem implantados e manejados, esses novos mecanismos podem representar um novo “fôlego” para a pacificação social. Podem resultar em ganhos quantitativos (redução da pressão numérica nos Tribunais) e, principalmente, qualitativos (celeridade na pacificação, ganhos psicossociais pelo tratamento integral do conflito, fortalecimento da cidadania e minimização da cultura de litigiosidade).

Cappelletti (2010, p.179), após ponderar as muitas razões histórico-sociais, socioeconômicas, ambientais e psicológicas que determinam a exigência de uma justiça em maior medida que a contenciosa, e de observar que os processos contenciosos são próprios de uma civilização essencialmente individualista, cujas relações tem caráter isolado e bilateral e

¹⁶ A autora, no entanto, adverte que muitos fatores estão por trás dessa estatística, não se podendo atribuir o fato tão simplesmente à expansão dos meios alternativos de solução de conflitos. Como exemplo, chama atenção para o alto custo da demanda naquele país, o sistema de júri para demandas cíveis, gerando maior incerteza quanto aos resultados e a longa e custosa fase de produção de provas (*discovery*), a qual demanda pagamentos elevados de honorários e taxas judiciais, o que já seria suficiente para “impulsionar uma cultura pró-acordo antes mesmo de virem à tona os incentivos aos ADRS. (*Alternative Disputes Resolution*)” (2011, p. 15-16).

não um caráter continuativo ou de grupo, multilateral, adverte para a contradição desse modelo na sociedade atual:

Agrade ou não agrade, as sociedades modernas são sempre mais acentuadamente sociedades coletivas nas quais as relações ocorrem muito comumente entre grupos (associações de mil tipos, sociedades, partidos, sindicatos...) ou no âmbito dos grupos, e enquanto tais tem recorrentemente um caráter de continuidade. Em tais relações, a finalidade essencial da Justiça não é tanto aquela de assinalar a uma parte a vitória, e a outra a derrota, razão a uma, e erro a outra, tanto quanto aquela composição amigável dos interesses em conflito. Tratando-se dos grupos que devem necessariamente conviver (tratando-se, isto é, com relação, como repito, de relações necessariamente continuativas), a finalidade é a coexistência pacífica, não a total prevalência de um sobre o outro” (CAPPELLETTI, 2010, p.180).

Essa perspectiva continuativa, multilateral e interdependente das pessoas e grupos na sociedade moderna, parece-nos de fato determinante para a instituição de novos modelos de coexistência, convivência, e administração dos conflitos naturais a esse “estar com”.

No campo trabalhista, por exemplo, poderia auxiliar positivamente para a redução da concepção binária da relação de trabalho, na qual empregador e empregado, em geral, são vistos, se vêm e se tratam como opositores, quando, ao serem reciprocamente dependentes, deveriam ser enxergados e se enxergar como aliados.

Lado outro, por razões distintas sobre as quais também nos cabe refletir, processos decisórios não judiciais são defendidos e financiados por agências internacionais de auxílio, como o Banco Mundial. O relatório nº 319 dessa instituição, cujo objetivo foi retratar o Poder Judiciário dos países latino americanos e caribenhos, após destacar problemas de morosidade, corrupção e ineficiência, sugere que os programas de reforma, entre outras medidas, adotem os meios alternativos de resolução de conflitos (MARC's), suscitando a discussão sobre o monopólio do Judiciário, destacado como um “entranche” à economia de mercado e ao desenvolvimento.

Sem embargo dos reais problemas de legitimidade a serem enfrentados pelo Judiciário, e aos quais não pode se omitir, necessária uma leitura menos fracionária da proposta dos MARC's. Reconhecidos nos modelos político-decisórios pressupostos para o desenvolvimento, é possível compreender, com maior profundidade, o interesse do capital nas políticas públicas do Judiciário, relacionando suas iniciativas com o movimento mais amplo de retomada do liberalismo como ideologia central do capitalismo globalizado e a consequente defesa do não intervencionismo estatal.

Sobre essa interlocução e a justificativa dos projetos de reforma judicial na América

Latina e Caribe, válida a transcrição do seguinte trecho do relatório nº 319 do Banco Mundial:

O objetivo desses projetos é o de prover um serviço eficiente, igualitário, respeitado e valorizado pela comunidade. A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas, as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza (DAKOLIAS, 1996, p.61).

Porém, indaga-se: diminuir a pobreza ou simplesmente aumentar a riqueza? E de quem?

Consabido que o Estado Democrático de Direito não se satisfaz com o crescimento econômico, sendo orientado, igualmente, pelo princípio da justiça social. À luz desse binômio, a reflexão sobre a adequação dos métodos autocompositivos (em franco crescimento e afirmação no Brasil), no campo do Direito Individual do Trabalho é de todo recomendável. Isso porque, esse ramo do Direito foi ideologicamente construído como mecanismo para o equilíbrio da relação naturalmente desproporcional entre capital e trabalho, sendo detentor de uma função não só reguladora, mas também redistributiva.

Como explorado no tópico “4.1”, a história se incumbiu de revelar sua necessidade, mostrando ser imperativa a intervenção do Estado para a preservação de um “patamar civilizatório mínimo”¹⁷ nas relações laborais.

Essa finalidade peculiar confere ao Direito do Trabalho o *status* de alicerce do desenvolvimento social, o que justifica o teor cogente de suas normas, cuja proteção ultrapassa o indivíduo trabalhador para se refletir em uma proteção geral do próprio Estado Democrático de Direito.

Isso considerado, apesar do sistema judicial trabalhista também enfrentar dificuldades para a prestação jurisdicional tempestiva e de qualidade, fundamentais ao desenvolvimento econômico e social, essa condição, por si só, não nos parece suficiente a autorizar o franco incentivo a expansão dos métodos de gestão conflitual. A ausência de critérios e cuidados na adesão a essa nova concepção de justiça na seara laboral representa um sério risco de agudização do descumprimento da legislação trabalhista, cujo sucateamento já é expressivo em nosso país.

¹⁷ A expressão é atribuída a Maurício Godinho Delgado, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, e utilizada em suas reflexões sobre os limites da disponibilidade dos direitos sociais por via da negociação coletiva.

Esse risco, aliás, foi confirmado na experiência pouco exitosa de composição extrajudicial representada pelas Câmaras de Conciliação Prévia, as quais não obstante o formato de representação paritária (representantes dos empregados e empregadores) foram palco de fraudes sistematizadas, sobretudo pelo induzimento dos trabalhadores à dação de quitação plena de seus direitos, em troca da formalização das rescisões e pagamento restrito das verbas correspondentes ao ato¹⁸.

Enfim, em razão da finalidade social dos direitos do trabalho, ferramenta de minimização das desigualdades e de construção de um real Estado Democrático de Direito, é justificada a polêmica sobre a possibilidade de administração de conflitos de natureza laboral individual fora do domínio jurisdicional típico, acompanhando a moderna concepção ampliada de justiça.

Enquanto alguns enxergam nisto um paternalismo *démodé* ou como polidamente pontua Freitas Júnior, uma “ortodoxia publicista já em declínio”, objeção de “arautos bem intencionados, que acreditam estar a promover a nobre tutela pública de direito a que o “hipossuficiente” em seu próprio prejuízo, não pode renunciar. (FREITAS JÚNIOR, 2009b, p.193)”, outros consideram crucial à preservação das finalidades do direito social trabalhista, cujas características não se justificariam se facultada a diluição protetiva no campo processual.

¹⁸ As Câmaras de Conciliação Prévia, como elemento da estrutura de gestão de conflitos laborais, e respectivas polêmicas envolvidas na atividade desses órgãos, foram objeto de análise no item 6.2.

5 O CONFLITO, SEUS MÉTODOS E MECANISMOS DE GESTÃO

5.1 O conflito interpessoal

A temática do acesso à justiça e todas as técnicas de pacificação, processuais ou não, são motivadas pelo fenômeno social denominado conflito. Logo, inevitável nos estudos relacionados a esse tema, a mínima compreensão sobre este fenômeno, cujo conceito nem sempre é suficientemente explorado pela doutrina.

Observamos que para fins deste trabalho nos limitaremos a compartilhar algumas reflexões acerca do conflito interpessoal, ou seja, entre pessoas, doravante denominado simplesmente de conflito. Os conflitos intrapessoais (internos) e intergrupais (entre grupos) não serão abrangidos.

A dedicação de algumas linhas à tentativa de definição do conflito é comum a quase todo estudo sobre os meios não adversariais de seu tratamento. Todavia, não raro, se limitam a recapitulações de conceitos já produzidos e reproduzidos, sem grande aprofundamento.

Também compartilharemos alguns desses conceitos e não nos lançaremos à tentativa de elaboração de uma concepção própria. Porém, compartilharemos a formulação na qual, considerados os limites desta pesquisa e para os seus fins, identificamos uma efetiva pertinência e contribuição.

Petrônio Calmon (2015, p.16), discorrendo sobre a convivência social mediante regulação, manifesta que o conflito resulta da “percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social”. A variação dessa intervenção estatal seria variável e acordo com fatores históricos, políticos e geográficos, ao que acrescentamos, também econômicos.

O manual de mediação judicial do Ministério da Justiça, material recorrente na capacitação de mediadores e conciliadores judiciais no Brasil, registra que “o conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis” (AZEVEDO, 2012, p.27).

Dinamarco (2013, p.121), por sua vez, define o conflito como:

A situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo – seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial.

Na doutrina processual, a definição proeminente é atribuída a Carnellutti¹⁹ identificando-o com o termo “conflito de interesses”, “posicionamento antagônico de duas ou mais pessoas em face de um mesmo bem da vida”, o qual se tornaria relevante para o direito quando “qualificado por uma pretensão resistida”, a chamada *lide*. (CARNELLUTTI 1936, p.44 *apud* CALMON, 2015, p.17).

A forte influência dessa definição na formação processual concorre para a comum relação feita pelos profissionais da área jurídica entre conflito e *lide*, adotando-os quase como sinônimos, quando, em verdade, o conflito em muito supera a *lide* fixada pelos contornos dados pela petição inicial e defesa, conforme revelam os estudos da sociologia ou psicologia social.

Útil mencionar também a diferenciação entre conflito e disputa. O primeiro, identificado na divergência, na contraposição que polariza os indivíduos; e a segunda, identificada na prática de atos que demonstram a tutela de cada entendimento. De forma simplificada, a disputa seria a exteriorização do conflito.

Essa distinção foi, de certo modo, incorporada pela Resolução nº174/16 do CSJT, que dispõe sobre a mediação e conciliação no âmbito da Justiça do Trabalho, incorporando, porém, um terceiro conceito, o da “questão jurídica”, em uma clara tentativa de destacar o caráter complexo, multifacetado, da *lide* retratada no processo.

Assim delimitou:

Art. 1º, (...):

III – “Questão jurídica” é a parte da *lide* que envolve direitos e recursos que podem ser deferidos ou negados em Juízo;

IV – “Conflito” é a parte da *lide* que não envolve direitos e recursos que podem ser deferidos ou negados em Juízo;

V – “Disputa” é a soma da questão jurídica e do conflito, assim considerada a partir da judicialização da *lide*.

A questão é que boa parte das tentativas de definição do conflito não atentam para a amplitude de fenômenos que como tal podem ser identificados, a depender das acepções adotadas e campos de aplicação. Como exemplo, basta lembrar que na área jurídica o termo é comumente empregado como o equivalente da repercussão judiciária.

Essa generalidade, todavia, justifica o esforço pela construção de uma base conceitual delimitada, e de inegável utilidade para reflexões interdisciplinares sobre o assunto, cada vez mais almejadas e de todo propícias na matéria. Neste particular, destaca-se, na literatura

¹⁹ CARNELLUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Tomo I. Padova: Cedam. 1ª ed. 1936.

alcançada por esta pesquisa, a proposta de Antônio Rodriguez de Freitas Júnior (2014, p.13), o qual, em seus estudos sobre a mediação, reconhece nessa construção conceitual uma premissa para a sua “pragmática responsável”. O autor elucida que apesar da interdisciplinaridade, isso:

Não autoriza que em cada uma das regiões específicas do conhecimento a noção de conflito possa ser empregada de modo impreciso e mediante acepções não explicitamente delimitadas. Não por postulação dogmática, mas em homenagem a rudimentar clareza enunciativa: condição indispensável para um diálogo interdisciplinar reciprocamente proveitoso.

E, antecipando-se à eventual crítica de que o objetivo teórico de um conceito seja apenas ou necessariamente o de “proporcionar combustível para o debate teórico e a construção doutrinária”, registra que a delimitação com precisão metodológica, destina-se, “predominantemente a objetivos práticos no terreno do que se convencionou chamar teoria (ou ciência) social aplicada, em particular a teoria do conflito”. Resume: “o conceito de conflito aqui sugerido tem o propósito de servir de ferramenta para análise, avaliação e predição, visando à intervenção pacificadora sobre os problemas intersubjetivos que exibem divergência no plano moral” (FREITAS JÚNIOR, 2014, p.14).

A nota específica do recorte feito por Freitas Júnior, denominado “conflitos intersubjetivos de justiça”, é a não convergência no que diz respeito ao modo moralmente mais justo de solução, ainda que outras manifestações conflituosas (intrapsíquicas, por exemplo) sejam úteis ao estudo dos meios não adjudicatórios.

O conflito intersubjetivo de justiça delimitado por Freitas Júnior se caracteriza pela presença concomitante dos seguintes elementos:

1) dois ou mais sujeitos, 2) duas ou mais possibilidades de decisão alocativa, ou seja, um problema alocativo, 3) Dois ou mais comportamentos orientados em sentido contraposto. Em quarto lugar, diversamente do que ocorre nas disputas, nos conflitos intersubjetivos de justiça contrastam-se necessariamente duas ou mais apropriações morais sobre a mais justa hipóteses de decisão alocativa (FREITAS JÚNIOR, 2014, p.15).

E esclarecendo esses elementos, o autor pondera que nas disputas, gerais, e nos conflitos de justiça em especial, os sujeitos (individuais ou coletivos) se encontram em frente a um “problema alocativo”, entendido como tal o que emerge do ônus de decidir a quem e quanto destinar um bem escasso ou que se repute escasso (material ou imaterial), ou um encargo material ou imaterial que se reputa inevitável.

Portanto, no plano objetivo, instala-se a controvérsia sobre a distribuição de bens escassos, ou cuja escassez possa ser presumida, ou obrigações, de natureza material ou imaterial. Ademais, no plano da ação, se faz presente a contraposição comportamental,

realizada de forma consciente ou não, volitiva ou não entre dois atores. O “problema alocativo hipotético” somente exibirá grandeza de conflito se, e na medida em que, os sujeitos nele envolvidos reproduzam comportamento de antagonismo.

Mas não basta a presença do elemento objetivo, o conflito intersubjetivo de justiça é marcado por um elemento subjetivo. Cuida-se do plano dos sentimentos: atores dotados de percepções distintas sobre como tratar o problema distributivo, em razão de diferentes valores sobre o conceito de justiça. O núcleo deste elemento é a dimensão moral, assim entendida não apenas o aspecto “reconhecido e validado pelo sistema jurídico, como também aqueles que porventura o transgridam” (FREITAS JÚNIOR, 2014, p.17).

Logo, ainda que todo conflito de justiça tenda a se manifestar como uma disputa, nem toda disputa tem subjacente uma divergência entre os sujeitos quanto ao tema da “justa decisão alocativa”. Essa afirmação é ilustrada pelo autor com a disputa interempresarial na qual exista apenas contraposição de interesses, sem a presença de valores de justiça distintos. Tendo por base essa particularidade, Freitas pondera que um “conflito” concorrencial de mercado entre duas ou mais empresas pode se submeter à uma negociação facilitada por terceiro ou não, jamais à mediação e conciliação (FREITAS JÚNIOR, 2014, p.15).

O fator moral é o aspecto usado pelo autor para sustentar que o resultado produzido pela mediação não “passa pelo balizamento nem pelo aconselhamento de terceiros. Tampouco pela tentativa de produzir uma decisão que melhor se acomode ao repertório de justiça validado pelo sistema jurídico”. Conforme Freitas Júnior: “Moralidade, nesse sentido, não é sinônimo de juridicidade nem de legalidade” (FREITAS JÚNIOR, 2014, p.17).

O controle da legalidade – melhor seja talvez afirmar, o controle sobre eventuais ilegalidades – será realizado após o término do processo, como condição necessária à validação da conduta dos sujeitos, mas não como pauta de valores a serem perseguidos durante o curso do processo. Nisso reside, com certeza, uma das mais relevantes notas diferenciais entre a mediação e a jurisdição (FREITAS JÚNIOR, 2013a, p.40).

Assim, não seria obrigatória a correspondência entre o conteúdo da decisão destinada a superar o problema alocativo e o conteúdo do ordenamento jurídico positivo, argumentando o autor ser necessário que “nos despojemos - sobretudo nós de formação jurídica - do vício de reproduzir de modo não crítico e irrefletido a equação - justiça = legalidade” (FREITAS JÚNIOR, 2009a, p.62).

Não contestamos a propriedade da conceituação, pelo contrário. Comungamos da composição habilidosamente dissecada pelo autor. Aliás, é exatamente essa última

característica que alimenta nossas reflexões sobre a adequação da mediação²⁰ e também da conciliação (que não seja efetivada por magistrado) no universo do direito individual do trabalho, razão pela qual acolhemos como norte o conceito de conflito intersubjetivo de justiça cunhado por Freitas Júnior.

De fato, é abundante a presença desses conflitos no campo do direito laboral (individual e coletivo), o que, para o professor, justifica a aplicação da mediação nessas esferas. Nesse sentido, em artigo intitulado “mediação em conflitos individuais de trabalho” já se manifestou:

1) Há autores que descartam a mediação para todo fenômeno conflitivo que venha a emergir no interior de relações entre sujeito constitutivamente desiguais; 2) outros há que consideram substancialmente injusto, quando não manifestamente lesivo e inadequado, promover a intervenção mediadora em situações de conflito em que estejam presentes disputas que recaiam sobre direitos indisponíveis, vale dizer, direitos acerca dos quais o sistema jurídico-positivo não valida nenhuma pretensão de renúncia ou transação. Em nosso ver, e como constato em diversas experiências tentativas em curso, há muito equívoco conceitual, ruídos de compreensão derivados de falta de explicitação terminológica, além, o que é pior, de um oceano de preconceitos e vieses ideológicos que resultam de posições doutrinárias apriorísticas, sectárias, quando não se trate mesmo de objeções motivadas por fantasmas e temores corporativos (FREITAS JÚNIOR, 2013b, p.36-37).

Compartilhamos, em parte, do pensamento de Freitas Júnior, sobretudo acerca das concepções, confusões conceituais e generalizações apriorísticas que fundam a tomada de posição sobre o assunto dentre os profissionais da área.

Quanto à problemática da assimetria das partes e da “indisponibilidade” de direitos como obstáculos aos meios não adversariais de gestão de conflitos, reservamos nossas considerações para tópicos específicos, itens 7.1 e 7.2 deste trabalho, assim como nos manifestaremos mais à frente sobre a adequação da mediação e conciliação, em seus formatos originais, para a gestão dos conflitos individuais trabalhistas.

5.2 Conflito como fenômeno metajurídico e benefícios psicossociais da cultura de gestão cooperativa

Com o desenvolver das sociedades modernas a função de solução dos conflitos foi concentrada no Estado, adotando-se o Direito como mecanismo formal de controle social, e cabendo ao Judiciário o seu exercício por via do processo.

Ademais, desenvolveu-se todo um corpo burocrático, integrado por diferentes cargos e

²⁰ Genuína, e não com as “adaptações” observadas na Resolução nº 174/16 do CSJT e consequente prática dos CEJUSCS-JT.

respectivas funções, consideradas privativas de seus titulares. Esse corpo técnico seria especialmente capacitado à condução dos processos judiciais, células do complexo sistema jurisdicional estatal.

Nessa capacitação técnica, pessoas viram “partes”, conflitos viram “lide” e expectativas se transformam em iniciais e defesas. Tudo está prévia e perfeitamente categorizado, além de protegido pelo manto da suficiência e legitimidade da lei, rainha dos povos “civilizados”. Eis o fantástico (ou fantasioso) universo jurídico. Pois bem.

Tal objetivação (ou desumanização) da prestação jurisdicional é decorrência de fatores diversos, dentre os quais, a preocupação do Direito em se firmar como efetiva ciência, dotada de racionalidade e autonomia (construção pautada no positivismo e no falso dogma da neutralidade), e a conseqüente postura de isolamento em face das ciências afins, como a Psicologia e a Sociologia.

Esse autoculto é significativamente presente na formação jurídica e na atuação de seus profissionais. O que, aliado à altíssima demanda pela atividade judicial, resulta em uma prestação jurisdicional insatisfatória, indiferente a uma boa parcela dos anseios e esperanças dos cidadãos, além de muito distante do ideal de uma efetiva pacificação.

Na era da “Justiça em números²¹”, destacam-se as estatísticas e metas. Ao mesmo tempo em que (enfim) se admite que o ato de julgar não decorre de um raciocínio matematizante, fruto de um mero silogismo entre premissa maior e menor, é a matemática da eliminação dos processos que parece prevalecer.

Além dessa questão, um outro grande fator de insatisfação dos cidadãos com a solução de conflitos pela via judicial e adjudicada está na própria estruturação do modelo. Cuida-se do caráter adversarial, polarizado do sistema heterocompositivo, pautado na disputa pela formação do convencimento do julgador e na restrição da análise à lide jurídica tipificada tecnicamente.

Os sistemas adversariais, como a jurisdição e a arbitragem, são focados nas posições das partes (independentemente dos seus efetivos interesses), construídos para o resultado ganha/perde e se caracterizam pela reduzida participação dos envolvidos no processo de tomada de decisões; sendo este último um dos elementos que mais impacta no sentimento humano sobre a justiça dos procedimentos, consoante informam diversas pesquisas científicas no campo da Psicologia Social.

Fatores emocionais, morais e interesses subjacentes, que muitas vezes são os

²¹ Essa a denominação adotada pelo Conselho Nacional de Justiça para o programa de estatísticas oficiais do Poder Judiciário.

verdadeiros determinantes do conflito, são em regra desconsiderados. É neste ponto que se fortalece a atração pelos meios não adjudicatórios de gestão de conflito, e é neste ponto também que algumas abordagens de ciências afins ao Direito, como a Comunicação e a Psicologia, se revelam de grande utilidade para profissionais jurídicos.

Apesar desta pesquisa compreender a complexidade e limites para a emissão de pareceres de caráter interdisciplinar e de não ter esta pretensão, imperativa a inserção de algumas ponderações extraídas da aproximação com outras disciplinas que compartilham o conflito como objeto de estudo, ainda que por lentes distintas das tradicionalmente utilizadas pelo Direito.

Necessário ao menos a compreensão (mínima) de que o conflito submetido ao Judiciário não é apresentado em sua inteireza, mas de modo parcial, representado pelas meras questões jurídicas tuteladas. Em outras palavras, a lide processual, resultante do cotejo entre petição e inicial e defesa, muitas vezes não retrata os efetivos interesses dos envolvidos, pois omitem as eventuais lides sociológicas e psicológicas, e as comuns expectativas humanas de reconhecimento.

Enfim, o conflito pode transcender, e geralmente transcende, significativamente, os limites jurídicos esboçados, e é nesse contexto que a triagem apropriada, a identificação de conflitos complexos que requeiram tratamento diferenciado e o desenho elástico de um sistema híbrido de gestão, se mostram relevantes.

No cenário trabalhista, além dos elementos emocionais ordinários, ligados às falhas de comunicação, mágoas, expectativas frustradas, e tanto outros sentimentos próprios ao homem na sua relação com o outro, há de se considerar, ainda, a própria polarização histórica deste contrato e sua equivocada lógica “competitiva”, em que pese a interdependência de seus sujeitos. Esta seara carrega a peculiaridade de comportar não só lutas individuais por reconhecimento, mas de representar, simbolicamente, a própria luta de classes inerente à sociedade burguesa. Ou seja: lida com o conflito que não apenas polariza pessoas, mas que, indiretamente, retrata também a divisão de classes da sociedade capitalista e suas ontológicas divergências e revanchismos.

Cabe lembrar que a divisão social do trabalho relaciona o grau de estima social dos indivíduos ao grau de sua contribuição produtiva, sua parcela de contribuição para o sistema. Os valores meritocráticos do capitalismo são determinantes na esfera da reputação social. Enfim, na estrutura social e econômica hodierna, é incontroverso o valor do trabalho para a autoestima e autorrealização dos indivíduos. Quantas vezes, inadvertidamente, não identificamos pessoas por sua atividade econômica, muito antes de seu próprio nome? Lado

outro, é também incontroverso ser o ambiente de labor um campo vasto para as experiências de desrespeito.

Comumente, as organizações de trabalho reproduzem formas de desigualdade e se estruturam em relações assimétricas de poder que potencializam práticas de não reconhecimento alheio. Nesse contexto, se intensificam os riscos de experiências de desrespeito e sentimento de injustiça que motivam lutas que vão muito além da luta econômica por sobrevivência.

Ações envolvendo malferimento aos direitos da personalidade, incapacitações de ordem física e mental motivadas nas condições de trabalho, discriminação ou simples rescisão inesperada do contrato sem motivação informada, e tantas outras. Conflitos dessa ordem não se resumem à uma pretensão pecuniária, são lutas por reconhecimento.

A compreensão da lide trabalhista sob a perspectiva psicológica, comunicacional e sociológica pode revelar a artificialidade do chavão pelo qual “o que não está nos autos não está no mundo”. É neste particular que os métodos autocompositivos, potencialmente mais aptos a considerar e integrar esses fatores pessoais (relacionamento anterior das partes, seus valores, personalidades, necessidades, emoções e interesses) e sociais (conflituosidade latente entre classes, historicismo), despertam a atenção sobretudo na perspectiva de gestão voltada para o futuro e para a melhoria dos relacionamentos.

Conforme pontuado por Cleber Alves Bastazine (2012, p. 26)²²: “as relações de trabalho ainda mantêm uma visão binária clássica do conflito de classes, que deverá ser atualizada para uma visão de cooperação e de harmonização de interesses comuns”.

Esses fatores, em regra tidos por secundários, não raro são o núcleo ou própria razão de ser do conflito. Por consequência, quando não contemplados no procedimento de solução de disputas, é bem provável que se tenha um processo finalizado sem efetiva solução do conflito.

Neste sentido, e também sobre os “filtros” que deturpam a reprodução do conflito em juízo, Targa (2004, p.37) observa com propriedade que:

Da verdadeira história do conflito, a parte relata ao advogado o que vê como relevante e que lhe é favorável (primeiro filtro); o advogado por sua vez, relata os fatos da forma mais “pertinente” para os interesses do seu cliente (segundo filtro). Muito provavelmente, o Juízo só será informado daquilo que interessa para cada um dos litigantes e não do conflito em todas as suas nuances. Apenas parcialmente o conflito de

²² A afirmação está consignada na dissertação de mestrado do autor, a qual versou sobre a aplicação da mediação às relações de trabalho, porém com foco nos conflitos que envolvam empregados, e não entre empregados e empregadores como comumente encontramos, residindo nisto um interessante diferencial do trabalho.

interesses chega ao judiciário, nunca em todos os seus meandros, o que prejudica, e muito, sua solução. O juiz é levado, por esses filtros, a chancelar algo que sequer era o verdadeiro conflito, ou a chancelar algo, com sua sentença, verdadeiramente distanciado da realidade inicialmente enfrentada pelas partes. Certamente, em um ou outro caso não há apaziguamento dos espíritos, ao contrário, mais celeumas foram criadas a arraigar o conflito, a majorá-lo.

Outro aspecto relacionado à essa compreensão amplificada do conflito diz respeito à forma como estamos habituados a enxergá-lo, geralmente sob uma ótica negativa, como algo indesejável e destrutivo. Contrariamente, as teorias da Psicologia Social aplicadas aos conflitos de interesses são habilidosas em identificar neles um propulsor de mudanças, ainda que não em progresso linear.

Na esteira da “moderna teoria do conflito”, os mecanismos autocompositivos tem por essência uma visão menos pessimista do fenômeno, enfocando-o como uma oportunidade de aprendizagem e crescimento. Conforme esclarece AZEVEDO (2012, p.29):

A possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva consiste em uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito. Isso porque a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é que é possível se perceber o conflito de forma positiva.

Nesta ótica, portanto, a divergência é apresentada como oportunidade de recuperação do relacionamento e de solução com benefícios recíprocos, em oposição à lógica bipolarizada da heterocomposição, na qual “para haver vitorioso, necessário existir um perdedor”

Rosemary Padilha (2003, p.53), refletindo sobre as distintas concepções de conflito a partir dos marcos teóricos possíveis, observa com propriedade que:

O materialismo histórico percebe a contradição ou o conflito como o motor propulsor da evolução da humanidade, e os pensadores sistêmicos não divergem desta concepção, antes a confirmam ao se embasarem no sentido que os orientais dão à palavra crise, que encerra a contradição de ser, ao mesmo tempo, perigo e oportunidade. A diferença fundamental entre as concepções teóricas mencionadas está no entendimento da forma adequada ou eficaz de resolução da contradição, ou seja, o aproveitamento da crise como oportunidade de mudança e crescimento. Pode-se, assim, afirmar que existe uma lei que é aceita por teóricos advindos tanto das concepções marxistas, quanto das ecológicas ou sistêmicas, e que pode ser enunciada da seguinte forma: “o crescimento do homem e das sociedades humanas dá-se através de crises”. Pode-se, ainda, afirmar que o que diferencia as duas correntes são as estratégias para a resolução dos conflitos, não entrando, obviamente, no mérito das diferenças de visão de mundo, metodologia na produção do conhecimento e projeto societário.

O conflito, nessa perspectiva, contém um gene transformador e se situa na dinâmica normal e contínua dos relacionamentos humanos. O aprimoramento dessas relações, no entanto, depende em boa parte da forma de gestão dos seus conflitos. Neste particular, destaca-se a colaboração de Morton Deutsch (1973), em específico na obra *The Resolution of Conflict: Constructive Processes*, a qual traça um paralelo entre os processos de resolução de disputas construtivos e destrutivos. Para o autor²³:

Um processo destrutivo se caracteriza pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Em processos destrutivos há a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual (...) assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca “vencer” a disputa e decorre da percepção, muitas vezes errônea, de que os interesses das partes não podem coexistir” (DEUTSCH, 1973, p.351 *apud* AZEVEDO, 2012, p.34).

Nos processos construtivos, por sua vez, o efeito é oposto, havendo fortalecimento da relação preexistente. Tais processos se caracterizam pela:

i) Capacidade de estimular as partes a desenvolver soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; ii) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado ou mediador) a motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa; iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses e iv) pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes” (DEUTSCH, 1973, p.360, *apud* AZEVEDO, 2012, p.34).

Logo, a questão da prejudicialidade se desloca do conflito, em si, para a forma de sua gestão e como ela pode influenciar o acirramento daquele ou contribuir para a sua superação de modo cooperativo e participativo, educando e fortalecendo as partes.

Para a perspectiva construtivista presente nesta forma de visão do fenômeno conflitual, há uma relação direta entre malefícios e meio utilizado para a gestão do conflito, imperando o esforço que priorize métodos de não reprodução da violência (lógica adversarial da ação e reação) para obtenção de resultados pedagógicos e positivos para a experiência.

É nesse sentido que acreditamos no potencial da disseminação dos mecanismos autocompositivos como instrumento de democratização do acesso à justiça e fortalecimento da cidadania. A adequada incorporação e manejo dessas ferramentas, dentro ou fora dos Tribunais,

²³ DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive process*. New Haven (CT): Yale University Press, 1973.

aliada ao investimento educacional da população em geral e jurídica para o exercício deste outro aspecto da cidadania, concorrerão para a modificação paulatina da cultura litigiosa e altamente dependente do Estado que hoje se observa.

Maior autonomia das partes, protagonismo na tentativa de solução dialogada das divergências (quando presente essa viabilidade), consciência sobre a necessidade de posturas colaborativas e menos individualistas como medida para a boa convivência, eis os traços da cogitada *cultura de gestão cooperativa dos conflitos*. Se o conflito, em si nem sempre pode ser evitado e integra o processo de desenvolvimento pessoal e social, avancemos para o aperfeiçoamento de sua gestão, extraindo dele o máximo de aprendizado e benefícios.

Nessa direção, em específico sobre a mediação, os ensinamentos de Fernanda Tartuce (2008, p. 211):

A mediação enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino, está fundamentada na dignidade humana em seu sentido mais amplo. Afinal, permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia, resgate sua responsabilidade e protagonize uma saída consensual para o conflito, o que o inclui como importante ator na configuração da solução da lide, valorizando sua percepção e considerando seu senso de justiça.

No mesmo sentido, Demarchi (2007, p. 34) observa que:

O uso de meios complementares de resolução de conflitos auxilia o Poder Judiciário no desenvolvimento de sua função constitucional e possibilita principalmente o atingimento dos escopos da participação e da pacificação. Com efeito, o emprego de meios complementares de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário agrega participação popular na administração da justiça, ajuda a obter a pacificação social e tem finalidade pedagógica, vez que contribui para que os cidadãos decidam a respeito das questões em que estão envolvidos e assumam a responsabilidade por essas decisões.

Essa a essência da *perspectiva construtivista da resolução de disputa* (AZEVEDO, 2009, p.27) extraída da lição de Morton Deutsch e impulsionada pela concepção ampliada de acesso à justiça, a qual exige dos seus protagonistas que passem a:

- a) Preocupar-se com a litigiosidade remanescente – aquela que pode persistir entre as partes após o término de um processo de composição de conflitos em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial – seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (e.g., vizinhos que permanecem em posições antagônicas em razão de comunicação ineficiente entre ambos), seja por não se ter aventado tal matéria juridicamente tutelada no curso do processo;
- b) Voltar-se, em atenção ao princípio do empoderamento, a um modelo preventivo de conflitos, na medida em que capacita as partes a melhor

comporem seus conflitos educando-os com técnicas de negociação e mediação;

c) Atuar como instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito (i.e. compreensão recíproca), em atenção ao princípio da validação ou princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos (AZEVEDO, 2009, p.30-31).

Além deste caráter pedagógico e de empoderamento dos cidadãos para o tratamento de suas controvérsias futuras, há outro aspecto relevante a ser destacado. Cuida-se da relação entre participação e satisfação dos usuários com os métodos assim pautados. Diversos estudos denotam que a satisfação das partes não se relaciona apenas com o resultado obtido pelo procedimento, mas se liga ao procedimento em si. Neste particular, o desenho dos métodos não adversariais de solução de conflitos, mais flexíveis e democráticos, possuem condições mais favoráveis à percepção de justiça do procedimento, o que impacta diretamente na percepção das partes sobre a justiça do resultado.

Gabbay, citando os estudos de Welsh e Mcadoo²⁴, pondera que:

A percepção dos litigantes sobre a justiça processual afeta o julgamento e a aquiescência em relação ao resultado substancial alcançado, a crença na legitimidade da instituição e em seu procedimento. Os litigantes buscam e precisam ter a oportunidade de contar suas histórias e controlar a forma pela qual o fazem; eles querem e precisam sentir que foram tratados com dignidade e respeito²⁵ (WELSH e MCADOO, 2004-2005, p. 399 – 432 *apud* GABBAY, 2011, p.44).

A importância atribuída à possibilidade de voz e percepção de sua efetiva consideração é um aspecto correntemente destacado nas pesquisas sobre a justiça processual, assim como observável também na prática da atividade conciliatória. É dela que se trata a comum indagação da parte que, ao perceber uma “brecha” no sistema pré-formatado de negociação (em juízo), no qual o advogado é seu “porta-voz oficial”, pede “licença” e pergunta: “posso falar?”

Os fatores que concorrem para a percepção positiva dos cidadãos com os processos decisórios (autônomos e heterônomos) a partir da relação entre justiça processual e substancial, os formatos favoráveis e desfavoráveis à eclosão daqueles fatores (tratamento digno, possibilidade de fala e sua consideração, decisão sobre o desenvolvimento do método e suas etapas etc.) são objeto de diversas pesquisas de auxílio à implementação das políticas de tratamento adequado dos conflitos.

De fato, no contexto de institucionalização dos métodos não adversariais de conflitos

²⁴ WELSH, Nancy A; MCADOO, Bobbi. *Look before you leap and keep on looking: lessons from the institutionalization of Court-connected mediation. Nevada law Journal*, vol. 5, 2004-2005.

²⁵ Tradução livre daquela autora.

pelo Poder Judiciário, fundamental o recurso permanente a pesquisas não só quantitativas (estatística sobre acordos, redução de tempo de tramitação processual etc.), grande parte fundadas na ótica e investigação de interesses daquele Poder, mas sobretudo qualitativas, e abrangentes da concepção dos usuários do serviço.

Neste caminho, Gabbay (2011, p.46) cita interessante pesquisa sobre os programas de mediação institucional levadas a efeito por Mcadoo, Welsh e Wisseler, a qual tramitou em torno de três pontos: o primeiro, a investigação sobre como o desenho dos programas afeta o sucesso da institucionalização; o segundo, de que maneira as escolhas do desenho afetam a probabilidade do resultado acordo; e terceiro, que formato afeta a percepção dos litigantes da justiça processual do programa anexo à Corte.

Um dos dados relevantes obtido pelos pesquisadores, segundo a informação da autora, diz respeito ao impacto negativo da ausência das partes nas sessões de mediação, o que não foi constatado para a perquirição sobre a obrigatoriedade do método como condição de prosseguimento judicial. Cabe pontuar que a questão é bastante discutida na literatura do tema, na qual parcela da doutrina sustenta a incompatibilidade da obrigatoriedade de submissão aos meios não adversariais com o princípio da voluntariedade, próprio desses métodos²⁶.

Gabbay informa ainda que, com base nos dados coletados, os pesquisadores²⁷ sistematizaram recomendações aos designers dos programas de mediação institucional, quais sejam:

Para maximizar o uso dos programas de mediação anexos às Cortes:

- persuadir o Judiciário e as Associações de Advogados a desenvolverem um programa que se adapte à cultura jurídica local;
- obter auxílio contínuo dos juízes no encaminhamento de casos aos programas;

Tornar o uso da mediação obrigatório se uma das partes o solicitar, ou requerer que os advogados considerem a mediação no início da demanda judicial.

Para aumentar a percepção dos litigantes de que o programa proporciona justiça processual:

- requerer que os litigantes estejam presentes na sessão e convidá-los, juntamente com os seus advogados a participarem ativamente da mesma;
- determinar que os advogados adotem uma abordagem cooperativa e preparem os clientes para a mediação;
- Restringir as intervenções do mediador que sejam extremamente

²⁶ Essa questão será retomada na seção 9, na qual sugerimos alguns critérios para um mecanismo de tratamento de conflitos metajurídicos individuais na Justiça do Trabalho.

²⁷ WELSH, Nancy A; MCADDOO, Bobbi; WISSELER, Roselle L. *Institutionalization: What do Empirical Studies Tell Us about Court Mediation? Disp. Resol. Mag.* Vol. 9, 2003.

avaliativas, como recomendações para um acordo específico. (MCADOO, WEISH e WISSELER, 2003, p.10 *apud* GABBAY 2011, p.46)²⁸

Enfim, “ao examinar quais fatos encontram-se presentes para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano” (AZEVEDO, 2012, p.36). É a luz dessa diretriz que as políticas públicas de tratamento de conflitos em implantação no Brasil devem ser pensadas. Ignorado esse suporte valorativo constituirão fraudes lideradas pelo próprio Estado.

Relacionado à questão anterior, cabe referir o benefício representado pela maior vinculação das partes ao conteúdo da decisão consensualmente construída. A ausência de dados empíricos não nos permite o aprofundamento na questão. Porém, apesar de infelizmente não termos detectado fontes formais de indicação da relação entre solução consensual do conflito e cumprimento voluntário dessa solução, nem de comparação desses índices com os relativos às decisões verticalmente instituídas, a experiência nos permite compartilhar a percepção sobre a significativa prevalência da primeira hipótese. O cotidiano forense revela a acirrada resistência ao cumprimento da sentença pelo condenado, enquanto que raras as denúncias de descumprimento de acordo e necessidade da sua execução forçada.

Ainda que se possa cogitar da atribuição desse fato à previsão de cláusula penal compensatória para a hipótese do acordo descumprido, não podemos desconsiderar o elemento psíquico do reconhecimento de legitimidade, em razão da participação do obrigado e da integração da sua vontade para a eficácia do ato, sobretudo quando há percepção de justiça sobre o procedimento que culminou na composição.

Por fim, sob a ótica social e econômica, além do maior controle das partes sobre o procedimento, de se destacar também o maior controle delas sobre o resultado. Outro benefício relevante das soluções consensuais é a possibilidade de programação e deliberação conjunta sobre os limites e condição de cumprimento das obrigações (previsibilidade) e a consideração de realidades particulares durante as tratativas, flexibilidades indisponíveis no método jurisdicional, mas altamente favoráveis ao equilíbrio financeiro dos envolvidos.

Assim, a autocomposição também evidencia benefícios relativos à amenização dos impactos econômicos, e outros impactos decorrentes da possível decisão judicial (indisponibilidade de bens, restrição de crédito etc.), o que é de especial valia sobretudo no

²⁸ Tradução livre daquela autora.

universo dos litigantes de baixo lastro patrimonial.

Observemos que essa vantagem interessa aos litigantes e também ao sistema de justiça, o qual será poupado de atos complexos para tentativa de dar efetividade à eventual decisão condenatória, objetivo nem sempre alcançado nessas hipóteses.

5.3 Conflitos individuais trabalhistas: reflexões à luz do dilema redistribuição e reconhecimento de Nancy Fraser

Como temos insistido, em um país de abissal desigualdade social, como o Brasil, marcado pela incipiente concretização dos direitos sociais teoricamente firmados, a relevância do modelo impositivo/coercitivo de solução de conflitos laborais é intensificada. Logo, justifica-se a cautela e respeito das singularidades na eventual integração do direito individual do trabalho em um sistema híbrido de gestão de conflitos mais amplo do que o já praticado. Eis a razão, a nosso sentir, da acertada opção do legislador pátrio em não incluir tal espécie de conflitos na abrangência da Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015.

Porém, não se pode igualmente desconsiderar os inegáveis limites do sistema judiciário trabalhista (tradicional) para o tratamento adequado da gama heterogênea de conflitos a ele dirigidos. Seja no que toca ao desequilíbrio entre procura e oferta do serviço, seja no que toca à qualidade desse serviço, nem sempre apto à efetiva pacificação, educação e fortalecimento da cidadania, restabelecimento das relações ou, ao menos, minimização da ótica binária e opositiva dos seus sujeitos (empregador *versus* empregado), limitando-se à “eliminação de mais uma causa”, e pouco intervindo em termos de modificação cultural e prevenção de reincidências.

Consoante ponderamos no item 5.2 deste trabalho, a atenção aos benefícios psicossociais dos métodos consensuais de gestão de conflitos, deve ser, a nosso sentir, a razão primeira para o bradar desta bandeira pelo Judiciário. Assim sendo, fundamental que todos os atores da atividade pacificadora (juízes, promotores, advogados, defensores públicos etc.), compreendam que o conflito compartilhado com o Judiciário geralmente o é de modo fracionado, filtrado pela linguagem e formatação jurídica. Há sempre uma significativa probabilidade de camuflarem, conscientemente ou não, os interesses metajurídicos dos envolvidos, inclusive a expectativa de reconhecimento e empatia alheia, fator bastante presente nos conflitos de índole laboral.

Vale recapitular que a moderna teoria do conflito o toma como natural e necessário ao progresso, um agente transformador da sociedade e responsável pelo aprimoramento das relações humanas. Isso, no entanto, estaria diretamente relacionado com as formas de gestão

das crises nessas relações. É a partir desta perspectiva que propomos neste tópico a interlocução entre o tema deste trabalho (e paradoxos que o sustentam) com as reflexões da filósofa Nancy Fraser, em específico com as categorias por ela construídas no seu conhecido dilema “redistribuição e reconhecimento”.

Teórica crítica feminista, a autora constrói o referido dilema tendo por recorte histórico o que denomina sociedade pós-socialista (década de 80 em diante), a qual teria por característica o incremento das mobilizações por reconhecimento das diferenças e concomitante regressão da luta de classes desde a derrocada do socialismo soviético. Consoante observa, as exigências de reconhecimento das diferenças alimentam as lutas de grupos que se mobilizam em torno de bandeiras de nacionalidade, etnia, raça, gênero e sexualidade e nestes “conflitos ‘postsocialistas’, a identidade de grupo substituye a los intereses de classe como mecanismo principal de movilización política” (FRASER, 1997, p.1).

Sem negligenciar a importância dessas lutas, sustentadas por um “novo imaginário político²⁹” (centrado em noções como identidade, diferença, dominação cultural e reconhecimento, em substituição a termos como classe, interesse, exploração e redistribuição), a autora adverte para os riscos do esvaziamento das demandas redistributivas, exatamente quando se observa o crescimento da desigualdade material no mundo e o avanço neoliberal.

Nesse contexto, Fraser (1997, p.3) lança as seguintes perguntas como objeto de investigação: Em que circunstâncias podem as políticas de reconhecimento servir de apoio à política de redistribuição? Quando é mais provável que a primeira desvalorize a última? Quais entre as diversas formas de política de identidade são as que melhor se combinam com as lutas por igualdade social? Quais tendem a interferir nelas?

Se transportarmos esse paradoxo do universo macro observado por Fraser para o universo micro dos conflitos individuais do trabalho, e considerarmos o caráter multifacetado dos conflitos (como acima apresentado), bem como o potencial transformador do seu tratamento via mecanismos não adversariais (pouco explorado na jurisdição tradicional), percebemos a utilidade da interlocução proposta.

Relembramos que esta pesquisa parte da suposta oposição entre benefícios e riscos dos mecanismos não adversariais de solução de conflitos na seara do direito individual trabalhista. Como benefício, considera que a formatação de um novo modelo de pacificação neste campo, o qual contemple referidos métodos e suas técnicas, concorreria positivamente para a eficiência dos tribunais (sob o aspecto quantitativo e qualitativo), bem como para a melhoria das inter-

²⁹ Nesta subseção, todas as citações diretas são fruto da nossa tradução livre.

relações sociais, na medida em que o maior envolvimento dos conflitantes no procedimento pacificador teria aptidão para educar, modificar posturas e fortalecer a cidadania e a cultura de paz.

Lado outro, considera o risco de que esses mecanismos, no campo trabalhista, funcionem como mais um instrumento de desconstrução dos direitos sociais, em razão da maior “flexibilidade” quanto à incidência concreta das leis e da assimetria do trabalhador na negociação, o qual, teoricamente, seria sempre bem menos “livre”.

Porém, assim como feito por Fraser, nossa hipótese de pesquisa repousa na possibilidade de conciliação dessas premissas, na superação da visão mutuamente excludente da opção pelo sim ou não.

Desse modo, uma adequação das perguntas investigativas de Fraser para esta pesquisa pode ser formulada da seguinte forma:

a) em que circunstâncias devem ser estimuladas as práticas/técnicas de promoção de reconhecimento recíproco na solução de conflitos trabalhistas?;

b) quando é mais provável que essas técnicas não promovam qualquer espécie de ganho humano para qualquer das partes, mas apenas prejuízo econômico para o trabalhador?;

c) entre as formas não adversariais de solução de conflitos, quais as que melhor se harmonizam com o imperativo de justiça social da Justiça do Trabalho? Quais tendem a interferir nele?

Na tentativa de avançar rumo às respostas almejadas, percorreremos um pouco mais as reflexões levadas a efeito pela autora.

Fraser parte de duas concepções de injustiça presentes na vida política pós-socialista: a injustiça socioeconômica, arraigada na estrutura político-econômica, e a injustiça cultural ou simbólica. A primeira (seguindo a referência marxista) estaria relacionada à exploração do trabalho, a marginalização econômica (negação de acesso ao trabalho ou má remuneração desse) e a privação de bens materiais indispensáveis a uma vida digna. A segunda, por sua vez, estaria arraigada aos “padrões sociais de representação, interpretação e comunicação”, sendo exemplos dessa modalidade de injustiça, a dominação cultural, o não reconhecimento (invisibilização) e o desrespeito, ou seja, menosprezo habitual nas representações culturais públicas estereotipadas ou nas interações cotidianas (FRASER, 1997, p.5).

Tal distinção, no entanto, teria, segundo a própria teórica, fins meramente analíticos, pois ambas determinam que alguns grupos de pessoas fiquem em desvantagem frente a outros

e, ademais, se entrecruzam, resultando em um “círculo vicioso de subordinação cultural e econômica. ” Explica: “[...] longe de ocupar duas esferas hermeticamente separadas, a injustiça econômica e a cultural se encontram, por conseguinte, usualmente entrelaçadas de modo que se reforçam mutuamente de maneira dialética” (FRASER, 1997, p. 6).

A validade da sua afirmação pode ser notada em diversos fenômenos do cotidiano laborativo como, por exemplo, a repercussão da histórica desvalorização da mulher e o padrão de domínio da sua sexualidade nas práticas de discriminação salarial³⁰ e assédio sexual no ambiente de trabalho, das quais as mulheres são vítimas com larga predominância.

Essa interferência mútua das duas espécies de injustiça ensejaria tanto exigências de reconhecimento quanto de redistribuição. No entanto, Fraser observa que as exigências de reconhecimento focam nas especificidades do grupo subalternizado objetivando a afirmação do seu valor, enquanto que as exigências de redistribuição, ao contrário, invocam a abolição dos arranjos econômicos que dão suporte às especificidades dos grupos. Isso levaria à suposição de que as políticas de reconhecimento e de redistribuição têm objetivos contraditórios.

É assim que Fraser constrói o dilema redistribuição e reconhecimento. Indaga: “As pessoas sujeitas tanto as injustiças culturais como econômicas necessitam reconhecimento e redistribuição. Necessitam afirmar e negar suas especificidades. Como seria isto possível, se é?” (FRASER, 1997, p.8).

Partindo de um espectro de diferentes classes de coletividade social, a autora nos convoca a imaginar dois extremos. Um, se ajustaria ao modelo redistributivo de justiça, e o outro, se ajustaria ao modelo de reconhecimento. No centro, porém, se situariam os casos complexos que se ajustam simultaneamente a ambos, núcleo que a autora denomina coletividades bivalentes. Aliás, considerando que, no mundo real, a economia política e a cultura se cruzam mutuamente, Fraser põe em dúvida a própria existência de coletividades

³⁰ Segundo a pesquisa “Mulher no Mercado de Trabalho: perguntas e respostas, publicada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em 08 de março de 2012, em que pese o maior nível de escolaridade das mulheres em relação aos homens, persiste uma significativa diferença salarial. O rendimento médio do trabalho das mulheres em 2011 foi R\$ 1.343,81, 72,3% do que recebiam os homens (R\$ 1.857,63). Lado outro, a participação das mulheres com 11 anos ou mais de estudo, no universo total da população ocupada feminina com carteira assinada no setor privado foi de 77,5%; enquanto para eles, esse indicador foi de 58,9% - uma diferença de 18,7 pontos percentuais em 2011. Os resultados mostraram, ainda, que dentre as mulheres ocupadas na indústria, nos serviços domésticos e nos outros serviços, a posse da carteira de trabalho assinada era inferior a verificada entre os homens. No caso da indústria, a diferença em 2003 era de 17,0 pontos percentuais (49,7% mulheres e 66,7% homens possuíam vínculos formalizados); em 2011 o percentual subiu para 19,7 pontos percentuais (57,1% mulheres e 75,0% homens). Os dados completos podem ser acessados em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/mulher-mercado-trabalho-perg-resp-2012.pdf>>.

“puras”. Ainda assim, para desenvolver sua reflexão, propõe como exemplo de grupo situado no “extremo da injustiça cultural” a concepção da “sexualidade menosprezada”. Argumenta:

A sexualidade é um modo de diferenciação social, cujas raízes não se encontram na economia política, posto que os homossexuais estão distribuídos em toda a estrutura de classes da sociedade capitalista, não ocupam uma posição especial na divisão do trabalho e não constituem uma classe explorada (...) a injustiça que sofrem é essencialmente um assunto de reconhecimento (FRASER, 1997, p.11).

Frise-se que a autora não está a negar a possibilidade deste grupo também ser alvo de injustiças econômicas, de negações de distribuição econômica, o que corriqueiramente ocorre. Ilustrativamente, no campo das relações de trabalho, são comuns os obstáculos para acesso ao emprego, preterição em promoções, ou rescisões de contrato motivadas na discriminação pela opção sexual ou identidade de gênero, sem falar na negação de direitos previdenciários, pautados exclusivamente no padrão heterossexual de família. O que de fato sustenta é que essas injustiças não estariam “arraigadas diretamente na estrutura econômica”, mas “derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta” (FRASER, 1997, p. 14).

Para o lado oposto do espectro, a autora adota como exemplo do “extremo de injustiça econômica”, a requerer lutas por redistribuição, a classe trabalhadora, o grupo daqueles que vendem sua força de trabalho à classe capitalista que dela se apropria obtendo a mais valia em benefício privado.

Na concepção que propõe, a classe é um modo de diferenciação social arraigado na estrutura político-econômica da sociedade e só existe como coletividade em virtude de sua posição nessa estrutura e de sua relação com as outras classes. Seguindo o marco teórico marxista, destaca que, no sistema capitalista de produção, a injustiça econômica, à qual subjugada a classe proletária, deriva do próprio modelo econômico-político, o qual prolifera a inferioridade de classe para justificar a exploração.

Assim como foi observado para o “extremo da injustiça cultural”, essa premissa não rechaça a ideia de que os déficits distributivos estejam frequentemente acompanhados por déficits de reconhecimento da classe trabalhadora, mas tão somente que os últimos teriam raízes político-econômicas.

Em seguida, Fraser retoma a questão das coletividades “localizadas no meio do espectro conceitual” (bivalentes), modos híbridos que combinam traços das duas injustiças. Neste caso, nem soluções redistributivas, nem soluções de reconhecimento seriam suficientes por si mesmas. As coletividades bivalentes necessitam de ambas (FRASER, 1997, p. 15).

Apesar da teórica considerar gênero e raça como as coletividades bivalentes

paradigmáticas (com o que concordamos) reconhece também a interpenetração mútua de cada espécie de injustiça nos grupos representativos dos extremos do espectro.

A partir dessas considerações, nos inclinamos a concluir que se cuida tão somente de uma questão de predominância. Ainda que a classe trabalhadora não configure uma genuína categoria ambivalente (no sentido empregado por Fraser), ou seja, ainda que determinante e predominante para ela a injustiça socioeconômica, ela é igualmente alvo de injustiças culturais e simbólicas, objeto simultâneo de exploração e menosprezo.

Disso indagamos: teria o sistema judicial trabalhista a consciência sobre os imbricamentos dessas injustiças? Devemos atribuir a ele a condição de ferramenta de enfrentamento a essas injustiças acopladas? Seu formato atual colabora com este enfrentamento?

Nos antecipamos em responder negativamente à primeira e terceira questões. Muito mais intuitivamente (com espeque na observação e experiência pessoal acumulada), que cientificamente, consentimos. Mas assim o fazemos com base na recapitulação razoavelmente fácil de posturas e decisões judiciais que muito mais acirram do que amenizam tais injustiças.

Contrariamente, é positiva a resposta à segunda indagação. Sim, devemos atribuir e exigir do sistema judicial trabalhista a intervenção neste quadro de injustiças múltiplas. Isso nada mais é que dele exigir a sua parcela de empenho para cumprimento da promessa constitucional de “co-vivência” em uma sociedade democrática, justa e solidária.

No que diz respeito ao enfrentamento da injustiça socioeconômica, consideramos que o Judiciário trabalhista mantém esse compromisso e para ele tem se empenhado. Aliás, se assim não fosse, sequer haveria razões para a dedicação a esta pesquisa.

Pode-se dizer que a presença dos direitos sociais nas sociedades capitalistas é resultado do esforço, do avanço e da ameaça representada pelo socialismo no século XX. Mesmo que se situem apenas no campo das ações afirmativas, e não entre as ações transformativas da estrutura (categorias igualmente sistematizadas por Fraser), não se pode menosprezar o papel estratégico que exercem para a maior justiça social. Nisso reside a importância inquestionável (mas ardilosamente questionada) da Justiça do Trabalho, principal órgão no desafio de implementação dos direitos sociais laborais e, não por outra razão, alvo contínuo das investidas neoliberais de desarticulação, em conjunto com as medidas de demolição dos direitos sociais (e não de reforma) intensificadas no Brasil no presente ano.

Sobre soluções afirmativas e transformativas da injustiça, Fraser esclarece:

Como soluções afirmativas da injustiça, me refiro àquelas soluções

dirigidas a corrigir os resultados não equitativos dos acordos sociais, sem afetar o marco geral que os origina. Por soluções transformativas, ao contrário, entendo aquelas soluções dirigidas a corrigir os resultados não equitativos, precisamente mediante a reestruturação do marco geral implícito que os origina.

No campo das injustiças socioeconômicas, as soluções afirmativas são historicamente ligadas ao Estado de bem-estar-social. Visam reparar a má distribuição dos recursos resultantes, sem alterar a estrutura político-econômica subjacente. O que se busca é aumentar a parcela de consumo dos grupos em desvantagem econômica, sem reestrutura de outras maneiras o sistema de produção (FRASER, 1997, p.20).

Eis exatamente a finalidade dos direitos trabalhistas, promover a garantia do mínimo existencial ao trabalhador, só havendo se falar em direito do trabalho na presença das figuras do empregador (proprietário dos bens e do capital) e do empregado (dono unicamente de sua força de trabalho e, simultaneamente, sujeito e objeto do contrato).

Neste particular, que é a própria razão de ser do sistema judicial trabalhista, sem embargo das crescentes dificuldades estruturais de atendimento de sua demanda (por diversos fatores que já mencionamos) fato é que sua eficiência ainda persiste. Tanto que, reiteramos, a Justiça do Trabalho é periodicamente alvo de ataques e tentativas de desestruturação por setores articulados da economia e seus procuradores particulares, disfarçados de representantes do povo no Legislativo pátrio.

A Justiça do Trabalho, composta por 24 Tribunais e 1.570 varas, recebeu, apenas no ano de 2015, um total de aproximadamente 4 milhões de processos novos. Sem prejuízo das complexas questões que permeiam a discussão sobre a qualidade da sua prestação jurisdicional (algumas já referidas aqui) inclusive em razão do desafio de conciliar essa alta demanda com a tramitação do processo em tempo razoável (o que deve significar o tempo necessário de acordo com as especificidades do caso), não descabe registrar que, segundo o último relatório “Justiça em números” divulgado pelo CNJ, Relatório 2016, ano base 2015:

A produtividade da Justiça do Trabalho é relativamente alta e vem crescendo ano após ano, totalizando no ano de 2015 quase 4,3 milhões de baixas e 4,2 milhões de sentenças. Ao correlacionar tal informação com os 3.332 magistrados em atividade jurisdicional, obtém-se uma média anual de 1.279 processos baixados ao ano e de 1.261 sentenças, o que equivale a mais de 5 processos baixados e sentenças proferidas por dia³¹.

Rememoramos que o mesmo relatório estatístico informa ainda que os dois assuntos

³¹ Dados completos disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf> . Acesso em: 15 dez. 2016.

mais recorrentes foram "rescisão do contrato trabalhista/verbas rescisórias" (mais de 4.950.000 processos, representando 49,12% do total) e "responsabilidade civil do empregador/dano moral" (mais de 704.000 processos, 6,98%)³².

O primeiro, um direito comezinho, sobre o qual não pende (ou deveria pender) controvérsia, pois mero desdobramento da rescisão do contrato, o que evidencia a relutância no cumprimento das obrigações sociais básicas pelo empregador ainda hoje, em pleno século XXI. É claro que situações outras concorrem para esse quadro, como efetiva dificuldade econômica do empresário, sobretudo de pequeno ou médio porte, ou do contratante pessoa física (firma individual ou empregador doméstico). Mas o fator cultural e mesmo a prática de “jogar com o risco” (há sempre um percentual de trabalhadores que mesmo lesado não recorre à justiça), e de “ganhar tempo” (contar com o prazo e a “sorte” do processo) não podem ser desconsiderados na análise das causas dessa alta demanda.

Quanto ao segundo tema, sem descurar das situações de uso abusivo, ou no mínimo pouco criterioso do direito de ação (ao que, infelizmente, a classe advocatícia por vezes concorre); a experiência profissional revela que está significativamente relacionado ao modo abusivo de gestão (ainda incrustado no nosso país, escravocrata por longos séculos), sendo comum a invasão do poder diretivo patronal aos limites impostos pelos direitos personalíssimos do obreiro e sua dignidade. Relaciona-se, ainda, com a triste estatística que contempla o Brasil como um dos recordistas em acidentes do trabalho no mundo.

Conforme o Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), em 2014 foi registrada uma média de 54,6 mortes por semana em 2014, decorrentes de acidentes de trabalho no país, um total de 704.136 acidentes e 2.783 óbitos naquele ano. E durante o ano de 2015, foram registrados no INSS cerca de 612,6 mil acidentes do trabalho, um decréscimo de 13,99% em comparação a 2014³³, redução que ainda não nos permite comemorar.

Cabe alertar que esses são apenas os dados de acidentes notificados, os quais estão muito aquém do efetivo número de acidentes laborais no país³⁴.

³² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

³³ Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

³⁴ Sobre a questão, vale conferir o *Boletim Fundacentro de acidentes do trabalho no Brasil em 2013*. Consoante a instituição esclarece: “Com a divulgação da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) realizada pelo IBGE em parceria com o Ministério da Saúde, pode-se verificar uma discrepância entre os dados relacionados a acidentes de trabalho desta pesquisa e aqueles registrados na base de dados do Ministério da Previdência Social. Neste primeiro boletim, o objetivo foi analisar dados da PNS

Imprescindível notar que apesar dessa estatística alarmante tramitam no legislativo brasileiro propostas de normas que representam perigo de agudização desse quadro. Como exemplo, citamos dois projetos direcionados a suspender a Norma Regulamentadora nº 12 do Ministério do Trabalho e Emprego sobre Segurança no Trabalho em Máquinas e Equipamentos³⁵, ao argumento de que tal norma impõe gastos e afeta a economia das empresas.

Isso leva à percepção sobre como nos encontramos distantes de uma mentalidade que de fato reconheça a condição humana do trabalhador, que supera a concepção de mero recurso (coisa), facilmente substituível por uma mais nova e intacta. Inclusive sob o aspecto da eficiência (se presumido irrelevante o aspecto humanitário para parte do empresariado que se mobiliza por propostas legislativas do gênero), o primitivismo da visão igualmente se revela. Afinal, são vastas as pesquisas a evidenciar as vantagens das políticas preventivas, das gestões atentas à integridade física e psíquica do obreiro, aptas a minimizar os custos de indenizações, absenteísmo, baixa produtividade etc.

Portanto, a reflexão minimamente séria e ponderada sobre a Justiça do Trabalho e seu papel social não pode se afastar da investigação sobre a espécie dos conflitos que é chamada a intervir e porquê. Não é a sua atuação que dá azo a sua alta demanda, mas é esta alta demanda que evidencia o quanto é fundamental a sua atuação na sociedade brasileira. A inversão do efeito pela causa é um artifício tão malicioso quanto frágil.

Dessarte, é espantosa a proliferação de discursos que apregoam o fim das instituições responsáveis pela tutela dos direitos sociais, sobretudo da Justiça Trabalhista, sob o argumento pífio de representar um “estímulo à litigância” e da alta despesa para a sua manutenção, como se suas finalidades fossem gerar lucro ao Estado e não promover dignidade.

No entanto, no que toca à capacidade de o sistema judicial trabalhista impactar nas injustiças culturais e simbólicas, vislumbramos um campo vasto a percorrer. Seja pelo acirramento da experiência de não reconhecimento advindo da atuação afirmativa (redistributiva) verticalizada via jurisdição, seja pelas limitações à percepção da presença

comparados com os dados de registros no AEPS - Anuário Estatístico da Previdência Social de 2013. A comparação mostrou que a PNS aponta números de quase 7 vezes os da Previdência, sendo que há maior variação entre as Unidades da Federação da região Norte e Nordeste. Sugere-se que essa diferença se deve à já conhecida subnotificação do registro de acidentes, ao tipo de dado resultante de cada pesquisa, e à baixa taxa de formalização do emprego, sendo este último fator o responsável pelas maiores razões entre as Unidades de Federação da região Norte e Nordeste”. O documento se encontra disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/estatisticas-de-acidentes-de-trabalho/boletins-estatisticos>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

³⁵ Cuidam-se dos projetos n.1408/2013, em trâmite na Câmara dos Deputados, e nº 43/2015, em curso no Senado Federal.

imbricada dessas injustiças nas pretensões que lhe são submetidas e que, aparentemente, se limitam à esfera redistributiva.

A questão do acirramento do não reconhecimento pelas ações de redistribuição afirmativa também foi enfrentada por Fraser. A autora adverte sobre como essas ações podem concorrer para a estigmatização da classe desprivilegiada e beneficiada pela ação. Sustenta:

O resultado é que a classe menos favorecida fica marcada como inerentemente deficiente e insaciável, como se sempre necessitará mais e mais. Com o tempo, pode parecer, inclusive, que se privilegia referida classe, por ser objeto de um tratamento especial e de uma generosidade imerecida. Por conseguinte, uma aproximação dirigida a resolver as injustiças de redistribuição pode terminar gerando injustiças de reconhecimento.

Em resumo, a autora conclui que soluções transformativas são favoráveis ao reconhecimento, criam condições de solidariedade, enquanto as soluções afirmativas não.

O trecho acima reproduzido parece ter sido escrito tendo-se em mente o contexto brasileiro das relações de trabalho e a difundida (e artificial) percepção de protecionismo exacerbado da classe operária pelas leis e pelo próprio Judiciário trabalhista, abertamente intitulado de paternalista.

Amolda-se ainda ao estigma da classe trabalhadora, não raro acusada de “coitadismos” infundados e corriqueiramente invocados como entraves à economia. Curioso notar como essa violência simbólica se reflete, até mesmo, na nomenclatura utilizada para institutos estruturais do direito trabalhista, como o acionamento judicial, denominada “reclamação” e não ação como em outros ramos, e a rescisão do contrato, nominada vulgarmente como: “mandar embora” ou “pedir demissão”, como se tivesse que ser autorizado pela outra parte, conforme a iniciativa seja, respectivamente, do empregador ou do empregado (SOUTO, 2009, informação verbal)³⁶, o que não deixa de ser um traço da persistência da mentalidade “casa-grande e senzala”, na sociedade brasileira de mão de obra livre, após 400 anos de escravidão.

Portanto, retomando as considerações lançadas no início deste tópico, não é incomum que os conflitos de natureza trabalhista comportem não só pretensões pecuniárias, mas lutas individuais por reconhecimento, e também a influência, ainda que inconsciente, da própria luta de classes inerente à sociedade burguesa.

Conforme observa Coutinho (2003, p.173):

É inerente ao sistema capitalista um grau de conflito, máxime diante da

³⁶ Essa curiosa e sagaz observação foi feita pelo juiz trabalhista e professor Jorge Luiz Souto Maior em evento formativo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região em 2009.

insuperável separação e antagonismo de interesses. Entretanto, apesar de todo o discurso em torno da construção da subjetividade de um novo trabalhador reconhecido como pessoa humana e, por conseguinte, dotado de direitos fundamentais intangíveis, uma série de abusos, humilhações e violências simbólicas ou abusos morais vem ocorrendo no local de trabalho, desencadeando patologias psíquicas que são relatadas simultaneamente em distintos países.

Todavia, mesmo que as ações afirmativas (dentre elas a atuação redistributiva da aplicação dos direitos trabalhistas) possam implicar um acirramento do não reconhecimento e a injustiça cultural (um efeito colateral indesejado), na ausência de perspectivas transformativas reais, essas ações são remédios (paliativos) dos quais não podemos abrir mão.

Retomando a análise sobre as dificuldades do sistema judicial de intervir mais eficientemente no campo das injustiças culturais ou simbólicas, retomamos a ponderação sobre a deficiente percepção da presença imbricada dessas injustiças nas pretensões que lhe são submetidas.

Neste particular, acreditamos que uma medida de grande valia (e que felizmente prolifera no campo da pesquisa científica) é o “mapeamento”, em decisões judiciais, de argumentos que ratificam, ainda que não conscientemente, essas injustiças. Trazer esses indícios à tona e apresentá-los nesta condição aos seus próprios propagadores (que poderão se ouvir pela voz de quem os está escutando), revela-se um instrumental interessante no necessário processo de conscientização e autoconscientização dos agentes judiciais.

A fim de tornar mais claro o que neste ponto sustento, vale lembrar os fundamentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 658312/SC, de 27/11/2014³⁷, para declarar a constitucionalidade do 384.da CLT, o qual determinava (esse artigo foi revogado com a “reforma” trabalhista) uma pausa de 15 minutos para a trabalhadora, antes de dar início à jornada extraordinária, dispositivo cuja recepção pela Constituição de 1988 foi questionada à luz do princípio isonômico estampado no artigo 5º, inc. I, da lei fundamental.

Neste julgamento, consta da sua fundamentação:

A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente

³⁷ Íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=658312&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma (grifo nosso).

Como se pode observar, ainda que preservada pelo julgamento a norma protetiva da saúde da obreira, essa garantia recorreu à reiteração de padrões de comportamento que os movimentos por igualdade de gênero visam superar. Ora, no atual quadro de intensa utilização de recursos automatizados e de ampla tecnologia, são reduzidas as hipóteses de atividade laborativa em que a eventual diferença de força física entre homens e mulheres seja relevante. Quanto à clássica divisão social do trabalho que atribui à mulher as atribuições domésticas, ainda que cumulativamente com atividade econômica externa, cuida-se de outro ponto sensível dos movimentos feministas, enfraquecido pela “normalização” a ele feita no julgado.

Esse foi apenas um exemplo, até muito sutil (outros bem mais contundentes poderiam ser citados) de como o sistema judicial (ou agentes que lhe dão corpo) pode não só deixar de funcionar como ferramenta emancipatória como ratificar as injustiças socioeconômicas ou culturais. Isso pode ocorrer não apenas pela aplicação do direito material (conteúdo decisório) como pelas formas eleitas (conteúdo procedimental). É este último aspecto que mais de perto interessa aos limites deste trabalho.

Questionamos: o uso de técnicas não adversariais de solução de conflitos, que estimulem a empatia, a capacidade de nos colocarmos no lugar do outro, a prática da comunicação, podem contribuir para o aprimoramento das relações no universo trabalhista e promover um maior reconhecimento recíproco entre seus atores?

Entre pessoas ligadas por vínculos que extrapolam o contrato de trabalho, ou que convivam de modo próximo em virtude dele (firmas individuais, âmbito doméstico etc.) seria aconselhável o emprego de métodos horizontais de solução de controvérsias na tentativa de sanar incompreensões recíprocas e estimular a manutenção dessas relações? Em demandas que envolvam pretensões por reconhecimento e não só por redistribuição, em razão de experiências de desrespeito, discriminação ou menosprezo, os métodos consensuais podem ser instrumentos mais eficazes que a jurisdição?

À luz da pesquisa teórica levada a efeito neste trabalho, vislumbramos grande possibilidade de respostas positivas a essas indagações.

Em relação ao dilema que analisa, Fraser pondera a dificuldade de estabelecer um marco teórico adequado à sua superação e conclui “não existir nenhuma estratégia teórica clara que permita dissolvê-lo por completo”, razão pela qual o melhor que se pode fazer é suavizar o

dilema, encontrando aproximações que minimizem esses conflitos entre redistribuição e reconhecimento, quando ambos devam ser perseguidos simultaneamente (FRASER, 1997, p.28).

Sugestão parecida foi estruturada para o antagonismo que motivou esta pesquisa. Eis o que de fato foi perseguido, obter parâmetros para a incorporação dos meios não adversariais de pacificação, ainda que com adaptações, ao sistema de solução de conflitos individuais do trabalho, preservadas a essência daqueles e as garantias basilares deste.

Partimos da premissa pela qual a aposta no potencial transformativo e restaurativo desses mecanismos no campo individual trabalhista não pode desconsiderar a costumeira disparidade entre as partes. Tal disparidade, por vezes, não se resume à posição de classe, mas pode estar maximizada por diversos outros elementos de “demarcação” e inferiorização social que afetam o estabelecimento de um processo leal de negociação, como gênero, raça e grau de instrução.

Logo, acreditamos que a legitimidade de mecanismos autocompositivos, para gestão de conflitos dessa índole, depende da garantia de paridade de voz, o que exige estratégias muito bem articuladas no direito individual do trabalho, no qual, não raro, resulta evidente que a disparidade de classes é apenas um eixo aglutinador de vários outros fatores de subalternização.

5.4 Métodos e mecanismos de gestão de conflitos. Delimitações terminológicas

Rememorado o processo de desenvolvimento do Estado, observamos que a jurisdição é posterior aos meios de justiça direta ou meramente assistida, e nessa ordem de ideias e leitura histórica, a via verdadeiramente extraordinária.

Conforme destacou Chiovenda³⁸ (2000, p.17 *apud* AZEVEDO, 2013, p.5):

Segundo uma perspectiva tradicional de direito processual, a jurisdição é considerada como uma atividade ‘secundária’, sendo definida, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando à composição de lides em razão da inexistência dessa resolução de controvérsia ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Assim, o dever principal ou primário de resolução dos conflitos é considerado como sendo das próprias partes – devendo o Estado intervir tão somente quando as partes não são bem sucedidas nesta atividade.

É claro que em relações marcadas por grande disparidade entre as partes, nas quais a possibilidade de subjugação de uma a outra é substancial, o grande desafio é que a

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000. Vol. II, p.17).

espontaneidade da solução, referida por Chiovenda, se estabeleça concretamente. Isso, no entanto, não prejudica a ideia geral, a qual, inclusive, realiza a característica da substitutividade, componente do conceito de jurisdição.

Ademais, lembrada a teoria processual, temos que uma das condições da ação, fixada pelo sistema jurídico, é o interesse processual, no clássico binômio “interesse e necessidade”. No entanto, a cultura da litigiosidade se propagou de modo tão contundente que o recurso ao Judiciário (que poderia ser residual) se firmou como a primeira e quase exclusiva opção, e sequer é feita uma perquirição concreta dessa necessidade.

Principal, como largamente informa a literatura sobre gestão de conflitos, é tão somente o mais adequado para o caso concreto, a depender de diversas variáveis, como a condição das partes e a eventual relação anterior entre elas, o tipo de disputa, a situação processual e os direitos em debate³⁹. Portanto, o principal nem sempre coincidirá com a intervenção coativa e adjudicatória do Estado em substituição à vontade das partes, razão da divergência no emprego dessa terminologia, a qual, ademais, remete à ideia equivocada da maior relevância da via jurisdicional.

Cabe registrar a observação, em parte dissonante, de Petrônio Calmon, para quem o termo alternativo não significaria “sucessão ou substituição, nem tampouco uma solução de menor importância. Falar-se em alternativo não é falar em contraposição, mas sim interação, razão pela qual não se pode imputar qualquer equívoco importante nessa expressão”. Todavia, o mesmo autor, sequencialmente, adverte ser “importante cultivar o uso da expressão meios adequados para se referir a todos, sem distinção nem considerações de preponderância”, com o que concordamos. E acrescenta: “melhor ainda falar-se em pacificação social ao invés de solução de conflitos, objetivando maior abrangência, uma vez que a pacificação se opera, também, quando se previne ou se elimina o conflito e não somente quando ele é resolvido” (CALMON, 2015, p.84).

O presente tópico objetiva propiciar um panorama dos métodos de gestão de conflitos, que pretendemos seja enxergado de modo híbrido, composto por elementos que se complementam e dinamizam o sistema, dando-lhe um caráter mais plástico e abrangente das diversas disputas.

³⁹ Essa desconstrução da classificação alternativo/principal motiva a proposta de alteração da expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR), cunhada por Frank Sander, professor da Harvard Law School, em 1976, abrangente da variedade de métodos de resolução de disputas de interesses, distintos do meio jurisdicional, para *Appropriate Dispute Resolution*, vez que, antes de alternativo, exige-se que o meio seja adequado, apropriado.

Neste sistema híbrido, três grandes grupos de métodos são identificados: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição, os quais se desdobram em alguns mecanismos (espécies). Considerando a variedade dos termos envolvidos, muitos de semântica plural e utilização nem sempre criteriosa, necessário delimitarmos o sentido e a diferenciação dos mais relevantes, ao menos para os fins desta pesquisa.

A autotutela, ou autodefesa, é considerada um mecanismo de solução direta de um conflito, caracterizando-se quando o interessado, unilateralmente, impõe a solução à parte adversa. Conforme (DELGADO, 2002, p.663) “o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca”.

Reconhecida como o mais primitivo dos métodos, nascida com a disputa de bens pelos homens com vistas à sobrevivência, e diretamente relacionada à opressão do mais forte ou mais astuto sobre o mais frágil, foi paulatinamente sendo restringida e substituída pela atividade coercitiva monopolizada do Estado, havendo, ainda, alguns resquícios seus no ordenamento moderno, como a legítima defesa no campo penal e o desforço imediato no cível.

No Direito do Trabalho, Delgado (2009, p.1324) destaca a greve como “importante exemplo da utilização da autotutela na dinâmica de solução de conflitos coletivos trabalhistas”. Porém:

(...) raramente ela completa seu ciclo autotutelar, impondo à contraparte toda a solução do conflito: o que ocorre é funcionar esse mecanismo como simples meio de pressão, visando o alcance de mais favoráveis resultados na dinâmica negocial coletiva em andamento ou a se iniciar.

Na autocomposição, o conflito também é resolvido de forma direta, ou seja, pelas próprias partes, ainda que presente a assistência de um terceiro, desde que a ele não seja transferido o poder de decisão.

Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 123), esclarece que “existe autocomposição quando os próprios sujeitos envolvidos no conflito, ou um deles, unilateralmente, encontra caminho apto à pacificação”. Ainda segundo o autor, a autocomposição unilateral dá-se sob as modalidades da renúncia (quando quem vinha externando alguma exigência ou pretensão dela abre mão, fazendo cessar desse modo o fator de inquietude que envolvia ele próprio e o adversário) e da submissão (quando aquele que vinha resistindo à exigência do adversário decide submeter-se a ela).

A autocomposição bilateral, por sua vez, faz-se por meio da transação, caracterizada pela ocorrência de concessões mútuas dos indivíduos em conflito, participando, ao mesmo

tempo e de modo parcial, da natureza da renúncia e da submissão, na medida em que cada um dos sujeitos interessados acede na parcial disposição de seus próprios interesses (DINAMARCO, 2013, p. 124).

A presença de um terceiro com papel auxiliar no procedimento autocompositivo é facultativa. Todavia, é o que define sua classificação em autocompositivo espontâneo, direto ou bipolar (marcada pela inexistência desse terceiro, como na negociação direta) ou autocompositivo por indução, indireta ou assistida (marcada pela presença de um terceiro facilitador, como na mediação e na conciliação (por juiz ou não).

Ademais, em qualquer dessas modalidades, três conteúdos diferentes podem ocorrer: renúncia, aceitação ou transação. A renúncia se configura quando o titular do direito dele se despoja por ato unilateral, é a recusa, a rejeição ao direito, com ou sem sua transferência a terceiro e sem qualquer contrapartida. Sua figura oposta, a aceitação (ou submissão como prefere parcela da doutrina), ocorre quando a pretensão alheia é acolhida pelo adverso, quando há o reconhecimento do direito suscitado, ou quando, simplesmente, não se exercita a resistência.

A transação, por sua vez, se constitui quando os sujeitos, no uso da autonomia da vontade, procedem a concessões recíprocas, sendo pressuposto que verse sobre situações fáticas ou jurídicas duvidosas. Sobre a questão, Washington de Barros Monteiro (1972, p.341) ensina que “a transação é ato jurídico bilateral pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”.

Entendemos que o uso da conjunção alternativa ‘ou’ para referir às obrigações duvidosas, indicia que, para o autor, esse elemento é facultativo, bastando a litigiosidade sobre a obrigação, mesmo que para as partes ou uma delas, não haja dúvida subjetiva sobre a existência ou inexistência da obrigação. É assim que também pensamos.

A ideia de concessão, a princípio, pressupõe que ambos sejam, ou ao menos se considerem, titulares de direitos (do contrário, há simulação). Porém, também ocorre transação quando um dos sujeitos não se considera titular de qualquer direito material (distinto do processual de resistência), nem reconhece a titularidade de direitos ao adverso e, ainda assim, negocia com vistas a outras vantagens, processuais ou metajurídicas (superação do processo, relação com o outro, economia das despesas do litígio etc.).

Portanto, autocomposição, acordo e transação não são sinônimos, sendo a última um possível conteúdo da primeira. A autocomposição é método de gestão de conflitos concentrado na autonomia das partes, com ou sem participação de terceiros, que pode ter a renúncia (despojamento unilateral da vontade de uma parte), a aceitação (acolhimento da pretensão de

uma parte pela outra), ou a transação (concessões recíprocas) como resultado, implicando na formulação de um acordo, o qual consubstancia as condições ajustadas para a resolução do conflito.

A autocomposição será direta, ou bilateral, quando não envolver um terceiro, distinto das partes, como interveniente no processo. Na presença deste terceiro (mediador ou conciliador, por exemplo) e seguindo o critério de classificação aqui adotado, denomina-se autocomposição indireta ou triangular.

Conforme a autocomposição ocorra exclusivamente no âmbito da sociedade (negociação direta, mediação ou conciliação privadas), ou no bojo de um processo judicial, qualifica-se como extra ou endoprocessual, respectivamente.

Por fim, o terceiro método de gestão de conflitos é a heterocomposição, a qual se caracteriza pela gestão do conflito por meio da intervenção de um agente externo à relação conflituosa. Uma ou ambas as partes submetem o conflito à apreciação de um terceiro, o qual profere decisão vinculativa e substitutiva das vontades divergentes dos interessados. Dois os mecanismos principais desse método no contexto brasileiro: a jurisdição e a arbitragem.

Cabe esclarecer que com base no critério da intervenção realizada pelo agente exterior na dinâmica de solução do conflito (intensidade da participação) há quem também considere a conciliação uma modalidade heterocompositiva. Outros, pela simples presença do terceiro (conciliador ou mesmo mediador), enquadram os mecanismos nesse método. Ou seja, a classificação por nós adotada não é unânime. Há definições que consideram a presença do terceiro o elemento determinante da qualificação do método como heterocompositivo, o qual, no entanto, pode se basear no consenso. Seguindo este critério, mediação e conciliação seriam mecanismos heterocompositivos baseados no consenso, enquanto autocompositivos apenas a autotutela e a negociação direta.

Para nós, o elemento definidor é a vontade dos sujeitos em conflito e a permanência do poder de decisão em suas mãos, ainda que, em certas circunstâncias, essa decisão seja integrada pela vontade do terceiro, como entendemos ocorrer na conciliação judicial. Presente essa circunstância, estamos diante de um método autocompositivo.

É nesta lógica que o termo está sendo empregado neste estudo.

A seguir, destacaremos as características centrais da mediação, conciliação e intervenção neutra de terceiros, buscando contribuir para um melhor domínio conceitual dos métodos, ainda que não haja total uniformidade doutrinária e não possamos afirmar uma separação estanque entre eles, questão que melhor discutiremos no item 5.8.

Em razão dos limites desta pesquisa, antecipamos não ser nosso objetivo o

aprofundamento intenso nas figuras. No entanto, necessária ao menos a sistematização dos atributos centrais e forma de funcionamento, além do destaque comparativo das respectivas singularidades, a fim de propiciar as reflexões centrais às quais o estudo se destinou.

5.5 Mediação

O termo mediação vem sendo empregado de modo amplo e pouco criterioso, ora como sinônimo de atos de diplomacia ora como referência às técnicas gerais de solução não adversarial de conflitos, ou seja, a parte como o todo. Para efeitos deste estudo, interessa-nos a compreensão *stricto sensu*, como método específico de intervenção e gestão técnica de relação conflituosa.

Nesse sentido, como usualmente aceito pela comunidade acadêmica, a mediação é um método extrajudicial de resolução de controvérsias havida entre duas ou mais pessoas, que se desenvolve de forma pacífica, consensual e voluntária, contando, para tal, com o auxílio de um terceiro, que deverá ser sempre neutro e imparcial e, com o dever de guardar sigilo do que lhe foi confiado pelas partes, auxiliando-as a chegar a uma solução (acordo) relativamente à controvérsia existente; de modo que, buscando a preservação do relacionamento, reformula a questão, cria alternativas, propiciando o diálogo entre as partes, então rompido ou inexistente, fazendo desabrochar o motivo real que os fez chegar ao confronto, fazendo com que a decisão seja tomada pelas próprias partes, que assim, assumem a responsabilidade que não foi imposta pelo mediador (EGGER, 2008, p.54).

Feita essa delimitação, cabe pontuar, ainda introdutoriamente, que não há apenas uma espécie de mediação. A pesquisa teórica revela ao menos três modelos diferentes no cenário americano com repercussão em boa parte do mundo. Sobre a referência americana, vale notar que:

Embora existam diversos exemplos históricos de desenvolvimento e utilização da mediação de conflitos na Antiguidade, com destaque para países do oriente, mais recentemente, os EUA constituem o país em que tais métodos têm alcançado maior grau de utilização e sofisticação, espraiando sua influência pela América latina, pela Europa ocidental, Austrália, Nova Zelândia e até para alguns países do Extremo Oriente (SOUZA, 2012, p.60).

A fim de viabilizar a percepção dessas variações, ainda que os modelos não se excluam mutuamente, nos valeremos da sistematização fornecida por Luciane Moessa de Souza, classificação que tem por critério os propósitos principais de cada modalidade.

Segundo informa, o modelo de mediação voltado à solução de problemas (modelo linear de Harvard), a qual se materializa na firmação de um acordo, tem seu paradigma nas teorias da negociação, cujo principal marco teórico é o trabalho *Getting to yes*, de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (1983). Em tal modelo a mediação é uma negociação assistida que tem por base quatro passos fundamentais:

1º) separar as pessoas dos problemas; 2º) focar em interesses (para que finalidade se deseja algo) e não nas posições; 3º) gerar propostas de soluções criativas para o problema (expandir a “torta” antes de reparti-la); 4º) estabelecer parâmetros justos e adequados para encontrar a solução final (critérios para “repartir a torta”) (SOUZA, 2012, p.61).

Em seguida, destaca o modelo da mediação transformativa, proposto por Robert Bush e Joseph Folger (1994) na obra *The promise of mediation*. Nesta modalidade o propósito não seria apenas a obtenção de um acordo com relação ao problema específico levantado, mas o desenvolvimento de um novo padrão de relacionamento entre as partes, no qual estas passem a ter condições de gerar por si mesmas as soluções. A essência da modalidade estaria na compreensão dos fatores subjacentes, entendendo-se por compreensão “o processo de criar significado. E a criação de significado requer que olhemos mais de perto (com um foco mais preciso para algo)” (LEDERACK, 2003, p.10 *apud* SOUZA, 2012, p.63)⁴⁰.

Souza (2012, p.63) informa sobre a proposta, formulada por Lederack, de utilização de três lentes para a percepção da realidade complexa de certos conflitos. A primeira se destinaria a enxergar a situação imediata; a segunda para ver além dos problemas apresentados e perceber os padrões mais profundos do relacionamento, inclusive o contexto de manifestação do conflito; e a terceira uma moldura conceitual que reúna as duas perspectivas, possibilitando a conexão entre os problemas presentes e os padrões relacionais mais profundos (SOUZA, 2012, p.63). Esse instrumental viabilizaria a “abordagem que aspira criar processos construtivos de mudança através do conflito⁴¹” (LEDERACK, 2003, p.12 *apud* SOUZA, 2012, p.63)⁴².

Por fim, a autora apresenta o modelo da mediação narrativa, segundo ela, descrito por Jonh Winslade e Gerald Monk (2000)⁴³ na obra *Narrative mediation: a new approach to*

⁴⁰ LEDERACH, John Paul. *The Little Book of Conflict Transformation*. Intercourse, (PA): Good Books, 2003.

⁴¹ Tradução livre daquela autora.

⁴² LEDERACH, John Paul. Op. cit.

⁴³ Cabe notar que muitos outros trabalhos identificam em Sara Coob, professora de Harvard, a grande expoente do modelo de mediação circular narrativa. Neste sentido, o artigo “El modelo circular-narrativo de Sara Coob y sus técnicas” da professora Pilar Munuera Gomez, da Universidade Complutense de Madrid. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/5678/1/Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

conflict resolution. Nesta modalidade, o propósito seria “reinterpretar/reconstruir a posição das partes em relação ao conflito” (SOUZA, 2012, p.64). Isso seria feito por via do “questionamento de preconceitos socioculturais das partes, mediante intervenção ativa do mediador”, o qual não seria “neutro” ou “objetivo” e deve “questionar também os seus próprios estereótipos e condicionamentos socioculturais durante os trabalhos” (ALBERSTEIN, 2007, p.337 *apud* SOUZA, 2012, p.65)⁴⁴.

Em síntese, podemos concluir que existem basicamente duas vertentes da mediação, segundo a doutrina americana, colhida como referencial: uma que a reconhece como técnica para a obtenção de acordos e finalização do conflito, e outra que, além deste ideal, pretende a mudança na relação entre as partes e nas próprias partes, melhor preparando-as para o enfrentamento futuro de outros conflitos.

Outra distinção relevante para a compreensão do modelo brasileiro, encontramos na diferenciação que leva em conta o modo de orientação do mediador. A primeira, denominado facilitadora, mantém-se “fiel” ao traço original da mediação que reserva ao terceiro a função de facilitação do diálogo, deixando a cargo das partes a criação das possíveis soluções para a controvérsia. Já a segunda, denominada avaliativa, inclina-se à possibilidade deste terceiro atuar adicionalmente, encarregando-se de também formular sugestões e submetê-las à reflexão das partes.

Sobre a temática, destacam-se os trabalhos de Leonard L. Riskin⁴⁵, da Faculdade de Direito da Universidade da Flórida, para quem a mediação facilitadora seria mais restrita, tendo por tema o objeto litigioso, enquanto que a mediação avaliativa seria mais ampla, incluindo os interesses subjacentes, comerciais, pessoais, relacionais etc. (RISKIN, 1996 *apud* AZEVEDO, 2012, p.57). O Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça, referencial teórico recorrente na formação de mediadores no Brasil, registra que:

Os dois extremos desse espectro distinguem-se na medida em que no

Conferir também a matéria “Diferentes modelos de mediação”, pela qual: “Deve-se a Sara Cobb a inauguração do Modelo Circular-Narrativo, o qual, como indica o nome, agregou o pensamento sistêmico com sua proposta de circularidade, o processo reflexivo - capacidade ímpar dos humanos - e a teoria das narrativas - oferta do mundo literário da segunda metade do século passado -, à tarefa pós-moderna de encontrar na Mediação um instrumento de pacificação social dedicada à resolução, manejo e prevenção de controvérsias. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/07/diferentes-modelos-em-mediacao/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁴⁴ ALBERSTEIN, Michal. *Forms of Mediation and Law: cultures of Dispute Resolution*. Ohio State Journal on Dispute Resolution, v.22, p.321-361, 2007.

⁴⁵ RISKIN, Leonard. *Understanding Mediatoris' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*. In: *Harvard Negotiation Law Review*, v.1:7, 1996.

modelo puramente avaliador o mediador aprecia as propostas e os argumentos substanciais das partes e recomenda termos de acordo, em vez de simplesmente administrar o processo. Por outro lado, no modelo facilitador, o mediador age somente como facilitador ou administrador da negociação entre as partes ou do processo de resolução de disputa. Seguindo exclusivamente esta orientação, o mediador estabelece regras básicas, facilita o intercâmbio de informações, estrutura uma agenda, gera movimentação de acordo por vários meios e estrutura o fechamento das discussões. Assim, o mediador puramente facilitador não expressa qualquer opinião sobre o mérito de qualquer questão substancial. Em contrapartida, no modelo avaliador, o mediador não apenas serve como administrador do processo, mas também oferece, como especialista, uma avaliação do caso (avaliando as características positivas e negativas dos argumentos de cada parte ou de suas propostas), recomendações sobre a substância do acordo (incluindo, por exemplo, predições do desenrolar nos tribunais ou outras consequências) (AZEVEDO, 2012, p.57-58).

Luciane Moessa de Souza chama atenção para o intenso debate suscitado naquele país pela vertente avaliadora (em razão da desnaturação do método) e informa que predomina o entendimento pelo qual, mesmo na mediação avaliativa, não se considera adequado um verdadeiro aconselhamento jurídico, cabendo ao mediador, quando verificar essa necessidade, encaminhar as partes ao profissional pertinente, assim como o faz quando verifica a necessidade de prova técnica ou acompanhamento psicológico. Este cuidado se relacionaria ao seu dever e expectativa das partes quanto à imparcialidade. Registra:

Muito embora a mediação avaliadora seja muito utilizada no contexto de programas de mediação judicial ou, ainda, quando os mediadores são provenientes da área jurídica (especialmente juízes aposentados), Leonard Riskin observa que ela traz diversos riscos para a percepção de imparcialidade do mediador, pode dificultar o acordo por “restringir a flexibilidade das partes”, pode fazer com que sejam menos sinceras suas manifestações por saberem que o mediador vai avaliar, bem como podem ficar menos satisfeitas com o resultado do processo, eis que as técnicas avaliadoras diminuem a sua participação. Ademais, quando uma avaliação jurídica preliminar for essencial para o avanço do processo (por exemplo, assistência jurídica ausente ou inadequada quanto ao conteúdo de um possível acordo), o mediador pode recomendar às partes a utilização de um avaliador externo – o que não comprometeria sua imparcialidade” (SOUZA, 2012, p.61-62).

A mesma autora compartilha também a visão de Richard Birke, o qual esvazia essa polarização ao afirmar que toda mediação é tanto avaliadora como facilitadora, havendo mera predominância de uma ou outra em cada caso. Segundo o teórico, sempre que o conflito envolver direitos cuja medida justifique a discussão judicial, o acordo só será construído a partir

da comparação com o que poderiam obter no processo. Assim:

O que a “fase avaliadora” da mediação costuma definir é uma possível “zona de negociação”, compreendida entre o mínimo e o máximo que cada uma das partes poderia obter em juízo. A partir daí, começa a “fase facilitadora”, em que as partes buscarão construir um acordo que deverá, pelo menos, ser equivalente ao mínimo que seria possível obter em juízo (...) (SOUZA, 2012, p.62).

Há também a interessante classificação proposta por Ellen Waldman⁴⁶, a qual toma por critério a postura do terceiro facilitador acerca das normas e o grau de integração delas ao procedimento, o que determinaria três espécies de mediador: o gerador de normas, o educador de normas e o defensor de normas (WALDMAN, 2011, *apud* TAKAHASHI, 2014, p.66).

Sobre o esquema da autora, Bruno Takahashi esclarece que no modelo gerador de normas, o facilitador apenas considera relevante o que as partes identificam e adotam e seu papel e o de encorajá-las a decidirem por si sós o que é justo. Quanto ao modelo educador de normas, defende-se que “as partes não possuem autodeterminação, a menos que sejam colocadas em uma posição em que possam ser realizadas decisões informadas” e isso significa conhecer tanto os riscos e vantagens do acordo quanto da decisão adjudicatória. Por fim, o modelo defensor das normas procura não só informar as partes como faz o anterior, “também zela para que as normas trazidas tenham alguma expressão no acordo feito. De certo modo, o que o terceiro faz é auxiliar as partes a darem aplicação ao conceito abstrato da lei” (TAKAHASHI, 2014, p.66).

Tal raciocínio parte da premissa pela qual, em certas hipóteses, as preocupações referentes à neutralidade e imparcialidade assumem uma posição secundária em face dos benefícios do não distanciamento entre acordos e normas sociais, considerando que elas seriam essenciais para a vitalidade da estrutura social⁴⁷ (TAKAHASHI, 2014, p.66).

Particularmente, acreditamos na possibilidade de prática de mediação meramente facilitadora, ainda que concordemos com a possibilidade (fática) dela também ser avaliativa em diversos níveis, mesmo que isso não seja recomendável, sobretudo em modelos que comportem métodos que tenham nessa avaliação um elemento distintivo. Assim, a nosso sentir, toda mediação é facilitadora, mas nem sempre será também avaliativa. Ademais, essa discussão é

⁴⁶ WALDMAN, Ellen (Ed). *Mediation Ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011.

⁴⁷ Raciocínio similar será desenvolvido no tópico 7.2 que analisa a desigualdade de poder entre as partes e a relação entre o princípio da imparcialidade e da livre decisão informada que regem a mediação e a conciliação e, que, aparentemente, fixam um paradoxo ético na atuação desses facilitadores.

muito mais relevante na conjuntura norte-americana, a qual não lida, concomitantemente, com a figura da conciliação como no caso brasileiro.

Naquele país, o termo conciliação sequer é comum seja na prática seja na literatura, nas quais predomina, indistintamente, o termo *mediation*, sendo que algumas seriam apenas facilitadoras do possível acordo (*facilitative mediation*), e outras, a depender dos objetivos e tipo de conflito seriam pautadas em avaliações mais aprofundadas do conflito (*evaluative mediation*).

À luz do encaminhamento dado pela legislação brasileira, para nós, a variação das características e atividades dos sujeitos envolvidos em função dos objetivos e do tipo de conflito é uma distinção que se traça não a partir da investigação entre “espécies” de mediação, mas sim do comparativo entre mediação e conciliação.

O grau da atuação condutora do mediador é comumente suscitado como elemento diferenciador entre a mediação e a conciliação, argumentando-se que nesta seria bem mais expressivo, inclusive por ter na obtenção do acordo o seu objetivo. Para o mediador, o eventual acordo é mera consequência, indicativo de que a boa comunicação foi estabelecida, sua função é reconstruir conflito, identificar e levar as partes à reflexão sobre seus interesses a partir dos questionamentos que formula, propiciando condições para que a solução se origine delas próprias, capacitando-as à administração autônoma de seus conflitos.

No entanto, essa pró-atividade mais acentuada do conciliador não significa realização de análise jurídica das pretensões/direitos envolvidos no conflito, até porque, consoante a normatização brasileira, não há sequer obrigatoriedade de que ele detenha formação do gênero, razão pela qual há quem entenda até que “no sistema brasileiro, o conciliador não está autorizado a realizar nenhuma avaliação jurídica sobre o caso”. (Silva, 2013, p.329)

Ildemar Egger adota o seguinte conceito de mediação:

Nesse sentido, como usualmente aceito pela comunidade acadêmica, a mediação é um método extrajudicial de resolução de controvérsias havida entre duas ou mais pessoas, que se desenvolve de forma pacífica, consensual e voluntária, contando, para tal, com o auxílio de um terceiro, que deverá ser sempre neutro e imparcial e, com o dever de guardar sigilo do que lhe foi confiado pelas partes, auxiliando-as a chegar a uma solução (acordo) relativamente à controvérsia existente; de modo que, buscando a preservação do relacionamento, reformula a questão, cria alternativas, propiciando o diálogo entre as partes, então rompido ou inexistente, fazendo desabrochar o motivo real que os fez chegar ao confronto, fazendo com que a decisão seja tomada pelas próprias partes, que assim, assumem a responsabilidade que não foi imposta pelo mediador (EGGER, 2008, p. 54).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2011, p.225), por sua vez, chama atenção para o contexto complexo no qual a mediação atua e da importância da adequada seleção de casos para sua incidência. Expõe:

A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam.

Já Roberto Portugal Bacellar (2004, p.2) enfatiza o potencial de despolarização do método e sua aptidão para a preservação de eventuais vínculos afetivos entre as partes. Pontua:

É costume arraigado da sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre “partes” em busca de uma decisão (modelo conflitual – ganha/perde), mesmo que gere prejuízo aos laços fundamentais e eventualmente afetivos existentes entre elas. A mediação procura valorizar estes laços fundamentais de relacionamento, incentivar o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução da lide, para, ao final, extrair, como consequência natural do processo, os verdadeiros interesses em conflito.

Como se observa dos conceitos, o mediador é um facilitador da comunicação quando esta se encontra “turva”, prejudicada por fatores diversos, inclusive emocionais e pela tensão das partes com o impasse. É, portanto, de mera assistência. Ainda que estimule as partes à uma solução pelo emprego de técnicas adequadas, a decisão e seu conteúdo apenas a elas incumbem, pois tem por fundamento a valorização da autonomia.

Nessa senda, evidencia-se a influência das escolas transformativas e circular narrativa na construção e compreensão do que seja a mediação na dogmática brasileira, visto a sua corrente relação com conflitos de ordem complexa e com o empoderamento das partes; ainda que a investigação e o foco nos interesses (para qual finalidade algo é desejado), seja um passo da mediação linear de Harvard, do qual também se valem as demais vertentes.

Analisando a legislação brasileira, observamos que a opção pátria foi de distinção entre a mediação e a conciliação, reservando à primeira, restritamente, a atividade facilitadora, e permitindo à última, atividades que se assemelham ao conteúdo da polêmica mediação avaliativa. Afinal, de se presumir que a criação de opções pelo conciliador não seja aleatória, mas pautada em análise dos argumentos discutidos e possíveis repercussões.

O parágrafo primeiro, do art. 1º, da Lei nº 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação

como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, define mediação como “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”, e o artigo 4, § 1º, da mesma lei dispõe que “o mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito”.

O CPC, por sua vez, Art. 165, §3º, assim dispôs:

Art. 165, § 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 (grifo nosso).

É o que também se conclui pelo disposto no art. 2º, inc. III, do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais (anexo III, da Resolução nº125/2010 do CNJ) o qual, ao destacar a “ausência de obrigação de resultado” para os mediadores e conciliadores, registra como regra procedimental, fundada na autonomia das partes, o “dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles”.

Quanto aos atos que compõe a mediação, seu *iter*, necessário pontuar que não obstante a maior flexibilidade procedimental e a propagada “informalidade”, essa ideia é apenas em parte verdadeira. Em verdade, o que ocorre é a possibilidade de as partes participarem com o mediador das decisões sobre as fases, as etapas e sequência do procedimento, as quais, ademais, não são preclusivas, assim como variável o desenvolvimento. Como destaca Gabbay (2011, p. 12), a investigação dos ganhos qualitativos do processo de mediação, requer, primeiramente, a análise do próprio processo, não apenas pela negação, indicação do que não é (não adversarial, não judicial, não formal), mas sim pela verificação das suas bases constitutivas, “incluindo a averiguação da necessidade, em determinado grau, de um devido processo legal mínimo”.
Adverte:

O foco nas relações estruturantes da relação (sujeitos, objeto e procedimento) é importante para que a mediação não seja vista como simples coadjuvante ao processo judicial, apenas como uma fase incidental de seu procedimento (destinada a obtenção do consenso entre as partes), mas seja analisada a partir de si mesma e de seus próprios valores. (GABBAY, 2011, p. 12)

Essa preservação da mediação como corpo independente, e não mero acessório ou etapa

da jurisdição, é de fato essencial a sua não desnaturação pelo processo de institucionalização ao qual vem sendo submetida, entendido como tal a absorção pelo Judiciário para manejo incidental no processo, via mediadores (e conciliadores) designados como auxiliares do juízo.

Assim sendo, ainda que de modo sucinto, cabe compartilhar a sistematização procedimental levada a efeito por Sampaio e Braga Neto (2014, p.48-51), os quais destacaram as seguintes etapas (não rígidas) do procedimento no âmbito privado:

A **Pré-mediação** é o primeiro momento de contato dos mediados com o processo. Nela se apresenta a minuta de contrato de prestação do serviço de mediação, bem como o modo em que este se realizará, É um momento importante para o nascimento da confiança no processo e para a posterior transferência dessa confiança para o mediador. Na **Abertura** o mediador fará de imediato esclarecimentos sobre o procedimento. Receberá o contrato de mediação já com as modificações ou assinaturas das partes e tentará conhecer, por intermédio de sua escuta ativa e atenta, as várias formas de comunicação. Durante a **Investigação** ele formulará perguntas para conhecer toda a complexidade da relação entre os mediados. Nessa etapa, o mediador aporta técnicas com o objetivo de trazer a reflexão e definir a controvérsia, as posições e, sobretudo, as motivações dos mediados. Em seguida inicia-se a elaboração da **Agenda**, em que é indicado cada um dos que receberão tratamento específico e serão objeto de decisões futuras de maneira parcial ou total. Logo em seguida se inicia a **Criação de opções**, que requer a criatividade de todos. Nela se buscam eventuais opções de resolução. Quanto maior o número de opções, maiores serão as chances de resolução. Neste momento é firmado um compromisso entre todos, no qual as ideias apresentadas não serão objeto de avaliação, nem de tomada de decisão. Passa-se, então, para a etapa **Avaliação das opções**, em que se faz uma projeção no futuro das opções apontadas, com análise de cada uma das possibilidades aventadas. Já na **Escolha das opções**, com o auxílio do mediador as partes deverão escolher as que melhor se adaptam às suas motivações entre as diversas opções e ideias apresentadas, não se esquecendo de sua viabilidade prática e jurídica. Em seguida, inicia-se a elaboração da **Solução ou das Soluções** mediante a elaboração conjunta do termo final de tudo o que os mediados escolheram e identificaram como resolução ou transformação.

5.6 Conciliação

Seguindo a classificação exposta no item 5.4, a conciliação, assim como a mediação, são mecanismos de gestão de conflitos via autocomposição indireta ou triangular, ou seja, caracterizadas pela presença de um terceiro interventor. A forma e limites dessa intervenção é correntemente destacada pela doutrina especializada como um dos elementos diferenciadores

das figuras, o que se refletiu na opção normativa brasileira.

Enquanto na conciliação, “esses terceiros conduzem o processo na direção de um acordo opinando e propondo soluções”, na mediação o terceiro “não opina, não sugere, nem decide pelas partes. Diga-se de passagem, que a mediação, além do acordo, visa também à melhoria da relação entre as pessoas envolvidas” (SOUZA, 2004, p.58).

Essa maior vinculação ao acordo como objetivo específico do método, nítida inspiração da Escola de mediação linear de Harvard (que a aproxima de uma negociação assistida) é outro aspecto suscitado para o contraponto entre um e outro meio. Nesta linha, Fernanda Tartuce (2008, p.66) frisa:

Por tal técnica de autocomposição, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto. O objetivo de sua atuação é alcançar um acordo que, ainda que não plenamente satisfatório, evite complicações futuras com dispêndio de tempo e dinheiro.

O foco da conciliação, portanto, seria mais delimitado, concentrado na solução da disputa, ainda que o conflito não seja inteiramente investigado e considerado. Essa maior superficialidade do método é também indicada na literatura específica como característica da conciliação. Célia Regina Zapparolli (2012, p.38) pondera:

A conciliação trabalha sobre uma determinada porção do conflito, no âmbito da lide ou da disputa (mesmo que a transação não tenha efeitos jurídicos ou os tendo vá além do objeto do processo). A conciliação não objetiva uma melhora na qualidade da relação entre as partes. É geralmente, breve e tem suas próprias formalidades quando na esfera judicial.

No mesmo sentido, Demarchi (2007, 133), registra:

Como técnica de resolução de conflitos, pode-se dizer que a conciliação também se resume, grosso modo, à figura da negociação assistida. Contudo, diferencia-se da mediação por apresentar procedimento mais simplificado, na medida em que perquirições acerca das motivações subjacentes ao conflito não despontam como objetivo trabalhados pelo conciliador.

Assim, costuma-se afirmar que a conciliação “não trabalha o conflito de forma a possibilitar a sua transformação, como faz a mediação” (WARAT, 2001, p.79). Esta característica fundamenta a indicação da conciliação quando o único vínculo que liga as partes

é o interesse na solução do conflito; e da mediação nos conflitos entre pessoas com vínculo preexistente e, provavelmente, futuro, como vizinhos, cônjuges (no desfazimento conflituoso do casamento e havendo filhos comuns), ou no campo trabalhista, especialmente em contratos entre parentes ou marcados por proximidade entre empregador e empregado, ou que indicie m caráter metajurídico acentuado.

Vianna e Moraes (2016, p.17), destacam que a mediação atua no campo do diálogo e da dialética, com utilização de inúmeras técnicas para auxiliar o entendimento entre os conflitantes, e sobre o contraponto com a conciliação, observam que:

Por meio de uma comunicação positiva, o mediador auxilia na identificação de necessidades e interesses que originaram os conflitos e as partes, como protagonistas, constroem o acordo. A conciliação permite posturas mais ativas, com a formulação de propostas para as partes, modelo este com o qual estamos mais familiarizados na dinâmica das nossas audiências.

Encontramos em Gabbay (2011, p.49) uma boa síntese desses elementos nucleares distintivos da mediação e da conciliação. A autora condensa:

Quanto à atuação do terceiro, ela pode ser mais ou menos ativa, facilitadora ou avaliativa das possibilidades de acordo, situando-se os conciliadores entre aquele mais ativos e diretivos da sessão, e que podem inclusive propor ideias de acordo às partes. O tipo de conflito e a relação continuada entre as partes também são elementos importantes na definição da técnica compositiva, pois a mediação tende a trabalhar mais profundamente as facetas do conflito e os interesses das partes que estão por trás das disputas, inclusive no âmbito emocional, para manter a relação entre elas, enquanto a conciliação tende a se dar no âmbito da disputa, muitas vezes limitada ao objeto do processo, quando na esfera judicial. Na conciliação, o procedimento é mais simples e a sessão mais rápida, pois normalmente não se entra no mérito do caso, que é direcionado ao acordo, enquanto na mediação o acordo não é a meta, mas apenas um dos resultados possíveis.

A legislação brasileira seguiu esta trilha distintiva, tanto quanto ao grau de direção e intervenção do terceiro, como da indicação preferencial de uma outra figura conforme o tipo de relação entre as partes. É o que se extrai do artigo 165, § 2 e §3, do CPC, segundo os quais:

§ 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 (grifado).

§ 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 (grifado).

A Resolução nº 174/2016 do CSJT também seguiu a mesma linha de distinção, consignando que na conciliação (ao contrário da mediação) o conciliador orientará as partes “na construção de um acordo quando a *lide* já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio” (art. 1º, inc. I).

A distinção esboçada na realidade brasileira não se destina à formatação de uma taxonomia vazia, sem propósitos úteis. Gera benefícios para a estruturação científica da teoria autocompositiva, relevante para a capacitação profissional necessária, e sobretudo para a operacionalidade dos métodos. Retomaremos esta reflexão após a apresentação da avaliação neutra de terceiros, última figura autocompositiva selecionada para os fins deste estudo.

5.7 Avaliação neutra de terceiro

Recordamos que os estudos sobre o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios na construção do Estado Social e Democrático de Direito são o marco teórico desta pesquisa, e que identificamos na realização prática dos direitos laborais uma ferramenta dessa construção.

Assim, apesar de não contemplada na legislação brasileira e políticas públicas de tratamento de conflitos atuais, justificamos a inserção da avaliação neutra de terceiros (ou avaliação preliminar imparcial, avaliação antecipada, ou ainda, avaliação técnica independente) às nossas reflexões. Isso porque, sua marca diferenciada é exatamente a análise qualificada da matéria sob uma perspectiva técnico jurídica, ainda que mantenha nas mãos dos conflitantes a ampla autonomia de decisão.

Almeida Guilherme (2016, p.15-16) esclarece que a avaliação neutra é um processo no qual um terceiro imparcial, escolhido pelas partes de comum acordo, emite um laudo ao final de sua apreciação, para orientar as partes quanto às decisões que devem tomar. Sua utilização teria um sentido mais protetivo e geralmente tem lugar quando, ao final das negociações entre as partes, ainda se visualiza um cenário de impasse.

O método teria a aptidão de gerar mais segurança para as partes, as quais percebem as soluções propostas como mais razoáveis (ou não), e o eventual acordo “costuma alcançar muito mais respaldo, porque o avaliador, que é um ente neutro, configura-se em um especialista na matéria objeto da discussão”. Ademais, o terceiro, naturalmente, deve ser uma pessoa em que

ambas as partes confiem. Isso é relevante porque a avaliação neutra não tem poder vinculativo para as partes, de tal sorte que a eficácia depende da autoridade do avaliador e do quanto importante entendem a qualidade técnica ou a justiça de sua opinião (ALMEIDA GUILHERME, 2016, p.16).

Keppen e Martins (2009, p. 86) informam que seu objetivo é uma decisão independente e imparcial sobre os fatos e questões em conflito, obtida de um perito nomeado pelas partes, o que, no Brasil, seria praticado sob a forma de encomenda de pareceres, e “a figura do *expert* presume esta qualidade até onde os fatos permitem tal precisão. No Direito Anglo-saxônico as partes decidem se desejam que a decisão seja final e vinculante, caso contrário pode ser usada como base para negociações”.

Petrônio Calmon (2015, p.94) apresenta-nos o seguinte conceito do *early neutral evaluation*:

Consulta formulada por ambas as partes, que contratam um profissional de sua confiança para avaliar o pedido e a resposta do réu, fornecendo uma previsão do deslinde da causa pelo sistema judiciário. A avaliação neutra de terceiro visa a incentivar as partes à realização da autocomposição, uma vez que passam a ter uma noção prévia do conteúdo da eventual decisão.

Informa, ainda, que o mecanismo é utilizado como um sistema anexo à justiça, sendo requisito que a lide já esteja iniciada. O avaliador é um especialista designado pelo Tribunal e as partes devem comparecer à reunião acompanhadas de seus advogados. Na abertura, o sistema é explicado pelo avaliador e segue-se a exposição sumária da argumentação jurídica pelas partes e provas pretendidas. É facultado ao avaliador solicitar informações sobre aspectos específicos e, “ao fim passa a identificar os temas sobre os quais não exista uma real controvérsia, para estimular a obtenção de um acordo entre as partes” (CALMON, 2015, p.95).

A figura, segundo Calmon (2015, p.95), parte da ideia de que a assistência de um terceiro imparcial, “especializado e respeitado pelas partes, em uma fase inicial do processo, possa promover a troca de informações, ideia clara sobre o mérito dos respectivos argumentos, com vistas a favorecer a autocomposição”.

Lorencini (2012, p.65) esclarece que o terceiro neutro pode ter acesso a documentos, entrevistar as partes e seus procuradores, colher elementos para sua convicção e emissão do parecer fundamentado, o qual, no entanto, não é vinculante das partes, em regra, mas pode ser o “ponto de partida para que as partes se componham”. Assim, é comum que a técnica não seja isolada, mas acoplada a uma mediação ou conciliação nas quais auxilia. Destaca, ainda, a indicação do método em casos de prova controvertida ou quando observa-se uma expectativa

irreal de uma das partes na disputa.

Igualmente, Demarchi (2007, p.136) destaca a potencialidade do método como referência concreta e melhor mensuração das chances de êxito e custos do processo pelas partes, o que cria condições favoráveis à negociação. A autora registra que:

Tendo em vista a atividade prognóstica do avaliador, recomenda-se que ele seja advogado com experiência na matéria controvertida entre as partes, afim de que sua avaliação seja recebida pelas partes como elemento a ser seriamente tomado em consideração. O fato de o avaliador ser terceiro desprovido de qualquer poder decisório ou vinculante para as partes e de ostentar dever de sigilo em relação a tudo que for tratado no âmbito da avaliação neutra, preserva a imparcialidade do juiz da causa e assegura a liberdade das partes para exporem seus argumentos num ambiente de confiança que não prejudicará futuro prosseguimento da demanda judicial, se for o caso.

A importância dessa mensuração, análise imparcial das nuances, riscos e probabilidades envolvidos na disputa é também destacada Luciane Moessa de Souza (2012, p.71), com destaque para as hipóteses que envolvam direitos indisponíveis e a necessária compreensão dos limites jurídicos de um possível acordo, sem embargo dos demais elementos significativos para as partes. Argumenta:

Os critérios jurídicos podem ou não ser tomados em consideração na construção do acordo, total ou parcialmente, isoladamente ou em conjunto com outros critérios que as partes reputem relevantes. É bom lembrar que, normalmente, as partes querem (e é inteligente que assim o façam) comparar o teor de um possível acordo que elas estão construindo com o provável teor de uma eventual decisão judicial a respeito do mesmo conflito (a qual levaria em conta unicamente os critérios legais), assim como ponderar os custos e a duração da alternativa representada pelo processo judicial. Dentro desse quadro é que elas buscarão construir uma solução que lhes pareça mais adequada que aquela que decorreria de um julgamento. (SOUZA, 2012, p.71)

Escolhido pelas partes, ou designado pelo Tribunal, quando já instaurado o processo judicial ou antecedente (a ele ou a outro método de composição), a essência da figura está no municiamento das partes para a tomada de decisão informada, análise consciente das eventuais propostas, com consideração dos diversos aspectos relevantes, inclusive alcance dos direitos discutidos e prováveis repercussões. Ainda que mero “juízo” de probabilidades, sua finalidade é de orientação dos contentores, ressaltando-se, ademais, seu caráter sigiloso, inclusive em relação ao juiz.

Em nossa percepção, tal instrumento é de especial valia no campo da promoção de mecanismos não adversariais por permitir uma maior segurança na deliberação das partes sobre

o eventual acordo. De fato, por ser um especialista no tema em discussão, este terceiro tem melhores condições de contemplar o efetivo direito incidente. Em que pese sua análise não ser propriamente uma proposta para a composição, fornece informações relevantes para que a criação dessa proposta não seja aleatória e sim fundamentada, justificada.

Ao equalizar o grau de informações entre as partes, reduz o risco de negociações desleais ou meramente persuasivas, marcadas pela maior força argumentativa de uma parte sobre outra.

Sem embargo do universo aberto pela negociação baseada nos interesses (e não nas posições assumidas processualmente pelas partes) e da relevância do tratamento dos possíveis conflitos psicossociais, aspectos fertilmente explorados na mediação; e sem desconsiderar também as vantagens das técnicas de direcionamento das partes a um acordo (traço da conciliação); o estabelecimento de tratativas respaldadas na provável aplicação do direito material ao caso concreto (objetivo da avaliação neutra de terceiro) revela-se particularmente atrativo para a problemática enfocada neste estudo.

Ainda que os princípios da decisão informada e do empoderamento sejam previstos como diretrizes comuns à mediação e à conciliação (art. 1º do anexo III da Resolução n. 125/2010 do CNJ), outros aspectos concomitantes (procedimentais, estruturais e o próprio dever de imparcialidade do mediador e conciliador), podem dificultar a incidência real daqueles. Essa discussão será desenvolvida no tópico 7.2.

5.8 Taxinomia: relevância teórica e prática

A familiaridade com os conceitos, institutos, procedimentos e princípios envolvidos na temática dos meios não adversariais de gestão de conflitos é ainda bastante precária no Brasil, mesmo entre os profissionais ligados ao sistema de justiça. Afinal, ainda são raras as iniciativas voltadas à essa formação particular (e em todo diferenciada da lógica jurisdicional adversarial), sobretudo pela integração de matérias específicas nas grades dos Cursos de Direito⁴⁸.

Além deste fator, temos observado que o processo de “publicização” da mediação e da conciliação conduzida por terceiro, especialmente a partir da política dos “tribunais

⁴⁸ Merece destaque, como iniciativa apta à modificação deste quadro, a inclusão, em 2008, de duas disciplinas sobre mediação e conciliação no curso de graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP), por intermédio do professor de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos Antônio Rodrigues de Freitas Júnior, vencedor, por esta razão, do prêmio “Conciliar é legal” de 2017, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme notícia disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84434-direito-da-usp-e-premiado-por-incluir-disciplinas-sobre-ediacao-de-conflitos-2>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

multiportas” instituída pelo CNJ com a Resolução nº 125/2010, também têm concorrido para a confusão conceitual e, não raro, desconsideração dos aspectos distintivos dos métodos.

Sob o argumento perigoso de que o relevante é o resultado, e tomando-se como resultado, predominantemente, a ótica quantitativa da produção de acordos, não têm sido poucas as apropriações dos meios consensuais de gestão de conflitos pelo Judiciário em condições questionáveis do ponto de vista da atenção aos objetivos primeiros desses meios, e do necessário respeito à identidade deles. A impressão, por vezes, é a da importância do “surfear a onda, acompanhar a moda”, não necessariamente para o seu fim original: adequado tratamento (qualitativo) do conflito⁴⁹.

A estruturação científica consistente também pressupõe a coerência dos programas de execução desses mecanismos, sobretudo quando a legislação brasileira optou por uma tipologia que demarca as características de cada método, fixando-a como guia para a triagem e direcionamento preliminar das diversas espécies de conflitos a cada possibilidade de gestão.

Não se trata de mero preciosismo teórico, mas de atenção aos benefícios operacionais da fidelidade conceitual e procedimental no campo dos meios não adversariais. Há nesta postura um compromisso de utilidade prática. São as premissas teóricas que, por exemplo, subsidiam a identificação das circunstâncias que justificam uma abordagem mais ampla, transformativa e pedagógica, com maior “desapego” ao critério jurídico (traços da mediação), ainda que isso flexibilize a eficácia normativa, ou seja, represente um impacto no escopo jurídico do processo.

A sistematização é relevante para o estabelecimento *a priori* dessa relação de adequação entre tipo de conflito e método, ainda que esta análise seja meramente hipotética e a aplicação concreta venha a revelar outras necessidades. Isso, segundo alguns autores, permitiria e incentivaria oscilações de conduta por parte do facilitador. Souza (2012, p. 73), comentando dados de pesquisa avaliativa de programas de mediação e conciliação no Brasil e EUA, observa que, na prática, nota-se a comum interpenetração entre os dois métodos. Pondera:

Como se pôde apurar na pesquisa empírica constante dos capítulos 6 e 7, realizada tanto no Brasil como nos EUA, muitos programas que se intitulam de mediação praticam algo que se assemelha muito mais à conciliação, sendo também possível encontrar programas de conciliação em que, eventualmente, alguns conciliadores buscam trabalhar questões subjacentes ao conflito para chegar a um acordo, como se dá na mediação (SOUZA, 2012, p. 73).

Todavia, insistimos que, também sob a ótica do usuário do serviço, é relevante a

⁴⁹

Essa questão será retomada com maior vigor no item 7.3.

correspondência entre “o rótulo anunciado e o conteúdo ofertado” a fim de que exercite, sem vícios, o seu direito de opção de aderir ou permanecer em um ou outro método de gestão conflitual. Cuida-se, ademais, da disseminação clara e pedagógica dessa nova realidade de gestão “plural” de conflitos e da construção da credibilidade social deste modelo.

Sobre essa necessária atenção à pureza dos métodos, Érica Barbosa e Silva, refletindo sobre a orientação avaliativa na conciliação, pondera que:

Isso não significa que os meios de resolução de conflito com orientação avaliativa não tenham valor, contudo, devem ser introduzidos no ordenamento pátrio de forma acertada, isto é, como um meio próprio, com características e regras de utilização que atendam à expectativa das partes. É imprescindível que o terceiro neutro tenha formação jurídica específica e que sua função seja exercida mediante voluntária adesão das partes a esse meio. É preciso elucidar ainda que o conciliador, no exercício de sua função, pode apresentar sugestões apenas na exata medida da objetividade do conflito que está tratando, mas cumpre-lhe estimular as partes a elaborar soluções próprias integrativas, bem como a valer-se de toda a cautela possível para evitar que a iniciativa seja confundida com imposição ou algo parecido (SILVA, 2013, p.329-330).

De fato, consideramos relevante para a construção sólida de um sistema híbrido de gestão de conflitos, em qualquer área de sua aplicação, o empenho pela fidelidade das instituições aos institutos e dos operadores do sistema a epistemologia que o orienta e elucida.

6 SISTEMA DE GESTÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS. O MODELO ATUAL

6.1 Conciliação judicial trabalhista: jurisdição *sui generis*

A conciliação judicial é definida como instituto de direito processual que visa a autocomposição das partes e que tem por traço distintivo a presença do Estado.

Seu histórico no Brasil⁵⁰ remete ao período imperial, tendo a Constituição Imperial de 1824 previsto a sua tentativa como pressuposto para o processo, o que, naquela ocasião, foi atribuído ao juiz de paz. Eis o teor do art. 161 daquele documento: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.”⁵¹

Orsini (2015, p.19) aponta três aspectos que diferenciam a conciliação da transação e da mediação:

No plano subjetivo, a diferenciação se apresenta na interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, que é a autoridade judicial. Sob a ótica formal, a conciliação judicial se realiza no *iter* de um processo, podendo extingui-lo parcial ou integralmente. E, quanto ao seu conteúdo, a conciliação judicial pode abarcar parcelas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

No domínio trabalhista a tentativa conciliatória é prevista como parte do procedimento e obrigatória em duas ocasiões: na abertura da audiência e antes de apresentada a defesa (art. 846 da CLT), e após as razões finais das partes (art. 850 da CLT). A ausência dessas tentativas pode gerar a nulidade do processo, se demonstrado o prejuízo pelo interessado (art. 795 da CLT) e arguida na primeira oportunidade.

Evidenciando ainda mais a importância atribuída ao consenso na esfera trabalhista (desde a sua instituição e muito antes do movimento atualmente observado), vale lembrar que suas unidades foram denominadas inicialmente “Juntas de Conciliação e Julgamento” e que o art. 764 celetista estabelece que:

Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”. E o parágrafo terceiro do mesmo artigo acrescenta que “é lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

⁵⁰ Para aprofundamento sobre a evolução histórica da conciliação no Brasil, remetemos ao trabalho de Érica Barbosa e Silva: Conciliação Judicial, Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

⁵¹ Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. Acesso em: 27 jun. 2017.

Conforme mencionado na apresentação do tema, na atividade conciliatória, o juiz trabalhista adota uma postura proativa, atenta à natural desigualdade dos interessados, à tutela de direitos indisponíveis, à razoabilidade da composição, ao resguardo de interesses de terceiros (incidências fiscais) entre outros aspectos. Ademais, a convicção do magistrado, fundada na persuasão racional, integra a manifestação de vontade das partes como requisito de validade da solução negociada.

Nesse sentido, podemos dizer que ele realiza uma espécie de jurisdição *sui generes*, nem voluntária estrito senso (pois há efetiva presença de *lide*), nem propriamente contenciosa. Tanto é assim que pacificado na jurisprudência o entendimento de que não existe direito e líquido e certo das partes à homologação de composição, sendo incabível para tanto o manejo de mandado de segurança (súmula n. 418 do TST). Essa proatividade do juiz trabalhista, entendemos, se justificaria tanto pela assimetria de poder presente na relação laboral quanto na realidade das relações de trabalho no Brasil, ainda muito distante do projeto social albergado pela Constituição Federal de 1988.

Sobre a homologação judicial, CALMON (2015, p.69) esclarece:

A atividade do juiz é jurisdicional e não meramente cartorária, competindo-lhe analisar profundamente todos os requisitos do ato jurídico (...) e observar se a vontade manifestada estava livre de qualquer vício, como erro, dolo, fraude, coação e simulação. (...) A manifestação judicial inclui, ainda, como pressuposto, a análise sumária do conteúdo do acordo. O juiz exerce seu mister tendo em vista os escopos do processo, que muito ultrapassam a mera aplicação da lei ao caso concreto, ampliam-se em uma ótica social e política. Assim como ao julgar deve atender aos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, ao homologar o acordo, deles não se deve afastar.

Essa ponderação chama a atenção para a necessidade de se considerar os múltiplos fins do processo também na conciliação conduzida pelo magistrado, ainda que para ele o “peso” do escopo jurídico, o seu apego ao critério normativo positivo seja naturalmente bastante acentuado.

Como temos insistido, há conflitos e conflitos, partes e partes, relações e relações, e no âmbito trabalhista não é diferente. Todos esses fatores, assim como a dinâmica do processo, suas diferentes fases e condições de efetividade, podem e devem ser considerados na atividade jurisdicional, sobretudo na sua face autocompositiva.

Enfim, as disputas são permeadas por distintas cores, nem sempre identificáveis pelo falho prisma humano. Porém, essa consciência é o primeiro pressuposto para o sucesso na atividade conciliatória, o que não significa alto número de acordos (ainda que desejável), mas

adequada incidência deles, tanto sob a ótica dos envolvidos quanto da efetividade do sistema de justiça, um dos responsáveis pela tutela da lei substantiva.

É nesta perspectiva que apoiamos e propagamos a conciliação institucional, a qual, no entanto, impõe a migração do formato protocolar ou intuitivo de conciliação para um formato verdadeiramente engajado e capacitado.

Não temos dúvidas sobre a efetiva vocação de algumas pessoas para o exercício desta atividade. Porém, todo dom ou saber natural pode ser maximizado pelo domínio de técnicas. Lado outro, para quem não conta sequer com esta vocação, uma adequada capacitação se revela ainda mais recomendável. Para o juiz, particularmente, é indispensável, vez que a atividade integra suas funções institucionais.

Nessa trilha, andou bem o CNJ quando inseriu a formação humanística nos programas de concurso para ingresso na carreira (Resolução nº 75/2009), a qual abrange, entre outros temas, os seguintes: a) conflitos sociais e mecanismos de resolução, sistemas não-judiciais de composição de litígios; b) teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos, técnicas de negociação e mediação; procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos (anexo VI da referida Resolução).

Sabemos, porém que, apesar de relevante, isso não chega a ser suficiente ao ideal da atividade “conciliatória qualificada”, na feliz expressão de Regina Maria Vasconcelos Dubugras (2014, p.117). Muitos outros fatores concorrem para a prática insatisfatória da conciliação no dia a dia forense, que vão desde a extrema restrição de tempo à rejeição ideológica (de juízes e outros operadores do direito), por considerarem a atividade subalterna ou uma forma de “meia -justiça”; logicamente a partir da leitura atrelada unicamente ao escopo jurídico do processo e, portanto, limitada.

Nesse cenário, não são raras as tentativas meramente protocolares de conciliação (reduzidas à simples pergunta: “tem acordo?”), ou mesmo constrangedoras, geralmente por inabilidade e pouca familiaridade com as técnicas apropriadas a esta abordagem.

Sobre a questão, Targa (2004, p. 21-22) pondera que a conciliação realizada no curso do processo, no Brasil, no geral se limita à obtenção de meros acordos, em audiências que duram poucos minutos, por via de propostas mecânicas e inadequadamente manejadas pelos juízes, o que acentuaria o descrédito no Poder Judiciário. A autora e experiente magistrada assevera:

No geral, limitam-se os magistrados a questionar a possibilidade das partes elaborarem um acordo para pôr fim ao litígio, ao ouvirem a primeira negativa, dão continuidade ao procedimento. Em outras vezes, instam os Juízes às partes a que realizem “qualquer acordo”, inclusive

utilizando o argumento do tempo que levará o processo para ser julgado, de seu custo (...). Reconhece-se, assim, que os juízes geralmente não atuam como verdadeiros mediadores; não têm tempo para isso e nem formação específica.

No mesmo caminho, DUBUGRAS (2014, p.117) tece uma dura crítica ao que chama de conciliação burocrática, voltada ao mero cumprimento formal do ato obrigatório. Sustenta que a conciliação, como instituto meramente formal, “deve dar lugar à conciliação como um instituto eficaz e pacificador que não teme os conflitos submersos na lide e que resgata os princípios processuais da oralidade, da boa-fé e da verdade real” (DUBUGRAS, 2014, p.117).

Propõe, assim, o que denomina conciliação qualificada, a qual pressupõe:

- a) Tempo adequado;
- b) Conciliador capacitado;
- c) Ambiente conciliatório;
- d) Advogados comprometidos com a conciliação;
- e) Controle de legalidade e execução dos acordos não cumpridos sob a autoridade do judiciário (DUBUGRAS, 2014, p.117).

Como face oposta à tentativa de conciliação protocolar, tem-se a insistente tentativa de solução negociada; tão insistente que se torna inoportuna. Isso, no entanto, é apenas a outra face da mesma moeda: deficiência de capacitação. Afinal, a competência não se limita ao querer fazer, mas envolve o saber fazer e a prática aperfeiçoadora. Saber, *in casu*, compreende o domínio sobre em que circunstância, como, quando começar e quando cessar a intervenção.

A perseverança atécnica ignora a autodeterminação como elemento legitimador do ato, constrange ao invés de empoderar, além de gerar a negativa impressão de que o juiz pretende resolver o seu próprio “problema” (julgamento do caso) e não o dos envolvidos. Essa conduta, muitas vezes acompanhada da intimidação das partes, extrapola os limites éticos da atuação persuasiva e prejudica a imagem do juiz e do próprio sistema de justiça.

Portanto, ainda que seja um elemento relevante neste sistema, é necessário reconhecer os limites da conciliação judicial. Diversos os obstáculos a ela impostos para o tratamento do conflito na sua integralidade, com todas as possibilidades reveladas pelo seu estudo interdisciplinar. Tanto obstáculos subjetivos (formação extremamente positivista e voltada para a litigiosidade, mentalidade burocrata de juízes e advogados) como também objetivos, dentre eles: inadequação do ambiente judicial e escassez de tempo.

As exceções, conciliações efetivamente qualificadas, não se devem ao desenho institucional, mas quase sempre ao empenho pessoal e diferenciado de alguns magistrados. Esses, no entanto, dificilmente conseguem praticar, em larga escala (como é a demanda a eles dirigida), essa forma artesanal e humanizada de conciliar. Assim, geralmente seguem

“selecionando” aqui e ali, tocados por alguma particularidade identificada, um ou outro caso de conflito metajurídico mais incisivo. Afinal, enquanto a fila cresce, gera a impressão de que os braços se encurtam a cada dia.

6.1.1 Desdobramentos da concentração da tentativa conciliatória na figura do juiz

Acima, buscamos situar o funcionamento da conciliação judicial no sistema de justiça trabalhista e iniciamos a reflexão sobre algumas dificuldades enfrentadas pelos magistrados para a prática eficiente do método, sobretudo as restrições de tempo, a deficiência de uma formação humanística e de capacitação específica para a prática.

Para os fins deste trabalho, o qual investiga a existência de espaços e necessidade de aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista, a questão assume centralidade. Logo, cumpre aprofundá-la, desta feita buscando melhor evidenciar os desdobramentos da concentração invariável da tentativa conciliatória nas mãos do magistrado.

Não raro, entoa-se a ideia até um pouco “romântica” da suficiência da “vocação natural” dos juízes trabalhistas para a pacificação e da suficiência deste trabalho de modo intuitivo, o que, no entanto, é desmentido na prática forense, sobretudo em relação aos conflitos metajurídicos, também presentes na esfera trabalhista como exploramos nos tópicos 5.2 e 5.3.

E mesmo quando o magistrado domina as técnicas apropriadas à abordagem construtiva desses conflitos, e supostamente mais eficazes sob o aspecto qualitativo da solução (para as partes), esbarra nas restrições de tempo, estrutura, protocolos instituídos e, em certa medida, no receio de ter afetada sua imagem de órgão decisório imparcial. Isso inibe que adote atitudes simples, como, por exemplo, a de “deixar a mesa alta” e sentar-se ao lado das partes em busca do diálogo.

Longe de ser irrelevante, o contexto físico e operacional da atuação conciliatória do magistrado não favorece o estabelecimento da confiança, segurança e tranquilidade para a tomada de decisão, com efetiva autodeterminação das partes. Conforme sabiamente observa Márcio Túlio Viana (2011, p.2) em seu texto “O segundo processo”:

O modo de falar, o jeito de olhar, a forma de vestir, um pequeno silêncio, o soldado na porta, a fila do elevador, um gesto de impaciência, um lapso de memória, uma observação irônica – tudo isso e muita coisa mais podem afetar o raciocínio, o argumento, a convicção, a segurança, as simpatias e antipatias das partes, das testemunhas e do juiz.

Objetos, vestimentas, símbolos de poder, pronomes de tratamento como “Doutor e Vossa Excelência”, tudo integra uma mesma mensagem da qual, em regra, as partes não se sentem interlocutoras; sobretudo os trabalhadores, os quais, ao contrário, identificam neste cenário solene o mesmo distanciamento propiciado pela divisão de classes. Daí que “até uma simples xícara de café, na mesa do juiz, pode fazê-lo parecer mais humano e mais próximo das pessoas” (VIANA, 2011, p.2), de preferência, se pudesse compartilhá-la com todos.

O que estamos a suscitar neste tópico não é um debate novo. Porém, a recente integração da mediação e conciliação conduzidas por terceiros ao Código de Processo Civil com previsão da submissão dos conflitos aqueles métodos, exceto quando ambas as partes se manifestam em contrário, o reacendeu.

A apropriação das técnicas da mediação pelos juízes na prática conciliatória tem sido tema recorrente na doutrina assim como nos programas de capacitação dos magistrados, o que é extremamente salutar para o ideal das conciliações qualificadas acima referidas. Contudo, de se indagar sobre os evidentes limites da apropriação dessas técnicas e dificuldades práticas de operá-las.

Homero Batista Mateus da Silva (2014, p.105), juiz do trabalho e autor conceituado, destaca que técnicas de mediação vêm sendo utilizadas no processo do trabalho coletivo e individual, com resultados positivos, tanto quantitativo como qualitativos. Todavia, chama a atenção para o aparente paradoxo da atuação do juiz (responsável pela aplicação da lei no exercício da autoridade estatal), como concomitante facilitador da comunicação. Pondera:

Surgem diversas dúvidas sobre a possibilidade de o magistrado se valer de técnicas empregadas de modo sutil, por pessoas treinadas para facilitarem a comunicação e interferirem o mínimo possível na tomada de decisão, autônoma, entre as partes envolvidas no conflito (SILVA, 2014, p.105).

De fato, é no mínimo curiosa essa possibilidade, pois consoante anota o magistrado “queira ele ou não, desde logo desperta sentimentos variados entre os litigantes que incluem respeito intelectual, medo de retaliação, temor reverencial e outros sentidos com maior ou menor intensidade (SILVA, 2014, p. 106).

O autor aborda também outro ponto relevante, a absorção do judiciário trabalhista por matérias/divergências que poderiam ser solucionadas em outras searas. Segundo argumenta, a Justiça do Trabalho recebe um impressionante número de casos “pré-judiciais”, como a singela baixa na carteira de trabalho, entrega de documentos e formulários para fins previdenciários ou fiscais e entrega de objetos. “Aquilo que poderia ser realizado com êxito em instâncias não

judiciais tornou-se parte do cotidiano da justiça do Trabalho brasileira, dada a escassez de outros espaços para o entendimento” (SILVA, 2014, p.106).

Assim, além de alertar para a necessidade de criação de “outros espaços de diálogo”, conclui que apesar do juiz do trabalho não ser (e que não deve mesmo ser), um autêntico mediador, “é necessário incrementar o uso das técnicas de mediação para melhorar a qualidade dos ajustes celebrados no processo do trabalho e a durabilidade da pacificação social subjacente” (SILVA, 2014, p.112).

Sustenta que se as partes não conseguem chegar a esse entendimento sozinhas nem dispõem de espaços cívicos idôneo para entabularem as conversações, é razoável que se façam acompanhar de advogados, mas que contem também com um magistrado habilitado a esta outra forma de atuação e capaz de detectar quando ela se revela salutar para as partes.

Sobre este último aspecto, pondera:

Esse estímulo pressupõe a atuação segura do magistrado, de quem se espera a sensibilidade para distinguir a matéria de alta complexidade, aquela que exige colheita de provas e prolação de decisão heterônoma, nos moldes tradicionais, das matérias de baixa ou de média complexidade, que preferencialmente devem ser resolvidas de maneira autônoma e eficiente pelas partes (SILVA, 2014, p.12).

As reflexões de Homero Batista da Silva vão ao encontro da proposição de Regina Dubugras e de tantos outros autores, e deles não discordamos. Acrescentamos, porém, que a execução dessa proposta enfrenta ao menos seis desafios:

a) primeiro, pressupõe uma correta triagem dos casos, o que requer treinamento, atenções e sensibilidade distinta;

b) segundo, um exercício de “desapegar-se” do poder (entranhado) de decidir pelas partes, não raro posto em prática automaticamente pelo juiz, sem o sopesamento dos prós e contras na hipótese concreta;

c) terceiro, um exercício de relativização (mas não o abandono) do paradigma positivista;

d) quarto, o nivelamento da eventual assimetria de informações entre as partes (requisito de uma negociação leal), o que tem, no dever de imparcialidade um vigoroso dificultador;

e) quinto, equilibrar o incentivo à autonomia das partes e a persuasão em prol de soluções que contemplem, razoavelmente, o direito material incidente;

f) sexto, usufruir de condições de tempo e ambiente propícios.

Não se trata de algo impossível, muito menos simples. É teoricamente viável, mesmo que a implementação “a contento” requeira a revisitação de alguns dogmas do ambiente judicial. Nesse sentido, sobre os itens “d” e “e”, por exemplo, interessante refletir sobre a polêmica questão (ao menos no formato brasileiro) do pré-julgamento pelo juiz, o que por vezes motiva a inserção do tema na própria conceituação de conciliação judicial. Nesse sentido, Vólia Bonfim Cassar pondera que na atividade conciliatória:

O juiz deixa de ser um agente passivo, que se limita à aplicação do direito ao caso concreto, para tentar aproximar os entendimentos, **sem antecipar sua decisão**, para um fim amigável, devendo usar de meios adequados de persuasão para solução conciliatória do litígio” (CASSAR, 2013, p.214) (grifo nosso).

Ainda que o juiz não deva de fato antecipar sua eventual decisão (ao menos não antes do conhecimento aprofundado dos fatos e provas), o nivelamento de informações entre as partes ou a intervenção que busque “trazê-las para uma realidade mais concreta”, mais próxima das efetivas possibilidades envolvidas no caso, é indubitavelmente de grande eficácia nesse processo de condução ao acordo, objetivo principal da conciliação.

Aliás, é bastante comum a expectativa das partes, e por vezes de seus procuradores, em conhecer a avaliação do juízo. Tanto que chegam a questionar sobre a sua “proposta” para a composição. Todavia, a manifestação de sugestões, a nosso sentir, deve ser pautada em elementos objetivos, análise das probabilidades e riscos à luz das provas produzidas e por produzir (ônus/dificuldade de prova), das normas incidentes, jurisprudência eventualmente firmada, e até mesmo cálculos aproximados, quando possível. Não somos adeptos de sugestões aleatórias ou “salomônicas”, as quais, a nosso sentir, podem tanto prejudicar algumas das partes quanto a própria credibilidade do seu proponente.

Todavia, paradoxalmente, essas sugestões referenciadas, ou mesmo as simples ponderações sobre um ou outro aspecto, podem ser recebidas com desconforto pela parte que se sente “prejudicada”, e a análise ser classificada pejorativamente como um pré-julgamento, uma “irregularidade reprovável” no sistema pátrio. Honestamente, não coadunamos com essa tradicional objeção, sobretudo quando já encerrada a instrução processual, onde em verdade

não haveria efetivamente um pré-julgamento, mas o efetivo compartilhamento antecipado de alguns aspectos julgamento que se formalizará.

Interessante notar que essa iniciativa é parte do procedimento ordinário em outras realidades, por exemplo na Alemanha. Nesse país, após o encerramento da produção de provas, os juízes se retiram para deliberar e retornam com um projeto de sentença que é discutido com as partes, possibilitando a estas que deliberem pela autocomposição. Este formato, chamado “Modelo de Stuttgart”, é comentado por Pimenta (2014, p.41) da seguinte forma:

Este anúncio antecipado da sentença que será proferida logo em seguida, caso as partes não se conciliem, é muito interessante: o que em nosso sistema processual em vigor sem dúvida seria inaceitável, por configurar claro prejulgamento da causa pelo órgão jurisdicional, é na Alemanha, ao contrário, o modelo procedimental expressamente previsto na lei processual, com evidentes vantagens. Afinal, o “projeto de sentença” só é apresentado às partes após o encerramento da instrução processual realizada em pleno contraditório e da deliberação do órgão julgador (que, naquele país, também é colegiado no primeiro grau de jurisdição, como regra geral) – afinal de contas, não se vê qual seria o direito processual das partes lesado por tal prática. Em contrapartida, aos litigantes ainda será oferecida uma última oportunidade de optarem pelo caminho da conciliação, antes que seja proferida a decisão final daquele processo, pelo julgador. De *lege ferenda*, talvez uma solução semelhante pudesse ser adotada em nosso país, ao menos para os dissídios trabalhistas.

De fato, parece-nos uma alternativa a cogitar. Enquanto não adotada, pode auxiliar na construção de uma nova mentalidade acerca dessa face da proatividade do magistrado na função conciliativa que lhe é atribuída. Dizer apenas que sugere o montante x é muito mais cômodo que dizer o porquê deste montante, mas apenas assim se estabelece um procedimento verdadeiramente democrático. A garantia de participação das partes se efetiva quando se compartilha o caminho percorrido e não o local de chegada.

Cabe observar que exatamente pela maior possibilidade de deliberação em bases concretas após a instrução, a CLT prevê uma segunda tentativa obrigatória de conciliação entre o encerramento daquela e antes das razões finais.

Essa questão, todavia, é um dos desdobramentos delicados da concentração da atividade conciliatória e de julgamento na figura do magistrado, mas não a única. Outro aspecto relevante diz respeito ao dilema ético instaurado pelo contato com confissões sobre os fatos controvertidos durante as tratativas conciliatórias.

Conforme abordamos, a tentativa de tratamento mais aprofundado do conflito, com perquirição dos interesses além das posições e de eventuais elementos psíquicos, além dos

jurídico-econômicos traduzidos formalmente no processo, pressupõe o uso de técnicas apoiadas na participação direta das partes e maior informalidade do ato. Todavia, quanto mais informal e viabilizada essa participação direta e autêntica dos envolvidos, maior a probabilidade de virem à tona confirmações de fatos relevantes para o julgamento.

No entanto, é imprescindível que o magistrado diferencie as fases processuais, sendo absolutamente impróprio que se valha desse momento conciliativo para concomitantemente colher provas, “registrar declarações em ata” para utilização em caso de frustração da autocomposição. Essa postura, a nosso sentir, padece de vício técnico e ético. Técnico em razão da existência de ato judicial próprio para a obtenção de confissões, qual seja a tomada de depoimento da parte de ofício ou a requerimento do adverso; e ético porque abala a confiança estimulada na parte e o espírito de lealdade que deve cercar a tratativa conciliatória.

Como se observa, a concentração da atividade conciliatória nas mãos da mesma pessoa incumbida de colher provas e julgar os fatos à luz do paradigma positivo, não é algo tão simples como pode parecer. Do contrário, envolve nuances complexas para as partes, advogados e, sobretudo, para o próprio juiz/conciliador, de quem se requer o exercício alternado de atividades essencialmente díspares, um “tirar e vestir a toga” nem sempre confortável e habilmente executado.

6.2 Câmaras de Conciliação Prévia

A partir da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000 o sistema de justiça trabalhista passou a conviver com mais um órgão incumbido da composição extrajudicial conduzida por terceiro, as Comissões de Conciliação Prévia. O art. 625-A introduzido na CLT por aquela lei previu que:

As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho.

Quanto à eventual composição, o art. 625-E, *caput* e parágrafo, previram que, caso aceita a conciliação (melhor seria falar em obtenção de acordo/composição), o respectivo termo constituirá “título executivo extrajudicial e tem eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas”.

Grandes as polêmicas nas quais envolvidos esses órgãos desde então. Apesar da estrutura mista (representantes de empregadores e empregados), e da perspectiva de uma maior democratização dos mecanismos de solução de conflitos, a experiência acabou se revelando uma perigosa porta para fraudes aos direitos dos trabalhadores.

Em evidente deturpação das finalidades (infelizmente corrente na cultura nacional), muitas denúncias começaram a ser observadas e investigadas, constatando-se a prática institucionalizada de algumas empresas de utilização das CCPs para simples acerto de verbas rescisórias e obtenção da quitação com eficácia liberatória geral (art. 625-F, parágrafo único, da CLT), em atos de conluio entre aqueles “representantes” e o empregador.

Essa circunstância acabou ratificando a preocupação de parcela do Judiciário trabalhista quanto aos meios de conciliação extrajudicial e seus riscos, questão que se projeta na discussão atual, objeto desta pesquisa.

No que toca à eficácia liberatória da quitação, exatamente em razão dos riscos mencionados, parcela da doutrina e jurisprudência passou a adotar entendimento que limitava o alcance do texto legal, restringindo a quitação tão somente às parcelas e valores estampados no termo, a teor dos artigos 320 do Código Civil, 477, §2º da CLT e entendimento consignado na súmula 330 do TST.

No entanto, acabou prevalecendo no TST uma interpretação menos protetiva, segundo o qual: o termo de quitação firmado na CCP regularmente constituída, tem eficácia liberatória geral, excetuando-se apenas as parcelas ressalvadas expressamente, desde que não seja objeto de vício ou fraude. Nesse sentido, a seguinte ementa:

ACORDO CELEBRADO PERANTE COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL. PROVIMENTO. Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, o termo de quitação firmado perante a comissão de conciliação prévia, regularmente constituída e sem evidência de vícios ou fraude, tem eficácia liberatória geral, excetuando-se apenas as parcelas ressalvadas expressamente (Precedente da SBDI-1 do TST em composição plena). Na espécie, não houve qualquer reconhecimento de fraude no acordo celebrado perante a comissão de conciliação prévia pelas instâncias ordinárias, tampouco notícia de qualquer vício de consentimento ou mesmo de desvirtuamento do instituto, razão pela qual o v. acórdão regional, tal como proferido, não se sustenta. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST-RR-464-60.2012.5.01.0063)⁵².

Ainda assim, a insegurança gerada pelas deturpações identificadas acabou concorrendo para um esvaziamento dessa alternativa. Porém, concordamos com Adriana Goulart de Sena Orsini quanto a não tomarmos essa experiência como razão suficiente à rejeição de todas as demais possibilidades de fortalecimento dos meios não adversariais no contexto do direito individual do trabalho, mas de absorve-la como aprendizado para o aperfeiçoamento. Afinal:

As comissões de conciliação prévia, na forma como se apresentaram, realmente ensejaram as críticas que foram a elas direcionadas, todavia, não se pode olvidar que as ideias defendidas por aqueles que apoiam a presença das referidas comissões, não sejam ideias importantes e plenamente defensáveis. Por exemplo, não há como dizer que os atores coletivos (sindicatos) não possam participar de um processo alternativo de resolução dos conflitos de forma coerente, legal, ética e responsável. [...]. Não há como não reconhecer que existe um efeito perverso da judicialização das relações sociais (ORSINI, 2015, p.22).

6.3 Mediação via Ministério do Trabalho e Emprego

A mediação levada a efeito pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) teve origem como um procedimento compulsório para as hipóteses de recusa à negociação por quaisquer das partes, conforme previsto no Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, que deu a seguinte redação ao art. 616 da CLT: “Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”.

Consoante informação site do MTE:

A partir de 1995, por meio do Decreto 1.572, de 28 de julho, superou-se a ordem interventora do estado, atribuindo-se ao MTE a infra-estrutura técnico-administrativa para o exercício da mediação. Por sua vez, as

⁵² Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=34489&anoInt=2015>. Acesso em: 28 jun. 2017.

Convenções n.º 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo governo brasileiro, recomendam a adoção de medidas apropriadas ao estímulo e à promoção do desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores.

A mediação via MTE, inicialmente, foi direcionada à composição voluntária entre entidades sindicais e entre essas e as empresas. O recurso à mediação, caso frustrada a negociação coletiva, se encontra previsto em duas normas relevantes no contexto da regulação capital/trabalho: Lei nº 10.101/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas, e a Lei nº 10.192/2001 que, entre outras disposições, trata sobre a data base anual das categorias e o direito de revisão salarial. No entanto, “pode ser perfeitamente utilizada para determinados conflitos resultantes de interpretação, falta de conhecimento ou de problemas de comunicação ou desinteligência” no âmbito individual, segundo argumenta o próprio “Manual de mediação de conflitos individuais do MTE⁵³”, lançado pelo órgão em 1997.

Consoante se extrai do referido texto, a mediação em questão é altamente avaliativa e guiada pelo paradigma positivista, de realização do direito material, como é natural no contexto da sua realização por um servidor público cuja função é exatamente esta. Há de se duvidar, inclusive, da propriedade de assim ser intitulada, considerados os traços genuínos do método, consoante discutimos no item 5.8. Subsidiando esse questionamento, compartilhamos o resumo das atividades destacadas pelo Manual de Orientação do MTE:

As reclamações individuais que se defrontam para o mediador público solucionar são normalmente complexas e requerem exame prévio do direito reclamado, dos fatos e dos documentos que indicarão ao mediador os caminhos a serem tomados:

- a) inexistindo o direito reclamado, orienta-se denunciante;
- b) existindo o direito reclamado, convida-se o empregador, por qualquer meio, para o cumprimento da obrigação trabalhista;
- c) frustrada a mediação pela falta de comparecimento do empregador, enseja-se a abertura de procedimento administrativo fiscal;
- d) frustrada a mediação pela recusa de atendimento por parte do empregador, orienta-se ao reclamante das medidas administrativas e/ou judiciais cabíveis no respectivo caso concreto.

Não obstante a investigação feita, não conseguimos obter dados sobre o desenvolvimento concreto dessa “mediação” pública e extrajudicial de conflitos individuais do

⁵³ Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/tr000007.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

trabalho. Não detectamos qualquer programa efetivo para sua execução. Enquanto para a mediação de conflitos coletivos verificamos, inclusive, a possibilidade de solicitação *on line* da intervenção do órgão, não obtivemos êxito em localizar a mesma iniciativa para os conflitos individuais, ou mesmo informação sobre ela.

6.4 Ministério Público do Trabalho e a firmação de termos de ajustamento de conduta

Outro elemento do sistema de justiça trabalhista são os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) firmados pelo Ministério Público do Trabalho, um eficiente mecanismo extrajudicial de prevenção de conflitos.

O TAC teve seu nascedouro com a Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o qual incluiu o § 6º ao artigo 5º da Lei nº 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) nos seguintes termos: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”, sendo que os referidos órgãos públicos são: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, bem como associações atendidos alguns requisitos específicos.

Consoante teor daquela lei, o TAC comporta natureza de título executivo extrajudicial, expressamente referido no art. 876 da CLT.

A firmação desses ajustes de conduta por intermédio do Ministério Público do Trabalho representa uma relevante medida de reparação de lesões aos direitos de cunho metaindividual no campo trabalhista, no entanto, em razão do interesse público a ser atendido (cumprimento da lei) são restritos os limites da negociação por via deste mecanismo.

Em razão desta característica, há inclusive discussão sobre sua natureza jurídica do ato, se espécie de transação híbrida (manifestação de vontade do particular e do órgão público nos estreitos limites das normas de direito público incidentes); ou se mera adequação de conduta à legislação.

A nosso ver, ainda que basicamente restrita à forma de cumprimento das obrigações, a transação se faz presente, e consoante pondera Melo (2014, p.140):

A autonomia negocial e a independência funcional do membro do MPT podem justificar, inclusive, o fato de que idênticas situações fáticas de violação a direito transindividual levem ao estabelecimento de

condições distintas por ocasião da celebração do TAC.

6.5 Mediação e Conciliação conforme a Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

Complementando o panorama do atual sistema de justiça trabalhista, resta enfocar as disposições trazidas pela Resolução nº 174/2016 do CSJT, as quais visaram à regulamentação da mediação e conciliação não conduzidas (diretamente) por juiz no âmbito da Justiça laboral.

Conforme já registramos, há significativa rejeição à aplicação da mediação e conciliação nos moldes originais e regulamentados no Brasil ao campo dos conflitos individuais do trabalho, tanto que excepcionados da abrangência da Lei nº 13.140/15. Quanto à regulamentação trazida pelo CPC de 2015, em documento publicado na sequência da sua entrada em vigor, qual seja a Instrução Normativa nº 39/2016, o TST expressamente consignou a não aplicação subsidiária do modelo ao processo do trabalhista, atento que consoante artigo 769 da CLT aquele diploma é tomado como fonte supletiva.

Apesar da Resolução nº 125/2010 do CNJ (ponto de partida para da política pública de tratamento adequado de conflitos no Brasil e adepta do modelo de tribunais multiportas) não ter excepcionado originalmente a Justiça do Trabalho da sua abrangência; em razão da polêmica sobre a propriedade ou não da instituição do modelo no campo laboral, firmou-se o entendimento da inaplicabilidade, questão sedimentada pela Emenda nº 02, de 08.03.2016, a qual incluiu o artigo 18-B naquele diploma, com o seguinte teor: “O CNJ editará resolução específica dispondo sobre a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses da Justiça do Trabalho”.

Neste interstício, no entanto, diversos tribunais trabalhistas criaram seus Centros Integrados de Conciliação (CICs), destacando grupo de servidores e magistrados para a supervisão das atividades voltadas à maximização da prática conciliatória. Nesta senda, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, cujo programa inovador foi instituído pela Resolução Administrativa nº 12-2014⁵⁴, a qual criou nove centros do gênero, espalhados nas circunscrições que compõe sua jurisdição, e que têm alcançado expressivos resultados. Até então, a prioridade nesses centros, porém, foram os processos em fase de execução. Neste campo, a margem de transação é geralmente mais restrita, justificando-se a adoção de uma linha bastante avaliativa de intervenção, afinada ao tipo e fase do processo e à missão de imprimir eficácia aos direitos reconhecidos. Voltaremos a este ponto mais à frente.

⁵⁴ Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/web/presidencia/resolucoes-administrativas-2014/-/asset_publisher/2zIYYIHmA53n/content/resolucao-administrativa-n-12-2014. Acesso em: 08/07/2017.

Para dar cumprimento ao artigo 18-B da Resolução nº 125/2010, após colher informações sobre os aspectos relevantes para o funcionamento desses órgãos junto aos vinte e quatro tribunais regionais do trabalho, o CNJ instituiu pela um grupo de trabalho visando à regulamentação da Política Judiciária sobre o tratamento de conflitos na Justiça do Trabalho (Portaria n. 25, de 09 de março de 2016), a qual, com louvável espírito democrático, realizou uma ampla consulta pública sobre o tema e até mesmo uma audiência pública para o debate, ocorrida em 23 de junho de 2016⁵⁵. No entanto, não foi editada pelo CNJ (até o momento de conclusão deste trabalho), a regulamentação esperada, apesar de não ter havido diluição formal do referido grupo de estudo.

Todavia, suscitando ser sua a competência para o ato o CSJT editou em 30 de setembro de 2016 a Resolução nº 174/2016 que dispõe sobre a “política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências”. Feito este breve histórico que demonstra o quanto de fato polêmico o tema nesta seara, passamos a analisar os aspectos da regulamentação vigente.

A Resolução nº 174 do CSJT, no Art. 1º, inc. I, define a conciliação como:

Meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio.

Deste dispositivo já se nota a opção restritiva feita pelo CSJT, ao qualificar como conciliador para os seus efeitos apenas o magistrado ou servidor supervisionado por ele, o que, ademais, não deveria integrar o conceito do instituto, pois método e sujeito que o maneja não se confundem. E para não deixar dúvidas, acrescenta no art. 6º, § 8º que “fica vedada a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho”.

Caminhou no mesmo sentido quanto à mediação, objeto de “definição” no inc. II, nos seguintes termos:

Art. 1º, II – “Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo

⁵⁵ Mais informações podem ser obtidas no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82516-cnj-promove-debate-sobre-tratamento-de-conflitos-na-justica-do-trabalho-2>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio.

Verifica-se que apesar de preservar alguns aspectos nucleares do método, como a restrição à criação de opções para a composição (ao contrário do que é autorizado na conciliação), incorre em algumas “deturpações” da figura. Primeiro, equivoca-se ao incorporar a realização de acordo ao conceito, como se fosse o objetivo direto do método, o qual, ademais, é repisado como meramente “alternativo”, mantendo-se como referência e “padrão” a jurisdição. Segundo, como mencionado, restringe sua prática aos magistrados e servidores públicos (por aquele e não por “este” supervisionados como constou no texto). Terceiro, atrela sua realização à existência de um processo (endoprocessual), o que subverte a natureza do método, originalmente extrajudicial e tão somente absorvido pelo Judiciário em função da atual política pública de tratamento de conflitos.

Dessarte, a utilidade conceitual do dispositivo é restrita ao âmbito da Justiça do Trabalho, como norma de orientação dos sujeitos que nela operam, sem perdermos de vista que se cuida de mecanismo muito mais amplo, e cujo desenvolvimento se deu fora do ambiente judicial, onde permanece fértil.

Essa “desconfiguração”, como se percebe, é resultado da tentativa (bem intencionada) de acomodação da mediação às particularidades e preocupações que norteiam a implementação de novos métodos consensuais no âmbito do direito do trabalho individual, mas ratifica, uma vez mais, nossas ponderações sobre a importância da distinção taxinômica, aspecto desenvolvido no item 5.8. Ou seja, à luz da opção (fundamentada) do segmento trabalhista de não aderir à conciliação e mediação privadas ou de nem mesmo publicizá-las sem desnaturação da essência, não seria preferível atuar na sistematização dos seus próprios métodos?

O artigo segundo da Resolução declara “instituída” a Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas para assegurar “o direito à solução das disputas por meios adequados à sua natureza, peculiaridade e características socioculturais de cada Região”, prevendo a criação de programas de incentivo à pacificação. Ademais, determina que para o cumprimento deste objetivo os Tribunais Regionais do Trabalho devem instituir um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC-JT), assim como instituir Centro (s) Judiciário (s) de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC-JT), os últimos vinculados ao primeiro. Nos Tribunais nos quais já funcionavam os Centros Integrados de Conciliação houve basicamente uma adequação de nomenclatura.

Aos Núcleos são atribuídas funções de direção, organização e fiscalização das iniciativas tendentes a dar vida à Política e suas metas, sendo que em relação a essas, louvável

a vedação de imposições quantitativas, estabelecimento de número de acordo por magistrado e servidor, apesar de prever acompanhamento estatístico e que os “acordos realizados no CEJUSC-JT constarão do relatório de produtividade do magistrado que os homologar e também das Turmas, se antes do julgamento do recurso” (Art. 6º, “§ 4º).

Considerando a opção pela utilização da mão de obra interna, a Resolução prevê a adequada formação e treinamento de servidores e magistrados para o exercício da conciliação e mediação, “podendo – para este fim – ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas” (art. 3º, inc. II), os quais poderão ser convocados para atuação em eventos nacionais e mutirões, a exemplo das já consagradas “Semanas de Conciliação”, e submetidos a avaliações dos usuários, aspecto que denota pertinente preocupação com a qualidade do serviço.

Oportuna, no particular, a observação feita por Maria Isabel Cueva Moraes quanto à necessária atenção a ser despendida a esta equipe, incumbida de uma atividade de estreito contato com partes em conflito, o que recomenda um “trabalho de orientação/suporte psicológico para a equipe de conciliação, com a estruturação de reuniões avaliativas e reflexivas” (2013, p.15).

A Resolução permite, ainda, a atuação de magistrados togados e servidores inativos como conciliadores e/ou mediadores, desde que declarem não militar como advogados na jurisdição abrangida pelo respectivo CEJUSC-JT.

Segundo o ato regulamentar, poderão ser direcionados à mediação ou conciliação processos em qualquer fase ou instância, inclusive pendentes de julgamento perante o Tribunal Superior do Trabalho, mas a mediação pré-processual foi restrita aos conflitos coletivos.

Sobre a operacionalização, as sessões devem ser realizadas nos CEJUSC-JT e contar com a presença física de ao menos um magistrado, o qual, além de poder atuar como conciliador e mediador, supervisionará a atividade dos demais conciliadores e mediadores (servidores), mantendo-se disponível às partes e advogados para orientações e esclarecimentos.

A Resolução prevê que todo CEJUSC-JT será coordenado por um magistrado da ativa e os magistrados supervisores (opcionais conforme a necessidade), os quais deverão “realizar as pautas iniciais das unidades jurisdicionais a estes vinculadas, inclusive precatórios e requisições de pequeno valor, podendo realizar pautas temáticas, objetivando a otimização dos trabalhos” (art. 6º, §2º), devendo o espaço físico conter mesas redondas, no máximo de seis por magistrado supervisor, assegurando-se a privacidade das partes e advogados.

Como se vê, a Resolução busca dar um novo enfoque à atuação dos CEJUSCs-JT, qual seja, a atuação nos processos de conhecimento ainda em fase embrionária. “pautas iniciais” das unidades vinculadas, o que, no entanto, demandará uma ampliação significativa da estrutura

disponível hoje, considerando que várias dessas unidades recebem mais de 2.000 (dois mil) novos processos por ano, ao menos no âmbito do TRT da 15ª Região.

Observe-se que apesar de referir-se à privacidade, a norma não garante o sigilo, princípio tradicional da mediação e conciliação genuínas.

Quanto ao coordenador do CEJUSC-JT, deverá ser nomeado pelo Tribunal entre juízes com atuação nas respectivas sedes, indicados fundamentadamente em critérios objetivos. Todavia, a Resolução não aponta, sequer enumerativamente, que requisitos seriam esses. Contudo, considerando que conforme a mesma norma, art. 7º da Resolução, caberá a este coordenador “a administração, supervisão dos serviços dos conciliadores e mediadores e a homologação dos acordos”, pressupomos que deverá, no mínimo, contar com a qualificação específica em conciliação e mediação, condição para a eficaz supervisão da atividade desenvolvida pela equipe, além da realização direta.

Ao contrário do tradicional quesito da antiguidade, suscitado para diversas decisões e desempates no âmbito da estrutura judiciária e distribuição de cargos e funções; a análise de perfil do magistrado, a partir de elementos concretos, como o histórico do pretense coordenador, parece-nos fundamental para a identidade deste líder com a iniciativa e, conseqüentemente, para a sua eficácia.

Apesar do artigo 7º referir que **caberá ao juiz coordenador e supervisores a homologação dos acordos**, e o parágrafo 6º do mesmo artigo prever que as conciliações e mediações realizadas na Justiça do Trabalho somente terão validade nas hipóteses previstas na CLT, aí incluída a **homologação pelo magistrado que supervisionou a audiência**⁵⁶, tais normas são contraditórias à previsão do art. 6º, §5º, pela qual “fica vedada à unidade jurisdicional **que se nega a homologar acordo** a remessa dos autos ao CEJUSC-JT”(negrito nosso).

Sobre a remessa de “autos” (melhor seria “processos”, considerando a realidade virtual de hoje), há previsão de uma espécie excepcional de “avocação” do CEJUSC às Varas. Apesar da finalidade altamente salutar, de gestão de pautas específicas para possível solução de processos em bloco, considerando os desdobramentos do princípio do juiz natural em nosso ordenamento, a previsão tem sido bastante questionada por parte da magistratura. Cuida-se da seguinte norma:

⁵⁶ Ainda que etimologicamente o termo “audiência” signifique ato de ouvir, considerando a maior informalidade do método e a mera supervisão do juiz, talvez o melhor seria o emprego de outro termo, como reunião ou sessão, vez que a expressão audiência no campo processual carrega o estigma do ato formal e inquisitivo de oitiva das partes, testemunhas e terceiros pelo magistrado.

Art. 6º, § 3º. O magistrado coordenador do CEJUSC-JT poderá solicitar à Corregedoria do TRT a remessa de feitos de outras unidades jurisdicionais, bem como precatórios e requisições de pequeno valor, com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, inclusive em bloco de ações com mais de um reclamante em desfavor de um mesmo empregador ou grupo de empregadores, sindicatos ou associações, cabendo ao Corregedor Regional avaliar a conveniência e oportunidade da medida.

Outra questão polêmica diz respeito ao regramento quanto à assistência obrigatória ou não de advogado, tendo a Resolução optado pela indispensabilidade apenas para o reclamante (presumidamente, o reclamante trabalhador, ainda que isso não tenha sido expresso). A intenção da opção normativa é evidente: minimizar os inconvenientes do provável desnível de poder e tutelar o interesse obreiro, questão discutida no item “7.2”. Contudo, suscita-se a contradição em face da autorização legal do *ius postulandi* nos processos trabalhistas.

Quanto aos limites da atuação do juiz coordenador e supervisores, o art. 7º, §10, prevê que:

Caso frustrado o tratamento adequado da disputa no âmbito da Justiça do Trabalho, o magistrado que supervisionar audiências de conciliação inicial poderá dar vista da (s) defesa (s) e documentos (s) à (s) parte(s) reclamante(s), consignando em ata requerimentos gerais das partes e o breve relato do conflito, mantendo-se silente quanto à questão jurídica que envolve a disputa; e remeterá os autos à unidade jurisdicional de origem.

Evidente a inadequação da redação, pois o que pode ser frustrada é a tentativa de solução consensual, por deliberada e informada decisão das partes, o que pode indiciar exatamente o contrário, ou seja: que o meio em questão, naquele caso, não se revelou o mais adequado na perspectiva das partes.

O mais relevante nesta norma, a nosso sentir, é o patente aproveitamento de experiências observadas nos percussores Centros de Conciliação (CICs), inclusive no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nos quais comum a realização de atos posteriores à tentativa conciliatória, imprimindo movimentação ao processo quando não atingida a composição das partes. Como esclarece Ana Cláudia Torres Viana, juíza coordenadora de um dos CICs/CEJUSCc do TRT 15, ao comentar a realidade dos órgãos no âmbito da 15ª Região, (bem antes da publicação da Resolução nº 174/2016), “caso a conciliação não seja alcançada, imediatamente o processo é submetido à decisão judicial para prosseguimento, com a ciência das partes” (VIANA, 2016).

Na prática, esse andamento apenas deixa de ser efetivado quando há discordância da Vara original do processo, sob o fundamento de “invasão” da competência, interpretação que, a nosso ver, vai de encontro ao dever institucional de efetividade na perspectiva coletiva. Essa

resistência, ao menos em relação ao prosseguimento meramente ordinatório do processo, carece de real sentido, valendo lembrar que o mero diálogo entre Juiz original e CEJUSC-JT para ajuste da diretriz a ser seguida pode solucionar o “impasse”.

É o que se espera predomine também na mencionada realização das pautas iniciais via CEJUSC, a fim de que a otimização do trabalho das unidades judiciárias, via articulação com aquele órgão, seja impulsionada em nível máximo.

Portanto, resta evidente a opção da Resolução n. 174/206 do CSJT por uma política de tratamento dos conflitos realmente diferenciada em comparação com a esfera cível, o qual não só reiterou a obstacularização da mediação e conciliação privadas, como instituiu-se um modelo bastante avaliativo dos processos, pelo paradigma jurídico.

Ademais, na prática, observamos que o modelo em funcionamento é altamente pragmático, ao incluir atividades secundárias de impulso processual nas hipóteses de negociação frustrada. Há, em verdade, a maximização da conciliação tradicionalmente realizada pelo juiz, o qual passa a contar com toda uma estrutura e equipe especialmente capacitada para a função e para ela motivada. Conforme observou Viana:

Existe diferença entre a mediação nas outra Justiças e a que está sendo praticada na Justiça do Trabalho, especialmente nos conhecidos CICs do TRT15? A experiência tem demonstrado que sim, pois as técnicas da mediação são aplicadas pelos servidores para alcançar a conciliação, com acompanhamento intensivo do magistrado, que intervém sempre que solicitado pelas partes. Parece claro que praticamos de fato conciliação emprestando as técnicas da mediação. É possível a convivência harmônica entre dois institutos? Parece que sim. Até um determinado momento o diálogo é estimulado para que a solução seja encontrada pelas partes, porém, se isso não for possível, o segundo momento é de atuação específica do magistrado, tramitando processos, especialmente a liberação de valores incontroversos. E aqui testemunho: o que mais se faz nos CICs do TRT 15 é a confecção de guias de retirada e alvarás.

Que risco há na mediação se a vontade das partes é respeitada e elas são empoderadas? Os mediadores explicam ao trabalhador todo o panorama processual e seu prognóstico, com os possíveis passos seguintes do processo. Caso a reclamada seja insolvente ou quase insolvente, essa circunstância também é informada ao trabalhador. Os empresários também têm a oportunidade de expor as suas dificuldades e, com a ajuda dos Centros de Conciliação, estudar formas de quitação de seu passivo trabalhista. Essa parece ser a nossa identidade, nosso DNA, e nesse aspecto acaba perdendo relevância a diferença conceitual entre os dois institutos porque usamos algumas técnicas da mediação dentro da conciliação. Os servidores e Juízes aposentados podem dar para as partes aquilo que nós, Juízes do Trabalho, temos em escassez: tempo e acolhimento (VIANNA, 2016).

Concordamos com a magistrada em muitos aspectos, sobretudo quanto à valiosa contribuição dos servidores envolvidos, e a inquietante restrição de tempo que assola a magistratura e, não raro, frustra sua expectativa de realização de um trabalho de alta qualidade.

Somos entusiastas e propagadores dessas iniciativas, ainda que com todos os cuidados para que a “sedução dos resultados”, sobretudo numéricos, não retirem nossa atenção para os valores que realmente interessam: a satisfação dos usuários e a realização de justiça. Todavia, se há nesta prática exitosa da Justiça do Trabalho um “DNA” próprio, porque não assumi-lo como tal? Porque não sistematizá-lo de modo independente? Porque não retirá-lo da sombra da mediação ou conciliação, evitando, inclusive, a propagação de concepções deturpadas sobre esses outros métodos?

Ademais, permanecemos em nosso caminho de indagação sobre espaços para aprimoramento do sistema de justiça trabalhista, sobretudo voltados ao tratamento dos conflitos metajurídicos, objeto central deste estudo.

Investigamos: o que temos hoje é ou não suficiente? O que pode ser aperfeiçoado, e como?

7 SISTEMA HÍBRIDO DE GESTÃO DE CONFLITOS E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

7.1 Sistema protetivo trabalhista, autonomia da vontade e a disponibilidade circunstanciada dos direitos trabalhistas

De acordo com Maurício Godinho Delgado, o sistema trabalhista brasileiro consagra em sua estrutura institucional tanto a face da sociedade civil (sindicatos e empresas), como a face da sociedade política (Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho). Consiste, portanto, em um conjunto complexo de instituições (públicas e privadas), ramos jurídicos especializados (direito individual, coletivo e processual do trabalho), bem como de “relações e práticas humanas e sociais na realidade do mundo do trabalho” (DELGADO, 2014, p.15).

Sinteticamente, são seus objetivos mais notáveis, ainda segundo o autor:

Organizar o mercado de trabalho no sistema econômico e social; apresentar canais e fórmulas eficientes de solução de conflitos individuais e coletivos; assegurar um patamar mínimo de dignidade e reconhecimento às pessoas humanas que vivem de seu trabalho cotidiano; garantir a presença de civilidade e democratização de poder no contexto das relações trabalhistas que permeiam a sociedade e o Estado (DELGADO, 2014, p.15).

Essa sistematização facilita a percepção do contexto complexo no qual a questão da negociação dos direitos trabalhistas se situa, pois ao mesmo tempo em que o sistema protetivo objetiva a pacificação social, também não lhe interessa qualquer espécie de pacificação, mas apenas aquela que concorra para os demais objetivos do sistema: promoção de dignidade, reconhecimento, civilidade e democratização do poder no mercado de trabalho. Afinal, como expressou o compositor Marcelo Yuka: *paz sem voz não é paz, é medo*⁵⁷.

O pilar estruturante desse sistema, raiz que alimenta todas as veias desse corpo vivo e dinâmico, é o princípio da proteção, o qual informa que:

O Direito do trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho (DELGADO, 2009, p. 183).

⁵⁷ A frase é um trecho da canção “Minha alma está armada (a paz que eu não quero)”, composta por Marcelo Yuka e interpretada por Falcão da banda *O Rappa*.

Simplificando, o Direito do Trabalho funciona como uma “vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática, e sem essa ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente” (DELGADO, 2009, p.183). Ricardo Marcelo Fonseca, observa que:

A moldagem contratual para as relações de trabalho – que transformou o trabalhador em “sujeito de direito, de modo a atribuir um vínculo jurídico formal, e não mais pessoal, ao seu empregador – apareceu justamente com o propósito de substituir a dominação direta daquele que trabalha, as formas de controle, violência e opressão nas relações com o patrão, pela fria e regulamentada dominação legal. O propósito do Direito do Trabalho – enquanto nova forma de estipular as relações entre trabalhador e patrão – foi substituir a violência privada (que sempre marcou as relações de trabalho no Brasil) pela dominação legal⁵⁸” (FONSECA, 2002, p.133-134, *apud* GEDIEL, 2003, p.152).

Essa dominação legal, todavia, muito pouco valeria como instrumento de minimização da violência e opressão, caso não fosse inspirada em um ideal equalizador da assimetria dos contratantes; ou caso não fosse dotada de mecanismos concretos de contenção da exploração (em pele renovada), como limites à liberdade de contratação e sua submissão à critérios mínimos imperativos (limite de jornada, salário base etc.). Esta a essência do princípio protetivo: permitir a “venda” do trabalho na sociedade liberal sem a coisificação do trabalhador, “promovendo-o” de objeto a sujeito do contrato.

Vários outros princípios, de maior especificidade e necessários à otimização prática da diretriz protetiva, dela decorrem. Entre eles, o princípio da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da intangibilidade, da primazia da realidade etc. Para efeitos da presente reflexão, interessa-nos o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o conceito de imperatividade atribuído às normas laborais.

Apesar de recorrente o recurso a esses dois conceitos na literatura, jurisprudência e prática trabalhistas, essa invocação, por vezes, toma ares de um verdadeiro “mantra”, sem o real enfrentamento do conteúdo e efeitos deles decorrentes. Não raro, vigora também uma espécie de círculo vicioso na tentativa de elucidação, dizendo-se que o direito é indisponível porque decorrente de norma de ordem pública, ou que consubstanciado em norma de ordem pública porque indisponível.

Mas, o que de fato significa afirmar que um direito é indisponível? O que isso implica na prática? Esses efeitos realmente ocorrem no universo trabalhista? Essa reflexão é de suma

⁵⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

importância para o presente estudo. Afinal, é da essência dos meios não adversariais de gestão de conflitos o ajuste, a acomodação dos interesses dos envolvidos (essência da autocomposição), o que pode se obter de três modos: renúncia, aceitação e transação.

Recapitulando, a renúncia se configura quando o titular do direito dele se despoja por ato unilateral, deixa de exigí-lo, com ou sem sua transferência a terceiro e sem qualquer contrapartida. Opostamente, a aceitação (ou submissão), ocorre quando a pretensão alheia é acolhida pelo adverso, quando há o reconhecimento da pretensão manifestada ou quando, simplesmente, não se exercita a resistência.

A transação, por sua vez, é configurada quando sobre situações fáticas ou jurídicas duvidosas, os sujeitos procedem a concessões recíprocas por uso da autonomia da vontade. Conforme Washington de Barros Monteiro, *a transação é ato jurídico bilateral pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas* (MONTEIRO, 1972, p.341).

Entendemos que o uso do termo alternativo “ou” para referir à dúvida, indicia que, para o autor, esse elemento é facultativo, bastando a litigiosidade sobre a obrigação, ainda que, ao menos para uma parte, não haja dúvida subjetiva sobre a existência ou inexistência da obrigação. É assim que pensamos.

A ideia de concessão, a princípio, pressupõe que as partes sejam, ou ao menos se considerem, titulares de direitos (do contrário, haveria simulação). Porém, também ocorre transação quando um dos sujeitos não se considera titular de qualquer direito material (distinto do processual de resistência), nem reconhece a titularidade de direitos ao adverso e, ainda assim, negocia com vistas a outras vantagens, processuais ou metajurídicas (superação do processo, relação com o outro, economia das despesas do litígio etc.).

Assim, tanto na autocomposição direta ou bipolar (marcada pela inexistência de um terceiro) quanto na autocomposição indireta ou assistida⁵⁹ (marcada pela presença de um terceiro facilitador), como a mediação e a conciliação (por juiz ou não), três conteúdos diferentes podem ocorrer: renúncia, aceitação ou transação.

Cumpre-nos investigar a validade desses conteúdos no universo trabalhista, o qual tem nas normas de ordem pública e no princípio da indisponibilidade dos direitos, limites significativos ao princípio da autonomia da vontade, definido como o poder de alguém de “estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica” (DINIZ, 2008, p.23).

⁵⁹ Quanto a esses conceitos, remetemos ao item 5.4.

Conforme aduz Alice Monteiro de Barros (2008, p.197):

A disponibilidade de direitos sofre limitações, quer no tocante à renúncia, quer no tocante à transação, pois não seria coerente que o ordenamento jurídico assegurasse ao empregado garantias mínimas e depois deixasse esses direitos subordinados à sua vontade ou à vontade do empregador. O limite à autonomia da vontade torna o Direito do Trabalho mais social e mais humano.

Pois bem. A ideia de disponibilidade está atrelada à liberdade, à prerrogativa do titular de dispor do bem ou direito, ou seja, de aliená-lo, onerosa ou gratuitamente, gravá-lo de ônus, consumi-lo, cedê-lo (ainda que temporariamente); enfim, dar-lhe destinação distinta do uso e gozo, sem que sobre o ato pendam restrições e nulidades. Essa ausência de restrições, por sua vez, relaciona-se ao baixo grau de interesse público envolvido no direito ou bem e sua respectiva disposição. Quanto maior o valor social (não meramente individual) envolvido no direito ou bem tutelado, menor o poder de disposição, o qual ora será absolutamente negado (indisponibilidade absoluta), ora submetido a certas condições para a validade (indisponibilidade relativa).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2013, p. 37), ao discorrerem sobre a autocomposição, sustentam sua admissão “sempre que não se trate de direitos tão intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que a sua perda a degrade a situações intoleráveis”, ilustrando a circunstância com os chamados direitos da personalidade. Os autores, ademais, distinguem entre indisponibilidade objetiva e subjetiva. Esclarecem:

Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de indisponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (indisponibilidade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 38).

A disponibilidade ou não do direito está diretamente relacionada à sua tutela ou não por norma cogente, imperativa. Norma imperativa, por sua vez, é aquela de cujo conteúdo os sujeitos não podem prescindir pelo exercício da autonomia da vontade. Não se trata de imperatividade geral, comum às normas como um todo, uma vez que representam comandos

de comportamento para harmonização social (um dever –ser)⁶⁰, mas de uma peculiar força impositiva, representada na limitação de posturas distintas sob pena de nulidade.

O grau de vinculação determina a classificação em normas de imperatividade absoluta ou impositivas e normas de imperatividade relativa ou dispositivas, adotada por Maria Helena Diniz, e aqui acolhida. Esclarece a jurista que, quanto à imperatividade, as normas podem ser:

- 1) De imperatividade absoluta ou impositivas, também chamadas absolutamente cogentes ou de ordem pública. São as que ordenam ou proíbem alguma coisa (obrigação de fazer ou não fazer de modo absoluto. As que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta.
- 2) De imperatividade relativa ou dispositivas, que não ordenam nem proíbem de modo absoluto; permitem ação ou abstenção, ou suprem declaração de vontade não existente (DINIZ, 2009, p.390-391).

Quanto à motivação para à subsunção de fatos sociais a normas de cunho impositivo, informa que reside na “convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade”. As normas impositivas, assim, “tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso são também chamadas de ordem pública” (DINIZ, 2009, p.390).

Portanto, direito indisponível é um dos conteúdos possíveis de uma norma de ordem pública, mas existem normas de ordem pública com outros conteúdos (por exemplo, os tipos penais), razão pela qual é comum que os conceitos sejam correntemente invocados em conjunto.

Ademais, normas de ordem pública se fazem presentes tanto em ramos reconhecidos como predominantemente públicos, como predominantemente privados, a exemplo do civil e trabalhista, não sendo a intensidade desse tipo de norma, em si, o elemento mais acertado para essa classificação⁶¹.

Particularmente, entendemos que para concluir pela natureza predominantemente privada do Direito do Trabalho, preferimos o critério de definição que leva em conta o sujeito presente nas relações. No público, o Estado é parte, e as normas se voltam à organização e atividade do Estado em si mesmo (direito constitucional), em relação com outro Estado (direito internacional), e em suas relações com os particulares quando procede em razão de seu poder

⁶⁰ Sobre os elementos da norma e a divergência sobre a imperatividade como elemento estrutural, indicamos a leitura de Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, referido neste trabalho.

⁶¹ Hoje é relativamente pacífico o entendimento de que essa divisão clássica (Direito Público *versus* Direito Privado), ainda que útil para a compreensão da ciência jurídica e didaticamente interessante, não determina compartimentos estanques, daí a menção à predominância.

soberano e atua na tutela do bem coletivo (direitos administrativo e tributário). O direito privado é o que disciplina as relações entre particulares (DINIZ, 2009, p. 255).

Porém, a qualidade de ramo privado do Direito do Trabalho, segundo o critério aqui adotado, não interfere na sua condição de instrumento de promoção de interesses públicos e gerais, por exemplo, a contribuição para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; para a redução das desigualdades sociais, para a promoção do bem comum, e o desenvolvimento (não só econômico, mas humano e social); fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º, da CF/1988).

Em resumo, são conciliáveis: larga presença de normas impositivas e promoção de bem comum, com caráter privado do ramo jurídico trabalhista, natureza privada, patrimonial e disponibilidade de uma parcela significativa dos direitos que alberga. Não há qualquer contradição nessa afirmativa, assim como é natural afirmar, por mera analogia, que a propriedade privada exerce (ou deva exercer) uma função social.

O ramo trabalhista conjuga a natureza privada e patrimonial (ou pessoal com efeitos patrimoniais) de boa parte dos direitos fundamentais que consagra ao trabalhador com um valor público: o interesse comum no seu adimplemento, como medida de justiça social e desenvolvimento em caráter pleno. É essa condição complexa, e não apenas a presumida inferioridade (jurídica, econômica e social) que determina e justifica a limitação da autonomia da vontade no contrato de emprego, retratada, sobretudo, nos artigos. 444 e 9º da CLT, respectivamente:

Art. 444: 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.

Art. 9º: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir e fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Porém, esse tangenciamento visa restringir a liberdade (autoridade e superioridade) patronal, não a liberdade do obreiro. Do contrário, intenta realizar essa liberdade em sentido concreto (e não meramente formal), na medida em que estabelecido para remediar a opressão da assimetria socioeconômica do trabalhador na relação laboral. É, portanto, um desdobramento do princípio da proteção e sua missão reequilibradora.

Necessário notar que “as restrições impostas pelo princípio em questão vão além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos”. Por essa razão, assim como Delgado (2009, p. 187), temos por preferível a nomenclatura

“indisponibilidade” à “irrenunciabilidade” (também utilizada para identificação do princípio), pois consoante os conceitos acima registrados, não só a renúncia, mas também a transação pressupõe concessão, e a concessão pressupõe disponibilidade.

É por esta razão que, apesar da consciência quanto à impossibilidade de aprofundar o tema como ele permitiria, não poderíamos ignorar ao menos o apontamento da sua complexidade. Apesar de não ser o objeto específico dessa pesquisa, a ela toca inarredavelmente. Afinal, se estamos a pensar em um sistema híbrido de gestão de conflitos, com possível ampliação dos meios autocompositivos no campo laboral, necessário pressupor a disponibilidade desses direitos, ainda que circunstanciada e parcial. É isso que tentaremos esclarecer a seguir.

Entendemos que os direitos trabalhistas são predominantemente privados, patrimoniais e disponíveis, ainda que sob condições específicas, circunstâncias e exigências variadas, sobretudo em relação à autodeterminação dos seus titulares. Essa é, a nosso ver, a única forma de diluir o paradoxo da afirmação da (in) disponibilidade com a institucional e ampla submissão desses direitos a processos de transação, tanto no direito coletivo quanto individual do trabalho. Isso sem falar nas validações de genuínas renúncias, por exemplo, às estabilidades legalmente asseguradas.

Recordemos que, mesmo na esfera civil, a transação só é permitida quanto a direitos patrimoniais de caráter privado (art. 840, do Código Civil) e dos quais seus titulares detenham o poder de dispor.

Os direitos trabalhistas têm valor social, um valor que extrapola o interesse individual do obreiro. Há interesse público, generalizado, de que sejam protegidos e efetivados em razão do caráter alimentar que sustentam e dos encargos que o descumprimento gera à sociedade; por exemplo: relação entre o descumprimento de normas de segurança e saúde e impactos no sistema de seguridade social (Sistema Único de Saúde e previdência pública).

Porém, afirmar que comportam um interesse público não significa afirmar que sejam públicos, muito menos indisponíveis. Essa natureza, em nossa análise, é a exceção. Um largo espectro dos direitos trabalhistas ou, ao menos os efeitos patrimoniais da violação deles, admite transação e, excepcionalmente, a própria renúncia. Como pondera Fernandes, o rol de direitos indisponíveis deve ser bastante ponderado antes de afirmado. “O rótulo de indisponível, como corolário lógico, impede o titular de proceder de outra maneira que não seja a fruição do direito” (2014, p.19).

Logo, a afirmação categórica da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, estampada em forma de verdadeiro princípio, diz mais do que a realidade indica. E ao proceder assim,

incita a suposição de uma contradição estrutural no sistema trabalhista: o embate entre o princípio protetivo, desdobrado na suposta indisponibilidade dos direitos do trabalho e o princípio conciliatório, amplamente retratado nas normas processuais trabalhistas.

De acordo com a consagrada definição de Robert Alexy (2008, p.90), “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São, por conseguinte, mandamentos de otimização. Tais mandamentos de otimização podem ser satisfeitos em grau variável, a depender de possibilidades fáticas e também jurídicas, sendo que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, 2008, p.90).

Sobre a colisão entre princípios, o autor pondera:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p.93-94).

Parece-nos ser este o caminho a trilhar. Se de um lado aponta a indisponibilidade como consequência do princípio protetivo, e do outro se instiga a transação, como instrumento do princípio pacificador, sendo ambos válidos e fundamentais ao sistema trabalhista, o embate há de ser resolvido pela precedência de um em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2008, p. 94).

Considerando essa realidade, e motivados pela exigência de respaldo teórico indicativo das condições em que um ou outro deva ter precedência no caso concreto, passamos a algumas proposições, as quais, longe de serem exaurientes, podem trazer alguma luz à questão.

Primeiramente, infirmo a assertiva generalizante da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, propomos a classificação deles em:

- a) disponíveis;
- b) indisponíveis com reflexos patrimoniais disponíveis e;
- c) indisponíveis.

Essa classificação pressupõe a atualidade, pois consoante artigos 9º e 444 da CLT supratranscritos, não se admite ato de disposição antecipado, ou seja, sobre direito futuro e para projeção futura⁶².

Consideramos **direitos disponíveis** aqueles que mesmo quando tutelados por normas imperativas podem ser objeto de concessão (transação ou mesmo renúncia) em condições específicas. Ora pelo interesse próprio do obreiro, ora por circunstâncias excepcionais ou mesmo comuns, mas justificadas, que recomendem a prevalência da transação fundada na autodeterminação das partes, individualmente ou como categoria.

Exemplo do primeiro grupo temos nas renúncias às estabilidadees. Afinal, são proteções estabelecidas em favor do obreiro. Importam faculdade e não obrigatoriedade de forçosa prestação de trabalho. No mesmo sentido, o direito ao vale transporte (pois implica em desconto de 6% do salário básico do trabalhador nos termos da Lei nº 7418/85, art.5º, parágrafo único); e o aviso prévio, quando obtido novo emprego pelo trabalhador, nos termos da súmula 276⁶³ do TST.

Como ilustração do segundo grupo, direitos suscetíveis de concessões em circunstâncias excepcionais, temos o direito ao salário (irredutibilidade), passível de transação por via de negociação coletiva (CF, art. 7º, inc. VI), e o direito à jornada ordinária, igualmente negociável coletivamente (art. 7º, inc. XIII, da CF/88) ou por acordo individual (regime de compensação de jornada na forma do art. 59 da CLT).

A segunda categoria identificada é a dos **direitos indisponíveis com reflexos disponíveis**, a qual abrange uma extensa gama dos direitos advindos da relação trabalhista. Incluem-se nessa categoria direitos que, a princípio, não podem ser objeto de disposição, mas que na hipótese de violação, sem possibilidade de reconstituição perfeita, geram compensações imperfeitas, sobre as quais se permitem atos de disposição. São fartos os exemplos dessa categoria, nela estando compreendidos os direitos inatos à pessoa (dignidade, intimidade, honra, vida) e normas de saúde e segurança no trabalho, inclusive pausas intra, interjornada e anuais. Ainda que indisponíveis esses direitos, incidindo a tutela por norma impositiva, os efeitos da

⁶² Neste sentido, também, o artigo 191 do Código Civil: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, **depois que a prescrição se consumir**; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição” (negrito nosso).

⁶³ TST, Súmula nº 276: “O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.” Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 251 300.html#SUM-276](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20251%20300.html#SUM-276)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

violação são transacionáveis.

Significa dizer, ilustrativamente, que é inconcebível e não tolerado pelo direito que se negocie a tutela à privacidade e intimidade do trabalhador para, por exemplo, permitir-se previamente a revista íntima de uma empregada. Porém, caso realizados os atos ao alvedrio da norma proibitiva impositiva, a consequência patrimonial reparadora pode ser transacionada.

Não há, observe-se, alteração da natureza do direito, nem pela violação e nem pela eventual extinção do contrato, mas ainda que permaneçam indisponíveis, em caso de violação, serão de efeitos disponíveis e, nessa condição, se igualam à categoria anterior para fins de abrangência pela transação. Atenta à essa qualidade de direitos, a Lei nº13.140/2015 que dispõe sobre a mediação assim prescreve:

Art. 3º: 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.

A terceira categoria que propomos é por fim (e de fato) a dos direitos indisponíveis em absoluto. Aqui, a restrição à autonomia da vontade é rígida, não havendo espaço para conduta alternativa, ou substitutiva, ainda que perpetrada a lesão e as partes se disponham a negociar. Nela, há possibilidade de reparação perfeita da lesão.

No entanto, são situações reduzidas e, em regra, tangenciadas por interesse do Estado, o qual figura como titular de direitos conexos ao direito trabalhista fixado como indisponível. Nessa categoria, citamos como exemplo a formalização do contrato de emprego (quando incontroverso).

O registro do empregado é direito que atende, concomitantemente, ao interesse particular do obreiro e também a um interesse público (estrito senso), representado na relação previdenciária, e paralela, criada a favor do Estado. Da mesma forma, a natureza salarial das parcelas pagas pelo trabalho, as quais se encontram absolutamente fora da autonomia negocial dos sujeitos da relação laboral (que podem nutrir, reciprocamente, interesses fiscais ilegais). Citamos, ainda, o direito ao recolhimento do FGTS (igualmente em razão do interesse estatal presente) e o direito aos salários ordinários e complementar (gratificação natalina) pela presunção de serem a garantia mínima de sobrevivência do trabalhador e sua família.

Os direitos de indisponibilidade absoluta são, predominantemente, direitos de interesse complexo, ou seja, envolvem, de forma direta e imediata tanto o direito particular do trabalhador como o direito público estatal. Nessas circunstâncias, o Estado é sujeito aparente e

sua presença é mais uma causa a inibir a autonomia da vontade dos sujeitos da relação empregatícia.

Os direitos disponíveis e indisponíveis de efeitos patrimoniais disponíveis são direitos de interesse simples, envolvem de forma direta e imediata apenas o interesse particular do trabalhador, resguardando ao valor público um espaço remoto. Nessas circunstâncias, o Estado é sujeito oculto, permitindo-se a maior infiltração da autonomia da vontade dos sujeitos da relação empregatícia.

A distinção proposta “direitos de interesse simples e direitos de interesse complexo” relaciona-se também à questão da responsabilidade perante as “partes não presentes à mesa⁶⁴”, ou ao “dever de zelar pelos interesses de terceiros afetados” como propõe SOUZA (2012, p.102). Ao analisar a possibilidade desses interesses nos conflitos submetidos à mediação (sendo cabível o raciocínio a qualquer método autocompositivo), a autora pondera que:

Os acordos firmados em processos de mediação, notadamente aqueles que envolvem o Poder Público, não podem, de forma alguma, descuidar dos interesses, que muitas vezes são múltiplos, de todos aqueles que podem estar sub-representados na mesa de negociação e o mediador está na posição ideal para lembrar às partes ali presentes o que esse acordo pode representar no complexo tecido social em que ele se insere. Seus efeitos sobre terceiros devem ser levados em conta, por três razões: a) respeito ao princípio da eficiência, já que acordo inviável possivelmente se torna acordo descumprido; b) necessidade de respeito a todos os direitos fundamentais que possam ser afetados por seu conteúdo; c) efeitos do acordo em termos de precedentes, já que sua possível e provável repetição é uma decorrência inevitável do princípio da isonomia (SOUZA, 2012, p.103).

Cabe registrar que no Brasil essa responsabilidade está incorporada ao Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores Judiciais, anexo III, da Resolução nº 125/2010 do CNJ, o qual, no artigo 1º, item VI, estabelece como princípio da atuação o “respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes”.

Há, no entanto, um natural estranhamento a essa imposição que, a princípio, parece conflitar ao menos com a base teórica da mediação, contrária à emissão de opiniões, à análise de mérito da solução encontrada pelas partes, solução que, ademais, não estaria atrelada ao

⁶⁴ A expressão é de Lawrence Susskind, em: *Expanding the ethical obligations of the mediator: mediator accountability to parties not at the table*, segundo Luciana Moessa de Souza. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. Negociação, Mediação e Conciliação na Esfera Administrativa e Judicial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 102.

elemento jurídico⁶⁵. Ainda que não seja incomum o argumento de que, na prática, os mediadores dificilmente permanecem indiferentes aos termos dos ajustes e sempre ponderam sobre determinados elementos, imprimindo um fundamento ético à negociação, ainda que nas reuniões privadas com as partes.

Seja como for, consideramos que a consciência sobre o grau de vinculação das partes e interesses debatidos aos parâmetros legais é essencial aos processos de gestão de conflitos pautados na autocomposição, sendo que “o mesmo direito que não pode ser renunciado na mediação não poderá sê-lo em jurisdição” (FREITAS JÚNIOR, 2013b, p. 38). Todavia, mesmo na esfera dos direitos indisponíveis, para os quais os parâmetros legais são rígidos, outros parâmetros influem e podem ser levados em conta na negociação, residindo nisso o poder dispositivo.

Sobre a questão, Luciane Moessa de Souza alerta:

Não é absolutamente o caso, porém, de se pensar que pouca liberdade resta às partes no que diz respeito aos direitos indisponíveis, pois: a) o ordenamento jurídico, de ordinário, não esgota as diferentes possibilidades de garantia ou exercício do direito, de modo que as partes podem negociar a *forma* mais conveniente de cumprir os ditames legais; b) o ordenamento pode ser (e frequentemente é) omissivo em relação a outros parâmetros relevantes para as partes em conflito, os quais podem e devem ser incluídos no acordo, não para substituir, mas para complementar os parâmetros já fornecidos pelo legislador. Em suma, a ordem jurídica traz o “esqueleto” do acordo, mas às partes cabe colocar os “tecidos, fluidos etc.”, dando ao corpo do acordo a aparência e funcionalidade que melhor atenda a seus legítimos interesses (2012, 71).

Neste mesmo caminho, Antônio Rodrigues de Freitas Júnior (2013b, p.38) exemplifica que apesar da tutela ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador ser indisponível, numerosos os ajustes entre empresas e sindicatos ou com o Ministério Público do Trabalho (TACs) que têm “por objeto o diferimento no tempo e na métrica” da observância dessas disposições. Pondera:

Mesmo que o responsável pelo empreendimento reconheça e se disponha sinceramente à observância das regras (não raro com sinceridade maior do que quando ordenados judicialmente a fazê-lo), seu cumprimento poderá vir a se efetivar de diferentes modos, e é precisamente na definição desses modos, de exercício do direito, que emerge o cenário para uma agenda concertada para sua implementação. Cuida-se da distinção entre “indisponibilidade de direito e composição consensual de uma pauta para seu exercício (...), à luz da hipótese

⁶⁵ Essa característica da mediação foi explorada no item 5.5.

concreta de possibilidade e necessidade” (FREITAS JÚNIOR, 2009a, p.60).

Portanto, prevalece uma razoável variação do grau de disponibilidade dos direitos trabalhistas ou da forma de efetivação deles, variação que nem sempre é determinada por uma condição pré-concebida e estática desses direitos, mas que acompanha a própria dinâmica da relação trabalhista no tempo e espaço, as distintas circunstâncias em que ela e seus sujeitos podem se apresentar, inclusive, os diferentes níveis de autodeterminação do obreiro.

Sobre a autodeterminação e sua relevância, vale citar a ponderação de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem:

O princípio da autonomia contratual justificava, à semelhança do princípio *volenti non fit injuria* uma redução do princípio da reserva de lei restritiva. De qualquer modo, a renúncia a direitos fundamentais, mesmo a admitir-se, pressupõe sempre como *conditio sine qua* que o titular do direito disponha sobre a sua posição jurídica de forma livre e autodeterminado. Dispor contra si próprio exige liberdade e autodeterminação. Assim, reconhecer-se-iam como legítimas algumas renúncias a direitos fundamentais, expressa ou implicitamente consagradas no contrato de trabalho (CANOTILHO, 2002, p. 461).

Cumpramos esclarecer que entendemos por autodeterminação, aqui, o estado de consciência do indivíduo, suficiente à válida tomada de decisão sobre o seu futuro, com base nas alternativas disponíveis e sopesamento de suas implicações. Todo ato comporta uma escolha, pelo simples fato de existir a inércia como opção. A escolha consciente é a essência da autodeterminação.

A arguição da autodeterminação do obreiro como elemento legitimador da relativização das indisponibilidades fixadas em seu favor, onde possível, não põe em risco as finalidades do princípio protetivo, esse risco adviria do estabelecimento de sua presunção. Não é o caso. Todavia, risco há ao princípio democrático e pacificador se, ainda que genuinamente configurada a autodeterminação, não for valorizada, sobretudo no âmbito dos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos.

Antes de esclarecermos o que consideramos autodeterminação, necessário pontuar que não comungamos do entendimento que pressupõe legítima a disponibilidade em momento pós-contratual, por cessada a subordinação jurídica. Esse critério simples, não condiz com a complexidade do tema. Enxergamos essa circunstância temporal como apenas mais uma variável no quadro de tantas outras que incidem na matéria. Ainda que maior a probabilidade da autodeterminação obreira se firmar no pós-contrato, a defesa desse parâmetro, por si só, fragiliza a expectativa por relações trabalhistas mais democráticas, antes, durante e depois da contratação.

Ademais, esse critério parte de uma premissa equivocada, a de que a cessação do vínculo e da subordinação jurídica, faz cessar a subordinação econômica inerente. Ocorre que pode acontecer exatamente o contrário, ou seja, o recrudescimento da subordinação econômica, tanto pela possível ausência de uma nova ocupação pós contrato como pelo não adimplemento das obrigações decorrentes do fim daquele vínculo.

Essa ponderação é suficiente à convicção de que ausência de autodeterminação não se confunde com dependência econômica, ainda que por essa possa ser influenciada. Autodeterminação, para os fins aqui debatidos, significa a faculdade de decidir por si, de deliberar sobre seu próprio destino, nos limites da lei, ciente das dimensões e efeitos dessa escolha. A necessidade econômica poderá ou não estar presente, mas certamente não será o único elemento levado em consideração no ato de autodeterminar a eventual disposição de direitos para a solução de um conflito, seja durante, seja após o vínculo de trabalho.

Acrescentamos que não comungamos também do posicionamento pelo qual após o trânsito em julgado da decisão, os direitos reconhecidos (invariavelmente) assumem a condição de indisponíveis. Há, inclusive, quem entenda que conciliações após o trânsito em julgado da sentença seriam extemporâneas e lesivas do princípio de justiça. “Assim, um juiz justo não deve acomodar-se com mais um caso solucionado através de um acordo que afronte a coisa julgada, mas impedir que um homem prejudique a si mesmo, abrindo mão daquilo que lhe fora assegurado por uma sentença” (BRAGA, 2013, p.144).

O autor prossegue:

O ideal é, nada mais, nada menos, do que o Direito reconhecido pelo Estado/juiz através de uma decisão sobre a qual não se possa mais discutir. Assim, celebrar um acordo, após o trânsito em julgado dessa decisão é, nas palavras de Fiss, aceitar menos que o ideal (BRAGA, 2013, p.143).

A nosso entender, ideal mesmo é a entrega do bem da vida pleiteado, preferencialmente de modo integral, o que muitas vezes não é alcançado pela sentença como indicam as estatísticas de execuções frustradas, diariamente enviadas ao arquivo morto.

Logo, mais uma vez, entendemos que o importante é a aferição das circunstâncias objetivas e subjetivas que permeiam a eventual composição, o prestígio da realidade concreta e não da expectativa “ideal”. Não basta a inexistência de *res dubia* no plano meramente formal, quando presente a certeza da necessidade de reacomodações dos direitos reconhecidos para a efetividade (ainda que mitigada) no plano real.

À luz dessas reflexões, ao menos para os fins de uma teoria para o sistema híbrido de gestão de conflitos individuais trabalhistas, concluímos que mais adequado que

indisponibilidade dos direitos trabalhistas, parece-nos falar em *princípio da disponibilidade circunstanciada* desses direitos. Ou seja: disponibilidade de grau variável, atribuído dinamicamente, mas a partir de critérios prévios mínimos, que devem ser conjugados com as condições objetivas e subjetivas de cada relação, sobretudo a autodeterminação dos envolvidos.

Essa diretriz, acreditamos, contorna a colisão do princípio protetivo com o princípio pacificador e correspondentes mecanismos autocompositivos do sistema trabalhista (embate alimentado pela visão tradicional e unifocal da (in) disponibilidade), ao fornecer critérios para a investigação da precedência de um em face do outro sob determinadas condições.

7.2 Autocomposição e desigualdade de poder entre as partes

Apesar deste trabalho estar focado na análise da aplicação dos meios autocompositivos ao universo do direito individual trabalhista, cabe registrar a vasta utilização da mediação, inclusive no campo de conflitos coletivos e de índole política. Ilustrativamente, citamos os conflitos na área de saúde, ambiental ou relativos ao direito de moradia, revelando-se uma ferramenta eficaz na instigação da cidadania participativa.

Como observa Freitas Júnior (2009a, p.526):

A mediação, nessa perspectiva pode constituir um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa, compondo, por exemplo, um quadro de viabilidade para experimentos análogos aos do chamado orçamento participativo e outros de semelhante inspiração.

A polêmica, no entanto, reside, primeiramente, nos limites postos pela indisponibilidade predominante desses direitos, uma vez que a mediação (e a conciliação privada) não se atém aos contornos jurídicos na formatação das possíveis soluções.

A assimetria entre os sujeitos é o segundo aspecto polêmico na discussão sobre a propriedade generalizada da mediação. Conforme observamos dos conceitos compartilhados, a equidistância do mediador quanto à formulação de proposta (cabendo às partes o desenvolvimento das possíveis soluções), é um traço da mediação que temos referido como genuína e que foi acolhida pela legislação brasileira. Ocorre que entre partes com “poderes” desnivelados é possível que a negociação se estabeleça com predominância de uma sobre a outra.

Suscitam-se os riscos de ratificação das lesões aos direitos (muitas vezes originadas desse prévio e persistente desequilíbrio), quando da submissão da controvérsia aos meios não adversariais de gestão. Aduz-se a fragilidade da vontade da parte hipossuficiente como

obstáculo à implementação dos mecanismos autocompositivos. Alerta-se para a alta probabilidade de os direitos sociais serem vilipendiados na negociação, em razão do significativo desnível de poder e necessidades entre os interessados, o que impactará negativamente na realização do Estado Democrático de Direito, na medida em que esses direitos têm um papel decisivo na promoção da justiça social.

Boaventura de Souza Santos (2013, p. 221) adverte sobre a probabilidade da informalidade desses métodos acarretar “a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca”, privada das garantias processuais, o que contribuiria para a consolidação das desigualdades sociais. Aduz:

Muitas das reformas recentes da administração da justiça visam reduzir a sua marginalidade ou residualidade. Estão nestes casos as reformas de informalização da justiça (...). As alternativas informais são uma criação jurídica complexa cujas relações com o poder do Estado devem ser analisadas (...). Bastará dizer que nas experiências em curso o controle ou supervisão do Estado varia muito e que nelas a questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária, mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais.

Owen Fiss, professor da Universidade de Yale e grande crítico das políticas de incentivo à autocomposição, as quais considera prejudiciais ao “processo estatal de dar significado e expressão concretos aos valores incorporados aos textos jurídicos”, pondera que os ADRs pressupõem a igualdade relativa entre os participantes, tratam o acordo como uma antecipação do resultado da decisão em juízo e que seus termos seriam “simplesmente produto das preferências das partes”. Porém, para o autor, “o acordo é também um produto dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, sendo certo que tais recursos são, frequentemente, distribuídos de maneira desigual” (FISS, 2004, p.124).

Todavia, reconhece que os desequilíbrios de poder também estão presentes e podem distorcer o julgamento, em que pese esse risco ser amenizado pela atuação estatal. Afirma:

Os recursos de que dispõe a parte influenciam na qualidade de apresentação de sua pretensão, a qual, de sua feita, tem grande relevância para a definição de quem é o vencedor e dos termos da vitória. Contamos, no entanto, com a presença orientadora do juiz, o

qual pode empregar diversas medidas para diminuir o impacto das desigualdades distributivas (FISS, 2004, p.126).

O crescente incentivo aos meios não adversariais de gestão de conflitos e a propagação de seus benefícios concorrem para uma ideia de paridade entre eles e a jurisdição, daí se falar em “equivalentes jurisdicionais⁶⁶”. Todavia, ainda que essas outras técnicas se voltem igualmente à pacificação, “escopo social magno da jurisdição” conforme Dinamarco propaga, no que toca ao aspecto jurídico em si, defende-se que esses mecanismos se distanciariam, pois não comportam a mesma vinculação à aplicação concreta do direito que existe nesta.

Esse argumento, aliado à possível disparidade entre as partes, formam o principal conteúdo de oposição à aplicação da mediação e conciliação privadas (realizadas por pessoas estranhas ao quadro da Justiça do Trabalho) na seara do direito individual trabalhista. Receia-se a projeção da desigualdade de forças do mundo concreto para o mundo das técnicas autocompositivas, e a conseqüente ratificação da lesão aos direitos laborais, idealizados como instrumentos de amenização da desigualdade social.

Recordamos que o conflito trabalhista é, ontologicamente, originado da desigualdade de recursos e necessidades e, conseqüentemente, do desnível negocial das partes envolvidas no contrato laboral. Eis a razão fática e axiológica da própria existência do Direito do Trabalho, que nada mais é que a tentativa de equalizar no plano jurídico a dissonância entre esses sujeitos no plano prático social.

A simples assunção da condição de litigante, mediando ou conciliando pelo trabalhador, não é suficiente à planificação imediata, ao saneamento dos déficits econômico, educacional, informativo, representativo etc. que podem influenciar negativamente na autodeterminação necessária à negociação. Inclusive, essa a razão para que o princípio da proteção se projete na esfera processual trabalhista, projeção que se manifesta em regras flexíveis de distribuição do ônus da prova, prerrogativas processuais diferenciadas, inquisitorialidade e possibilidade de atuação de ofício do juiz em certas circunstâncias, ou mesmo na imposição a ele de uma postura ativa na conciliação⁶⁷.

⁶⁶ A expressão é atribuída a Francesco Carnelutti, segundo o qual alguns procedimentos de composição de conflitos contam com o reconhecimento por serem dotados de idoneidade para alcançar o mesmo escopo da jurisdição, cumprindo o mesmo papel do processo. In: *Sistema di diritto processuale civile*. Vol.1. Padova: Cedam, 1936, p.154, *apud* CALMON, 2015, p. 80.

⁶⁷ As características centrais da conciliação no âmbito trabalhista foram abordadas no item 4.5. De qualquer sorte, cumpre antecipar que não se restringe à verificação dos requisitos gerais do negócio jurídico (capacidade das partes, objeto lícito, ausência de vícios do consentimento) estende-se à perquirição quanto a incidência de normas imperativas, preservação de interesses de terceiro, razoabilidade e equidade à luz do direito material discutido e particularidades da demanda e das partes.

Necessário lembrar que o processo também é uma experiência histórica, um retrato da relação entre Estado e sociedade no tempo e espaço. Se vivemos hoje um Estado Democrático de Direito, de se exigir igualmente um processo efetivamente democrático, apto à efetivação dos direitos, o que pressupõe esforços pela isonomia material e negação do “faz de conta” do processo comprometido com as formas e não com os resultados.

A figura do juiz expectador caducou. A atual jurisdição investe no seu protagonismo, no seu compromisso com o resultado justo, o que, advertimos, não significa parcialidade. O dever de imparcialidade permanece inarredável, mas não se configura pelo descaso e sim pela direção objetiva do processo, pela ausência de interesse particular do magistrado na causa, pela observância do contraditório útil e sem prolixidade.

O juiz moderno compreende (ou deve compreender) que a imparcialidade que lhe é exigida “diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença” (DINAMARCO, 2008, p. 231).

Sobre a evolução da compreensão sobre esse “poder-dever” do juiz na história processual, José Roberto Bedaque comenta:

A concepção de que o reforço da autoridade do juiz, que dá origem ao chamado processo inquisitivo, corresponde a regimes não democráticos de governo, é absolutamente equivocada. Aquilo que se convencionou chamar de processo acusatório, onde os poderes de iniciativa das partes são levados a extremos, resulta de um individualismo político e filosófico já ultrapassado, pois não atende à realidade sócio-econômica do Estado moderno, cuja atividade do Estado é toda voltado para o social (BEDAQUE, 1994, p.71).

Portanto, espera-se proatividade do órgão jurisdicional, a qual abrange, entre outras medidas, a correção de abusos e desequilíbrios entre as partes, tanto técnicos quanto informativos ou mesmo financeiros nos limites do que não for vedado pelo ordenamento.

Ocorre que em um novo contexto de Estado, firma-se também uma nova concepção de jurisdição. A jurisdição “é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e tempo” (DINAMARCO, 2008, p.178).

Assim é que, segundo Dinamarco, necessário superar a visão puramente jurídica da instrumentalidade do processo, sendo três os escopos da jurisdição moderna: o jurídico, o político e o social. O escopo jurídico (seguindo a teoria dualista do ordenamento jurídico), não seria a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra do caso concreto, mas a “atuação da vontade concreta do direito”, ou seja, a aplicação do direito material, sua

efetivação. Já o escopo político está relacionado à realização das garantias de justiça, participação democrática da sociedade nos rumos da coletividade, estabilidade das instituições estatais, e realização das liberdades derivadas das estruturas institucionais. Por fim, o escopo social é o objetivo de pacificação com justiça e de educação da sociedade quanto aos seus direitos e obrigações, “educar para a defesa de direitos próprios e respeito aos alheios” (DINAMARCO, 2008, p.133-139).

Para o autor, é o escopo social o ponto de apoio e fator de legitimação dos meios “alternativos” de solução de conflitos. Sendo que:

Partes que transigem ou conciliador que encaminha litigantes a uma solução não têm solenes compromissos com a lei nem lhes toca dar-lhe efetividade ou promover-lhe a atuação (escopo jurídico da jurisdição). Mas a pacificação é o indisfarçável resultado dessas iniciativas, quando frutíferas – e tal é o ponto comum entre a jurisdição e os meios alternativos (DINAMARCO, 2013, p.132).

Nesta linha de raciocínio, enquanto o escopo social (pacificação com justiça e educação quanto a direitos e obrigações) é o principal ponto de contato entre jurisdição e meios não adversariais de gestão de conflitos; é no escopo jurídico (executoriedade do direito material em concreto) que os métodos se distanciarão, sendo essa, em regra, a razão para a oposição aos meios consensuais no campo laboral.

Feitas essas considerações iniciais, indagamos:

- a) há de fato uma menor vinculação dos métodos consensuais à aplicação do direito material?;
- b) em caso positivo, existem vantagens que compensem essa flexibilidade?;
- c) são possíveis medidas para a maior planificação das partes também no âmbito da mediação e conciliação privadas, a exemplo do que ocorre na jurisdição moderna?;
- d) na hipótese afirmativa, essas medidas não conflitariam com a essência desses métodos, informais e “flexíveis”?

Voltando os olhos à mediação no cenário brasileiro, já pontuamos que a intervenção do mediador, ao menos em tese, deve se limitar ao estímulo, à instigação das partes, por exemplo, pela formulação de perguntas, preservando, todavia, a neutralidade de mérito e a imparcialidade em relação à controvérsia.

Apesar de não ser uma atividade inteiramente passiva, essa atuação é muito mais limitada (sob o aspecto avaliativo da divergência, da análise do direito material aplicável e da conduta das partes), que a realizada pelo juiz em atividade conciliatória, sobretudo no universo trabalhista. Nesse, como discutimos no item 6.1, não deixa de existir um ato jurisdicional,

avaliativo e crítico, diretamente ligado ao escopo jurídico. Mesmo que a solução tenha por base o que foi construído pelas partes, permanece presente a análise do direito material pelo magistrado, além dos aspectos gerais de validade do negócio jurídico.

Ainda que princípios éticos determinem ao mediador ou conciliador que repugnem acordos ilícitos, ou advertam as partes das consequências da celebração de acordos contrários às leis impositivas, os métodos são predominantemente orientados pelo princípio da autonomia das partes, havendo de fato uma menor vinculação ao critério legal (e tradicional de justiça), ou seja: justiça como subsunção dos fatos à norma material positivada. Como abordamos nos tópicos anteriores, apesar de serem defensores das garantias procedimentais das partes, conciliadores e mediadores não devem opinar sobre as questões de fundo, de mérito.

Dessa maior liberdade da composição obtida pelos mecanismos consensuais, decorre a acentuada desconfiança quanto à adequação deles para a gestão do conflito trabalhista individual. A uma, por se considerar que a assimetria das partes intensifica o risco de formação de acordos desproporcionais e lesivos ao hipossuficiente. A duas, por que essa lesividade impacta no papel do Direito do Trabalho, no sentido da redução da desigualdade social e promoção de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Quanto à assimetria das partes, necessário notar que ela pode não se restringir ao aspecto econômico, de dependência do trabalhador aos créditos alimentares que geralmente integram o conflito laboral. Em verdade, o aspecto econômico, não raro, é apenas um elemento de subalternização que catalisa muitos outros.

Cappelletti e Garth (2002, p.21) abordam a questão sob a terminologia “capacidade jurídica pessoal”, a qual “se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça”.

Nesse rol de obstáculos à detenção da capacidade jurídica pessoal, que influenciam o resultado do processo, se encontra tanto a desigualdade de recursos financeiros, como a inaptidão para reconhecer direitos e o desconhecimento sobre a maneira de exercê-los (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 22-23.). Esses desconhecimentos, ademais, estariam ligados a um terceiro obstáculo, a indisposição psicológica das pessoas para processos judiciais. “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos Tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho” (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p.24).

Sobre a questão, Ilan Gewurz,⁶⁸ (GEWURZ, 2001, p.147-148 *apud* SOUZA, 2012, p. 76) sistematiza as diferentes faces de desequilíbrio de poder entre as partes, o qual é influenciado por fatores pessoais, substanciais e circunstanciais. Eis os elementos que identifica:

I. Dinâmica de poder específica ao conflito em questão:

A. Poder procedimental:

1. Informações e expertise no assunto
2. Compromisso (foco no assunto)
3. Poder pessoal:
 - a. boa aparência e amabilidade
 - b. integridade
 - c. paciência
 - d. eloquência
 - e. educação
 - f. ocupação profissional
4. Expectativas de aprovação da parte contrária
5. Habilidades de negociação e estilo

B. Poder substancial:

1. Poder coercitivo e retributivo
2. Controle dos recursos (poder econômico)
3. Alternativa a uma solução negociada

II. Contexto do relacionamento:

A. Precedentes

B. Poder psicológico:

1. Auto-estima
2. Estabilidade emocional
3. Dinâmica de gênero

C. Legitimidade:

1. Autoridade
2. Reputação
3. *Status* social

Não obstante, defende-se que a probabilidade dessa desigualdade (que não seria exclusiva dos mecanismos consensuais, pois se faz presente também no acionamento da jurisdição, como pontuado) não é ignorada. Pelo contrário, sustenta-se o adequado treinamento dos profissionais respectivos para a percepção dessa circunstância e abordagem apta à sua equalização. Sobre o procedimento de mediação, em específico, Souza (2012, p.77) sustenta que:

Ele pode e deve ser delineado de forma a garantir que o nível de informações e sua respectiva compreensão seja equalizado, que a oportunidade de expressar os interesses de cada uma das partes seja efetivamente garantida, e que o diálogo seja conduzido de forma a

⁶⁸ GEWURZ, Ilan G. (Re) designing mediation to address the nuances of power imbalance. Conflict Resolution Quarterly, v.9, n.2, Winter 2001.

assegurar que todas as partes envolvidas tenham consciência dos interesses em jogo e de suas alternativas à solução consensual.

Aliás, essas garantias de participação e informação geralmente se encontram incorporadas aos Códigos de Ética de Mediadores. Ilustrativamente, o Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA)⁶⁹, estatui serem deveres do mediador frente às partes (item IV):

6. Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim equilíbrio de poder;
7. Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir.

Mais à frente, item V, 8, o Código resguarda ao mediador a prerrogativa de suspender ou finalizar a mediação quando concluir que sua continuação possa ser prejudicial a qualquer das partes, ou quando solicitado por qualquer delas.

Antônio Rodrigues de Freitas Júnior é firme quanto ao equívoco de se considerar a mediação incompatível com conflitos nos quais as partes estejam em situação de desigualdade. Sustenta, contrariamente, a aptidão do método para o equilíbrio dessa relação em grau superior ao procedimento jurisdicional tradicional. Afirma que:

(...) se relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportassem intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta. Bem ao contrário do que afirmam esses cétricos, é precisamente a intervenção direta do mediador no equilíbrio intersubjetivo, por intermédio de técnicas a que se convencionou denominar “empoderamento”, que permite o tratamento menos desigual na confecção comum de uma pauta reconhecida pelos sujeitos enquanto substancialmente justa e equilibrada. Por outro lado, a dogmática processual predominante, caudatária do enaltecimento do princípio-regra da “ampla-defesa” e da “igualdade formal” dos contendores, em lugar de atenuar, tende para o aprofundamento das assimetrias intersubjetivas (FREITAS JÚNIOR, 2009a, p.524).

Sobre o “empoderamento” referido pelo autor, tradução adaptada da expressão inglesa “empowerment”, designa-se a capacidade desses métodos em fazer com que “a parte adquira consciência das suas próprias capacidades e qualidades”, o que, segundo André Gomma de Azevedo, seria útil em dois momentos do processo de mediação: dentro do próprio processo e ao final. No próprio processo, como forma de tornar as partes cientes do seu poder

⁶⁹ Disponível em: <http://www.conima.org.br/codigo_etica_med>. Acesso em: 25 abr. 2017.

de negociação e dos seus interesses com relação à disputa em questão. Ao final, porque o empoderamento consiste em fazer com que a parte descubra, a partir das técnicas de mediação aplicadas no processo, que tem a capacidade, ou poder, de administrar seus próprios conflitos (AZEVEDO, 2012, p.159).

Aliás, há quem defenda que essa capacitação (ou empoderamento) que confere às pessoas progressiva autonomia para assumirem a responsabilidade de solução, ao menos parcial, de seus futuros conflitos, deve ser encarada como mais um escopo do sistema processual⁷⁰.

Daí, na perspectiva inserida pelos mecanismos autocompositivos, é possível afirmar que “dentre os escopos sociais de um sistema processual, encontram-se também as orientações voltadas à compreensão recíproca das partes (validação) e à educação para composição de controvérsias (empoderamento ou capacitação)” (AZEVEDO, 2003, p.156).

Neste sentido, também caminhou o Código de ética de mediadores e conciliadores judiciais, anexo III, da Resolução nº 125/2010 do CNJ, ao definir o empoderamento em seu item VII como: “dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”.

Anexo ao empoderamento, o princípio da decisão informada é também crucial no desafio de maior equalização das partes. Luciane Moessa de Souza (2012, p.95) informa sobre a seguinte norma do Código-modelo americano, que fixa a autodeterminação como condição de procedibilidade da mediação:

Se uma das partes aparentar ter dificuldades em compreender o processo, as questões nele envolvidas ou as possíveis opções de acordo que se apresentam, ou dificuldades em participar do processo, o mediador deverá explorar as circunstâncias e possibilidades de ajuste ou modificações que tornem possível a esta parte compreender, participar e exercer sua autodeterminação.

Como se observa, a norma do Código americano é bastante cautelosa e destaca expressamente as dificuldades das partes quanto à própria matéria envolvida, suas repercussões e possibilidades de acordo, como obstáculos à efetiva autodeterminação. Ou seja, abrange também a eventual dificuldade de inteligência das partes quanto ao conteúdo dos direitos discutidos e seus limites, como fator de legitimação do exercício do direito de decisão sobre o

⁷⁰ O Escopo do empoderamento se somaria aos escopos jurídico, político e social, propagados no Brasil, predominantemente, sob a batuta de Cândido Rangel Dinamarco. Sobre a questão, consultar a obra “A instrumentalidade do processo” referenciada neste trabalho.

próprio futuro e rumo da controvérsia.

Quanto ao princípio da decisão informada, Azevedo (2012, p.232) sintetiza que:

Estabelece como condição de legitimidade para a autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram. Nesse sentido, somente será legítima a resolução de uma disputa por meio da autocomposição se as partes, ao eventualmente renunciarem a um direito, tiverem plena consciência quanto à existência desse direito subjetivo.

É em razão desse princípio que o Código de Ética do CONIMA, em seu item 6, fixa como dever do mediador, frente ao processo, o de: “sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade”.

Esse, parece-nos, é um ponto bastante relevante da problemática aqui posta, pois apesar dos mecanismos autocompositivos perquirirem sobre as condições necessárias ao exercício da autodeterminação pelas partes, outros princípios, sobretudo o da imparcialidade do facilitador, restringiria a possibilidade de intervenção direta no sentido da superação de possíveis deficiências, dentre elas, a ignorância legal que possa levar a firmação de acordos nem tão “autodeterminados”.

No entanto, há certa dificuldade de compreensão do significado do princípio da imparcialidade, se ele se restringe a impor ao mediador e ao conciliador um tratamento equitativo das partes durante o procedimento e não impregnado de suas concepções pessoais (ideal de difícil execução), ou se também autoriza a postura de “indiferença” com o próprio resultado da composição.

A pesquisa teórica alimenta a dúvida. Discorrendo sobre a deontologia do mediador, Azevedo (2012, p.230) aduz que ele deve “garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo”. Lado outro, Sales (2010, p.47), afirma que ele deve ser capaz de “entender o conflito (ambiente em que ocorre o conflito), ser paciente, inteligente, criativo, confiável, humilde, objetivo hábil na comunicação, *imparcial com relação ao processo e ao resultado*” (grifo nosso).

No Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III, da Resolução n.125/2010, do CNJ) o princípio da imparcialidade está contemplado da seguinte forma:

Art. 1º, inc. IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais

aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Em sentido idêntico, a definição de imparcialidade do Código de Ética do CONIMA, segundo o qual a imparcialidade é condição fundamental ao Mediador e significa que “não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho”. A Lei nº 13.140/2015 também contempla o princípio.

No entanto, em outras passagens do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, o dever de independência e autonomia aparece relacionado com a obrigação de não redigir acordo ilegal ou inexecutável (incisos V, do art. 1º). Pouco à frente, o inc. VI, do mesmo artigo, acrescenta o dever dos mediadores e conciliadores velarem “para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes” e no inciso II, identifica como sendo o conteúdo do *princípio da decisão informada* o “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”.

Como se verifica, há um aparente embate entre os princípios. Esse dilema é objeto da reflexão de Ronit Zamir⁷¹, para quem a tensão derivaria de dois conceitos éticos diferentes: a ética da imparcialidade e a ética do cuidado. O primeiro estaria representado na necessidade de distanciamento em relação às partes em nome de uma justiça objetiva, gerando a delicada distinção entre processo e conteúdo, e obstando a intervenção do facilitador no último. O segundo representaria a responsabilidade em relação à parte e a preocupação quanto às suas necessidades, o que, contrariamente, pode exigir a intervenção no conteúdo da disputa (ZAMIR, 2010-2011, p. 467-517 *apud* TAKAHASHI, 2014, p.64).

Sobre a primeira previsão (zelo para que o acordo não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes), sua literalidade parece-nos incompatível com a perspectiva ampla com a qual trabalham os meios não adversariais em comento. Se tal ocorresse, estaríamos diante de um julgamento, uma solução obtida por aplicação das “leis vigentes” e não diante de solução transacionada, cuja essência é, exatamente, o não aprofundamento quanto à aplicação desta ou daquela lei.

Portanto, acreditamos que a orientação, em verdade, diz respeito aos limites impostos

⁷¹ ZAMIR, Ronit. The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New mediation ethic. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v.11, Malibu, Pepperdine University, 2010-2011.

por normas imperativas e direitos que estejam fora do âmbito da disponibilidade das partes, análise para a qual a classificação desenvolvida no item 7.1 desta pesquisa igualmente se revela útil.

Sobre a segunda previsão (dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido) o emprego do verbo “manter” parece-nos indiciar mais do que o pretendido. Afinal, não conseguimos extrair do conjunto normativo a conclusão de autorização para que o mediador ou conciliador instrua efetivamente as partes, por exemplo, procedendo à avaliação jurídica dos argumentos. Muito pelo contrário, esse aconselhamento jurídico, ou de qualquer outra espécie de expertise, não lhe seria permitido.

Assim, ainda que não caiba ao mediador ou conciliador prestar as informações necessária, o princípio da decisão informada impõe o dever de certificação quanto ao domínio sobre essas informações e incentivo à busca delas se necessário.

À luz desta recapitulação, ainda que não se possa afirmar a total “irrelevância” do direito material para os procedimentos de mediação e conciliação, vez que incidem restrições à liberdade negocial, cuja observância é definida como dever dos conciliadores e mediadores, há por outro lado (como é da natureza desses métodos), um predomínio desprendimento quanto à qualidade da solução sob o aspecto da sua proximidade ou não à eventual solução adjudicada, ou seja, sob o aspecto estritamente jurídico.

A fidelidade ao traço facilitador é ratificada também pela opção por um amplo espectro de profissionais aos quais é possibilitada tal atuação. A exigência legal, em regra, restringe-se à obtenção da capacitação específica, sendo irrelevante a formação jurídica, seja particular da matéria em conflito, seja geral. Tratando-se de mediação extrajudicial, é facultativa, inclusive, a assistência das partes por advogado⁷².

Portanto, retomando as indagações inicialmente lançadas, concluímos que é de fato inegável a menor vinculação da mediação e conciliação conduzida por terceiros com a aplicação do direito material; o contrário, aliás, implicaria na própria desnaturação desses métodos. Essa, aliás, a orientação extraída da concepção ampliada de acesso à justiça anteriormente analisada.

Lado outro, assim como na jurisdição, também são possíveis medidas para a maior paridade das partes no âmbito dos mecanismos consensuais, as quais, de certo modo, já se

⁷² Lei n. 13.140/15, Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

encontram contempladas na teoria e normatização aplicáveis a esses métodos. Nesse sentido, o já comentado princípio da decisão informada, o ideal do empoderamento, o dever de cessar a mediação ou conciliação se identificada coerção ou possibilidade de lesão a qualquer das partes e a imposição de tratamento paritário dos envolvidos a partir da consideração das suas peculiaridades. Acrescentamos, ainda, a informalidade dos métodos, a qual, indubitavelmente, é um fator de facilitação da compreensão, pelos envolvidos, do contexto no qual se inserem.

Ademais, não vislumbramos contradição nessa estruturação, pois ainda que seja da essência desses mecanismos a valorização da autonomia da vontade das partes e o consensualismo, é falacioso falar em autonomia e consenso sobre aquilo que não se enxerga nitidamente e bem compreende. O escopo social de “pacificação com justiça” não é exclusivo da jurisdição. Ele se estende aos mecanismos pautados na autocomposição, os quais, ao menos estruturalmente e ideologicamente, não se voltam à pacificação (ou falsa pacificação) a qualquer custo, mas a uma pacificação efetivamente útil e satisfatória aos seus usuários. Os critérios para essa utilidade e satisfação, todavia, podem variar e não se vinculam apenas ao grau de correspondência entre a solução empregada e a lei material respectiva.

Todavia, entendemos que o compromisso menos rígido com a aplicação do direito material tem peso diverso nos diversos tipos de conflito, o que implica em resultados diferentes na “balança dos prós e contras” do recurso à via adjudicada ou negociada.

Sobre essa controvérsia, útil recuperar a classificação propagada por Ellen Waldman (descrita no tópico 5.5), segundo a qual existiriam três espécies de facilitador: o gerador de normas, o educador de normas e o defensor de normas. O primeiro, é marcado pela ampla liberdade das partes, ou seja: é norma o que as partes assim identificam e elegem. Já o segundo, defende que só se deve falar em autodeterminação quando as partes são investidas de adequado grau de informação para a consciente tomada de decisão, inclusive comparativamente, entre riscos e benefícios da opção negociada e da opção adjudicada. No modelo defensor das normas, por sua vez, há tanto o dever de informar as partes como o de zelar pela ressonância dessas normas no eventual acordo (WALDMAN, 2011, *apud* TAKAHASHI, 2014, p.66).

O modelo gerador de normas, muitas vezes, é fundamental para a formulação de solução mais equânime, ajustada aos interesses do caso concreto e útil às partes, e que dificilmente seria possível pela via inflexível da lei genérica e abstrata. É o que se tem observado, por exemplo, em muitas experiências mediatórias no campo do direito de família.

Em outras circunstâncias, a maleabilidade pode aprofundar os danos na esfera patrimonial jurídica e sequer compensá-los com ganhos de outra espécie como, por exemplo, benefícios psicossociais (redução do desgaste emocional, restabelecimento ou preservação da

relação, superação de mágoas, melhoria da comunicação etc.). Pode, ademais, concorrer para a reprodução de lesões e incremento da inefetividade dos sistemas jurídicos. Nesses casos, relevante refletir sobre a preferência por mecanismos facilitadores da autocomposição, mas concebidos sob a ótica da “defesa” das normas ou, ao menos, da autodeterminação informada das partes.

7.3 Demandas repetitivas, litigantes recorrentes e a política de gestão consensual de conflitos individuais trabalhistas

Entende-se por demandas repetitivas as que contenham reiteração de matéria de fato e direito no curso do tempo. Sobre elas, Asperti (2014, p.36) observa que:

Decorrem das relações entre entes públicos e indivíduos, reguladas pelos mesmos aparatos e procedimentos normatizados, ou entre indivíduos e empresas fornecedoras de produtos ou serviços padronizados, cuja contratação se firma adesivamente. Em outras palavras, os casos reconhecidos como repetitivos tipicamente envolvem uma relação entre um ator institucional (poder público, instituições financeiras, concessionárias, grandes empresas) cuja atuação repercute sobre a esfera de direitos de múltiplos atores individuais (o cidadão, o consumidor, o segurado) em grande escala, seja de forma continuada, seja circunstancialmente.

Boa parte da sobrecarga do Judiciário brasileiro se relaciona a essa espécie de demanda e seus respectivos litigantes, e não propriamente à desejada democratização do acesso à justiça, no sentido de abrangência geral da população. Em verdade, persiste certa monopolização desse acesso por um número reduzido de agentes, predominantemente, o próprio poder público, concessionárias de serviços públicos e empresas privadas de grande porte e destaque na sociedade de consumo, a exemplo dos bancos.

Não é recente a atenção dispensada a essa espécie de usuário da justiça no estudo do sistema judicial e seus desafios. Ilustrativamente, de grande relevância, ainda hoje, a sistematização levada a efeito por Marc Galanter, em 1974, na qual identificou quatro categorias de demandas nas disputas judiciais americanas, com fito a uma melhor compreensão dos fatores de disparidade entre as partes e implicações no resultado do processo. São as seguintes as categorias de demandas identificadas:

Aquelas ajuizadas por um litigante repetitivo em face de outro litigante repetitivo (e.g. uma rescisão contratual ou uma declaratória de inexigibilidade de crédito tributário); demandas ajuizadas pelo litigante

ocasional em face do litigante repetitivo (e.g demandas de concessão de benefício previdenciário intentadas pelos segurados em face do INSS); ações ajuizadas pelo litigante repetitivo em face do litigante ocasional (e.g. execuções fiscais ou ações de cobrança de dívida bancária); e ações ingressadas por litigantes ocasionais em face de outros litigantes ocasionais (e.g. ações de interdição, de divórcio), etc. (GALANTER, 1974, p.107 *apud* ASPERTI, 2014, p.37)⁷³.

Com base nessa sistematização, o autor faz uma distinção entre as possibilidades das partes, pela qual busca demonstrar que litigantes habituais detém vantagens estratégicas em face dos litigantes eventuais (contatos isolados e pouca frequência no sistema judicial), que vão além da vantagem financeira, em regra presente, ainda que com ela se relacionem. Essa sistematização foi resgatada por Cappelletti e Garth no estudo “Acesso à Justiça” de 1978. Neste, os autores destacam que as vantagens dos litigantes habituais, de acordo com Galanter, são numerosas e incluem:

1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.25).

O acúmulo de experiência e expertise dos advogados dos litigantes habituais, os quais, frequentemente, atuam com os mesmos clientes e tipo de demanda e, ainda, a inércia e morosidade do sistema judicial, seriam outras vantagens destacadas por Galanter. Sobre a última, “enquanto o caráter reativo do sistema favorece o demandante com recursos e habilidades para coletar as informações sobre a demanda e navegar o sistema processual⁷⁴”, o congestionamento processual e a morosidade do sistema, desestimulariam a litigância e incentivariam a realização de acordos pelos litigantes ocasionais (GALANTER, 1974, p. 119 - 122 *apud* ASPERTI, 2014, 39-40).

No mesmo sentido, em “Processos, ideologias e sociedade”, Cappelletti (2010, p.386) resume:

Se é certo que as portas dos Tribunais estão formalmente abertas igualmente para todos, não é menos certo que tal acesso é bem diverso

⁷³ GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v.9, n.1, 1974.

⁷⁴ GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v.9, n.1, 1974.

para quem tenha uma informação suficiente sobre seus próprios direitos, que possa fazer-se representar por um bom advogado, e tenha a possibilidade de esperar os resultados a miúdo tardios dos procedimentos jurisdicionais, do que para quem careça de tais requisitos econômico-culturais.

Essas considerações são fundamentais à esta pesquisa vez que demandas repetitivas, litigantes recorrentes e assimetria entre as partes integram a realidade do sistema judicial trabalhista. Conforme esclarecemos na introdução, adotamos como marco teórico os estudos sobre o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios na construção do Estado Social Democrático de Direito. Como tal, consideramos a tipologia de Estado cujo objetivo é harmonizar os direitos fundamentais individuais e sociais, que visa a efetivar, de forma plural, as liberdades constitucionais, o que requer ações estratégicas voltadas à transformação da realidade e promoção de justiça social. É no desenrolar do presente item, em complementação às reflexões suscitadas no tópico anterior, que as razões para a adoção deste marco teórico se tornam mais claras.

Ao passo que caminhamos para a afirmação de uma concepção ampliada de justiça, com superação do monopólio da jurisdição⁷⁵, não se pode negligenciar que “a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social” (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.12).

É nesse sentido que José Roberto Freire Pimenta, com supedâneo no escopo social do processo, pacificação com justiça⁷⁶, propõe a análise da conciliação no âmbito da Justiça laboral, “como técnica indispensável, a um só tempo, de pacificação social e de condução à

⁷⁵ Entenda-se aqui o monopólio formal, pois no plano fático não se pode negar a coexistência permanente de outros mecanismos de gestão de conflitos, sobretudo em espaços comunitários não dominados pelo Estado, assim como normas advindas de outros centros de produção distintos do legal. A temática do monismo *versus* pluralismo jurídico se desenvolveu especialmente na segunda metade do século XX, originalmente na antropologia jurídica, referindo-se ao direito nas colônias e, posteriormente, nos Estados pós-coloniais nos quais conviviam complexos de direitos indígenas paralelamente ao direito “oficial” do colonizador ocidental. Nos anos 70, se destacaram os estudos de Boaventura de Souza Santos, sociólogo responsável por diversas pesquisas na área, dentre elas um estudo empírico em uma favela no Rio de Janeiro (para sua tese de doutoramento defendida na Universidade de Yale), onde constatou a resolução interna de conflitos de posse de terras e construção de moradias, intitulando metaforicamente o sistema de “Direito de Pasárgada”. À margem das instituições estatais e diante da ilegalidade coletiva da habitação, os habitantes de “Pasárgada” desenvolveram mecanismos alternativos de organização coletiva e resolução de conflitos, submetendo-os, sobretudo, à mediação via associação de moradores.

⁷⁶ Os escopos do processo, segundo a tese de Cândido Rangel Dinamarco foram abordados no item anterior.

ordem jurídica justa” (PIMENTA, 2014, p.23).

Delgado (2014, p.19), em análise sobre os papéis do Judiciário trabalhista na democracia moderna, destaca que compreendem tanto a solução de conflitos como ainda a fixação de parâmetros relativamente claros acerca do sentido da ordem jurídica imperante nas realidades sociais e institucionais.

Aponta:

Os dois papéis – cada um à sua maneira – cumprem o estratégico objetivo de cimentar as balizas de atuação dos distintos atores estatais e sociais, assegurando a efetividade da ordem jurídica de Direito Material e, simultaneamente, garantindo segurança às relações sociais, econômicas e culturais existentes na realidade concreta do país. Com isso estimulam o cumprimento espontâneo das normas jurídicas materiais de todos os campos do Direito, prevenindo, nessa dinâmica, a própria existência de futuros conflitos no cenário do Estado e da sociedade (DELGADO, 2014, p.19).

Se as técnicas processuais são instrumentos do direito material, e se ao menos em tese o direito material corporifica (ou deve corporificar) os objetivos e valores da sociedade a qual se dirige, a sorte de um depende do outro. Esse imbricamento é essencial a um estudo que, como o presente, analisa um *modelo multipistas de solução de conflitos*, o *pluriprocessualismo*, ou como aqui preferimos, o sistema híbrido de gestão de conflitos, o qual pressupõe uma nova concepção de justiça e de acesso à justiça⁷⁷, na qual não são exclusivos nem o paradigma positivista, nem seu meio adversarial de incidência.

Se cediço que nem toda forma de gestão de conflito e realização de justiça estão adstritas ao Judiciário, o qual é apenas um dos cenários de um fenômeno social muito mais amplo, e se é certo também que por suas limitações formativas e estruturais, a adjudicação muitas vezes se restringe à extinção do processo, sem contribuição na modificação das pessoas e suas posturas sociais. Inegável, igualmente, a importância ou mesmo a inderrogabilidade da sua intervenção compulsória, coercitiva e corretiva em tantas outras circunstâncias.

Owen Fiss, em entendimento rígido sobre o tema, argumenta que o trabalho do Judiciário “não é maximizar os objetivos dos particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade”, tarefa que não desempenha quando as partes celebram um acordo (FISS, 2004, p.139).

Não compartilhamos desse entendimento extremista, muito pelo contrário. Valores contidos em leis, são em regra relevantes para a respectiva coletividade a qual se dirigem, mas

⁷⁷ A questão foi explorada no item 4.4.

nunca serão os únicos na “arena” dos valores das sociedades essencialmente plurais, sobretudo na modernidade. Em verdade, são apenas aqueles que se firmaram no dinâmico “jogo dos poderes”, e que podem, inclusive, não ser os mais relevantes sob a ótica subjetiva dos litigantes em particular.

Discordamos, ademais, da premissa pela qual a via judicial adjudicada é a única apta à realização desses valores. Na separação de um casal com filho menor, por exemplo, não acreditamos que uma norma heterônoma de tutela do interesse da criança possa efetivar esse interesse de forma melhor que a norma construída consensual e cooperativamente pelos próprios pais, por vezes, com participação também da criança.

Não se pode eleger uma unanimidade. Posições generalistas expressam concepções artificiais que dificilmente resistirão à investigação minimamente aprofundada e sinceramente aberta à reflexão. Acreditamos que há espaço e necessidade de todas as alternativas de gestão de conflitos, as quais figuram em condição de igualdade no plano teórico; e que apenas podem adquirir preferência umas sobre as outras, no plano fático, no momento concreto de aplicação, a partir das características peculiares dos vários tipos e graus de conflito.

A moderna visão sobre o fenômeno conflitual, o aprofundado arcabouço teórico que dá supedâneo aos métodos consensuais de sua gestão e, sobretudo, a experimentação exitosa dessas técnicas em diversas partes do mundo, comprovam as vantagens de ordem psicossocial desse modelo. Tanto pela ótica do cidadão, particularmente considerado, quanto da comunidade na qual se insere.

Compartilhamos do otimismo pelo qual esse modelo, se adequadamente implementado (com apropriada estruturação física, capacitação profissional, práticas informativas etc.), detém aptidão para, a longo prazo, gerar mudanças culturais, educar e instigar os cidadãos à uma maior autonomia e práticas empáticas diante das divergências nos variados segmentos da vida social.

Conflitos são naturais à “co-vivência” e sempre existirão, para o mal e para o bem da sociedade. A “cultura de paz” é inatingível. Lado outro, viável e desejável uma cultura cooperativa de gestão dos conflitos, alma das verdadeiras coletividades, orgânicas e minimamente coesas. Coletividades que conseguem ir além de um simples aglomerado de indivíduos em um território compartilhado (bairro, cidade, país, planeta), mas incapazes de respirar ares e ideais comuns.

Paralelamente, inegável que as políticas públicas que incorporam o sistema diversificado de acesso à justiça (e saída dele) também intencionam a diminuição da litigiosidade e, conseqüentemente, a redução do número e tempo de tramitação dos processos, o que será positivo para a qualidade do serviço jurisdicional. À luz das dificuldades do

Judiciário em dar resposta em tempo razoável às demandas que lhes são submetidas (pelos motivos consabidos e constantemente suscitados), nos parece natural a apropriação do modelo amplificado de gestão de conflitos, o qual, de fato, vêm sendo implementado em diversos países.

Essa funcionalidade é um efeito natural e altamente vantajoso para todos. No entanto, cabe refletir sobre os riscos da inversão da ordem desses argumentos e prioridade de objetivos. O que preocupa é a tentação de transformar esse caminho, longo e de obstáculos sensíveis, em um “atalho torto”, percorrido por passos açodados e incautos. Açodados, pela sedução dos números e da tentativa de solução, em primeiro plano, do problema do próprio Judiciário no que toca ao seu volume de processos. Incautos, à luz do equívoco que isso pode representar no sentido do estímulo à proliferação de lesões e novas demandas, mais intensificando que aliviando as dificuldades do sistema de justiça.

Essa consideração deve gozar de um especial espaço de reflexão no âmbito do Direito laboral. Tanto em razão da finalidade social a que se dirige, e que insistentemente temos suscitado, quanto pelo fato de ser um campo fértil para lesões reiteradas e disputas judiciais repetitivas.

A preocupação não é original, muitos outros estudiosos do tema a compartilham. Vitor Araújo Filgueiras, em trabalho intitulado “A Justiça do Trabalho e a conciliação impossível”, destaca a atuação da instituição como um dentre outros fatores decisivos para a obediência às normas trabalhistas pelos empregadores, um dos elementos para o cálculo do custo-benefício, que não seria inerente à natureza humana, mas da essência do capital. O autor pondera:

A comparação da regulação do trabalho assalariado com a regulação de outras condutas ou relações sociais é, em geral, anacrônica. Em tendo as relações diferentes naturezas, semelhantes formas de intervenção para o cumprimento da lei podem engendrar diversos resultados. Por exemplo, onde não impera a busca do lucro, a sensibilização emocional ou educativa do agente pode ser plausível, como no caso do trânsito. O objetivo e a natureza da relação do motorista com outras pessoas no trânsito não são predeterminados. No cumprimento da legislação pela capital, diferentemente, há um objetivo *a priori*. O capital quer se reproduzir. As normas de proteção ao trabalho, em regra, constituem grãos de areia no seu fluxo (FILGUEIRAS, 2014, p.97).

À luz dessa premissa, não se pode esperar do capital o cumprimento genuinamente espontâneo de preceito que, na linguagem financeira, signifique aumento da despesa, por mais humanístico que este preceito possa ser em outras linguagens. Esse cumprimento ou será resultado de cobrança coercitiva, ou induzido por vantagens compensatórias, como imagem social que permita benefícios de outras ordens, aumento da produtividade (geralmente às custas

da maior competição interna entre os trabalhadores), ou pelo simples receio de uma consequência mais custosa. Assim:

Impor uma relação entre cumprimento das regras e taxa de lucro é condição *sine qua non* para a efetividade do Direito do Trabalho. Não há qualquer maniqueísmo nessa constatação: os capitalistas podem ser individualmente muito honestos, de boa-fé, mas a tendência é de subsunção de valores individuais às pressões internas (lógica do lucro) e externas (concorrência) da relação social, com os agravantes do nosso capitalismo retardatário e de tradição escravocrata (FILGUEIRAS, 2014, p.97).

Enfim, ao Judiciário são atribuídos tanto o papel repressivo quanto preventivo; papéis que, ao fim, se entrelaçam e se complementam. Afinal, a interpretação e aplicação das normas na gestão pontual dos conflitos é também medida preventiva, pois, ao atuar concretamente, atinge o ápice do seu efeito pedagógico e, conseqüentemente, o seu efeito preventivo da reiteração de infrações e novos conflitos. Logo, a eventual inefetividade das técnicas de realização dos seus comandos são riscos à legitimidade de todo sistema.

Essa possibilidade não pode ser negligenciada pelos estudos e políticas públicas de gestão de conflitos, sobretudo em campos sensíveis do direito, como o trabalhista, cuja relação tem por marca a assimetria. Distingue-se dos conflitos de ordem empresarial, ou de disputas civis comuns, como os clássicos conflitos de vizinhança, ou contratuais, nas quais a paridade de armas é geral e presumida.

Portanto, considerando as reflexões suscitadas neste e nos tópicos antecedentes, sopesados os prós e contras da possível aplicação da mediação e da conciliação, nos moldes formatados na esfera civil, no campo do direito individual do trabalho, entendemos que razão assiste tanto ao CNJ quanto ao CSJT ao atentarem para a necessidade de formatação de um modelo peculiar para a gestão cooperativa dos conflitos desta índole.

Ainda que, a nosso sentir, o desenho deste modelo próprio ainda requeira aperfeiçoamentos, os traços trazidos pela Resolução nº 174/16 do CSJT, explorados no item 6.5, são primordiais para o equilíbrio entre os benefícios da concepção ampliada de justiça e a função social/redistributiva desempenhada pelo Direito do Trabalho, sobretudo em tempos tão duros para os direitos sociais no Brasil.

7.4 Autocomposição extrajudicial e procedimento para homologação: exercício de jurisdição voluntária em sede trabalhista

Na trilha das reflexões sobre a transição para um modelo híbrido de gestão conflitual, no qual seja estimulada a solução autônoma das partes, não poderíamos deixar de suscitar alguns questionamentos acerca da transação extrajudicial, matéria de grande polêmica no domínio do direito individual do trabalho.

A homologação em juízo de transação extrajudicial como meio de prevenção e solução de conflitos é prevista no Código Civil brasileiro (CCB), arts. 840 a 842, *in verbis*:

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

A decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza passou a ser também prevista como título executivo judicial, em conjunto com as decisões judiciais e homologatórias de autocomposição judiciais, pelo art. 515, inc. III, do CPC.

A introdução desta norma no ordenamento pátrio pela Lei nº 11.232/2005 reacendeu a discussão sobre a viabilidade do procedimento no campo trabalhista, inclusive em razão da atual competência da Justiça do Trabalho, a qual abrange não só pretensões advindas do contrato de emprego, mas também “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, *lato senso* (CF/88, art. 114, inc. IX), por exemplo entre prestadores de serviços autônomos e respectivos tomadores, nas hipóteses em que não configurada relação de consumo.

Porém, não havia, até a recente Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, disposição similar de direito material ou processual trabalhista. Com a referida lei, a qual introduziu os artigos 855-B a 855-D à CLT, os quais regulamentam o procedimento no âmbito trabalhista, a discussão sobre a compatibilidade da norma processual civil perde objeto, deslocando-se para a reflexão sobre possíveis prós e contras da previsão específica, e doravante inevitável. Pois bem.

A questão é bastante controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a qual, expressivamente, entendia pela inaplicabilidade e extinção da ação dessa espécie, sem a apreciação do seu mérito, sob o fundamento da falta de interesse para agir, por inexistência de lide. Tal circunstância, não raro, causa perplexidade nas partes e mesmo advogados que utilizam a previsão legal e, agindo de boa-fé (com espeque nos artigos citados), pleiteiam a homologação da composição.

Outra espécie de fundamento, para a decisão com o mesmo efeito, é a que extinguiu o processo, também sem apreciação de mérito, por considerar que a composição já se consubstancia em título executivo, ainda que extrajudicial (acordo em escritura pública ou documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, na forma do art. 784, inc II e III, do CPC), razão pela qual as partes careceriam mais uma vez de interesse.

Particularmente, já não considerávamos ser esta a melhor conclusão. Afinal, o interesse processual, na hipótese, estaria representado na maior segurança jurídica pretendida pelas partes, e, ainda, na maior facilidade da execução das obrigações constituídas (caso necessário), pois diferentes os ritos do cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial.

Não se trata, portanto, de mais uma e despicienda hipótese de “judicialização da vida” (CHAVES, 2016, p.1014), pois sendo judicial o título, se garantiria, ademais, a maior simplicidade da eventual execução, por exemplo com a restrição das matérias de embargos.

Um outro argumento para a negativa de apreciação do mérito dessa pretensão, correntemente invocado, era o da incompetência da Justiça do Trabalho, sustentando-se que o exercício de jurisdição voluntária (função de administração de interesses privados) não foi a ela atribuído. Nesse diapasão, a seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE CONTENCIOSO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Segundo a diretriz do art. 114, IX, da CF, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. “*In casu*”, as partes postulam, conjuntamente, a homologação de acordo extrajudicial. Nesse contexto, conclui-se pela incompetência desta Especializada para apreciar o feito, na medida em que, na hipótese, não há controvérsia, ou seja, não há litígio oriundo de relação de trabalho, pois as partes limitam-se a requerer, conjuntamente, a referida homologação, “*a fim de resguardar os direitos de ambos os contratantes*”. Recurso de revista não conhecido”.⁷⁸

Porém, a negação das atribuições de jurisdição voluntária à Justiça laboral por apego à literalidade do que dispõem os artigos 643 da CLT e art. 114, IX, da Constituição Federal de 1988 (competência para dirimir “dissídios” e “controvérsias”) é bastante frágil.

A atividade conciliatória em tal segmento é prevista em diversos outros dispositivos legais e faz parte de sua essência e história. Se o magistrado trabalhista pode e deve envidar

⁷⁸ Processo: Recurso de Revista nº 623311-35.2000.5.12.5555. Órgão Judicante: 1ª Turma do TST. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Julgamento em 14 de novembro de 2007. Disponível em: http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=3540&ano_int=2000 Acesso em: 11/04/2017.

seus esforços pela conciliação informada (e livre) das partes, em processo contencioso, sendo necessário que a sua vontade integre a vontade daquelas por via da homologação para que a composição surta seus efeitos, porque negar tal atividade em caráter preventivo de “dissídios” e “controvérsias” via jurisdição voluntária?

Todavia, são múltiplas as razões que recomendam a interpretação em sentido oposto, mas para avançarmos neste raciocínio, necessário uma breve lembrança da teoria que qualifica a jurisdição como contenciosa ou voluntária.

Enquanto a primeira se destina à solução de conflitos por via da aplicação coercitiva do direito material declarado, em substituição das vontades (inconciliáveis) das partes; a segunda engloba a administração de situações que, apesar de não envolverem conflitos, comportam uma relevância social que recomenda a participação estatal, ao que tradicionalmente se define como “administração pública de interesses privados”⁷⁹

Acerca da última, Luiz Guilherme Marinoni explica que:

Em alguns casos a jurisdição não atua para resolver um conflito de interesses, mas somente para zelar por algumas situações de direito material que, diante da sua relevância social e ao ver do legislador, não podem ficar entregues apenas aos particulares envolvidos, ou ainda ser apenas recepcionados por uma autoridade administrativa ou por um sujeito privado (MARINONI, 2013, p.153).

Vale notar que independentemente da Escola adotada, se a administrativista influenciada por Chiovenda ou a jurisdicionalista influenciada por Carnelutti (lide presente na atividade, porém como elemento a ser evitado, cuidando-se de exercício de jurisdição, ainda que, na hipótese, de caráter preventivo)⁸⁰ incontestável tratar-se de atuação em prol de um interesse público.

Portanto, cuida-se de circunstâncias de participação estatal excepcional na autonomia dos cidadãos, deliberadas pelo legislador à luz da relevância do ato. E conforme pontuam Cintra, Pellegrini e Dinamarco (2013, p.181), “o juiz age sempre no interesse do titular daquele interesse que a lei acha relevante socialmente”.

Há, no entanto, quem negue a própria ocorrência de exercício de jurisdição voluntária

⁷⁹ Conforme Marinoni (2013, p. 153), as primeiras linhas da tese que levou à reiterada reprodução desse conceito devem ser atribuídas a Guido Zanobini, em: *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato. Studi in memoria di Francesco Ferrara*, v.2, p.720).

⁸⁰ Sobre a questão, recomendamos o trabalho de Swarai Cervone de Oliveira: *Jurisdição voluntária: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil. Reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial*, tese de doutorado defendida junto à Faculdade de Direito de São Paulo constantes das referências desta pesquisa.

no procedimento em análise, entendimento que se fundamentava no artigo 1.112 do Código de Processo Civil de 1973, o qual não previa a pretensão de homologação judicial de autocomposição dentre as submetidas ao procedimento especial de jurisdição voluntária.

Todavia, a partir do atual Código de Processo Civil, a questão tende a se pacificar. Afinal a homologação de autocomposição extrajudicial, “de qualquer natureza ou valor”, passou a figurar expressamente dentre as hipóteses de exercício da jurisdição voluntária, submetendo-se ao procedimento especial regulados pelos artigos 719 a 724 do CPC 2015. É o que consta do art. 725, inc. VIII, do referido diploma, norma para a qual não havia correspondente no código processual anterior.

É claro que não estamos a afirmar que a composição por negociação direta exija a integração estatal para surtir efeitos. Incontroversa a sua validade como título extrajudicial, se retratada na forma para tanto exigida por lei, escritura pública assinada pelo devedor ou particular assinado pelo devedor e duas testemunhas⁸¹, ao menos na esfera cível, por expressa previsão legal.

Contudo, no campo trabalhista, a forte influência dos princípios da proteção e indisponibilidade (ainda que circunstanciada), motivados na assimetria da relação de trabalho, impeliu à formação de uma concepção de quase presunção de consentimento viciado do trabalhador nas hipóteses de negociação fora do âmbito judicial. Impera, de forma geral, a desconfiança sobre o equilíbrio nesta negociação, inclusive, independentemente das características do trabalhador (empregado ou não, considerando a competência ampla atual), como nível elevado de escolaridade e remuneração.

Apesar de compartilharmos das razões que motivam essa postura de “alerta”, discordamos do seu efeito na matéria ora tratada. A nosso sentir, essa particularidade, por si mesma, deveria justificar a receptividade à pretensão de homologação das negociações diretas, ao contrário de rejeitá-la e, com isso, afastar o fato (que permanecerá ocorrendo) da possibilidade de equilíbrio pelo órgão judicial. Nessa direção, a palavra de Lorival Ferreira dos Santos (2016)⁸², em mensagem dirigida aos magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da

⁸¹ Na seara trabalhista, caberia, igualmente, incluir neste rol os termos de conciliação obtidos junto às CCPs (Câmaras de Conciliação Prévia) considerando a natureza de títulos extrajudiciais (art. 876 e 625-E, parágrafo único da CLT). Quanto aos termos de ajustamento de conduta, igualmente previstos na ordem trabalhista como títulos extrajudiciais, entendemos inviável a pretensão em razão do caráter público de uma das partes, o Ministério Público do Trabalho, o qual tem por função exatamente a fiscalização da legislação e, ademais, é ente coletivo dotado de ampla autonomia e sob o qual não pendem riscos de vício de consentimento.

⁸² Mensagem recebida por amandabarbosa@trt15.jus.br em 24/05/2016.

15ª Região, enquanto Presidente do mesmo, no qual conclamava à reflexão sobre a política de gestão de conflitos no âmbito da Justiça do Trabalho:

Trata-se e questão de grande relevância para a própria efetividade da prestação jurisdicional trabalhista, daí a importância de os Magistrados do trabalho responderem de modo adequado e proficiente.

Por muito tempo este ramo do poder Judiciário assumiu posição de vanguarda em relação ao tema da conciliação. Enquanto noutros quadrantes da Justiça a conciliação era tratada como tema menor, inclusive com certo desdém para o próprio Judiciário Trabalhista, nós, juizes do trabalho, sempre soubemos valorizar a solução consensual dos conflitos decorrentes da relação laboral [...]. Com efeito e com todo respeito que merecem os que pensam de modo diverso, é muito melhor que as partes, ainda que em momento anterior ao ajuizamento de uma ação trabalhista, apresentem-se perante o Juiz do Trabalho com sinceridade de propósitos, dizendo a verdade e buscando adequada solução para a demanda, do que simulem uma lide com vistas a obter segurança jurídica por meio de uma homologação baseada em fatos fictícios. É hora de o juiz do trabalho e a justiça do Trabalho se submeterem a uma espécie de autoexame. É preciso responder com aguda sinceridade se, diante da complexidade do mundo atual e por consequência das demandas trazidas ao Judiciário Trabalhista, não é chegada a hora de serem reformulados os velhos métodos conciliatórios praticados nesta Justiça Especializada (informação pessoal).

A negativa de apreciação da solução compositiva na esfera trabalhista vinha concorrendo para um efeito adverso à proteção dos interesses públicos e privados relevantes, pois à luz dessa resistência e na busca da segurança negada pelo Judiciário, os interessados recorrem substitutivamente a órgãos secundários (a exemplo dos cartórios, para lavratura de escrituras públicas de acordo) ou mantêm a informalidade da negociação.

Ora, é incontroversa a importância econômica e social da relação trabalhista, não só para as partes (com ênfase para o obreiro que dela extrai a subsistência), como também para alguns interesses públicos, a exemplo do interesse pelo recolhimento das contribuições previdenciárias conexas.

Cabe observar que, atenta às restrições de disponibilidade de alguns direitos, a Lei nº 13.140/2015 (regulamentar da mediação), ressaltou a necessidade de homologação em juízo de acordos que versem sobre direitos indisponíveis. Nessa trilha, o art. 3º do diploma:

Art. 3º: 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 (grifado).

Por todo o exposto, não se pode *a priori* e de forma generalista concluir pela inutilidade da submissão da composição ao juízo, pois diversos aspectos podem ser ponderados e influenciados por essa avaliação judicial integrativa, aspectos para os quais as partes sequer possam ter se atentado. A experiência singular do órgão judicial pode contribuir, e muito, para o aperfeiçoamento da composição, auxiliando, inclusive, na prevenção de conflitos futuros (dela decorrentes), e de vícios do consentimento. Ao menos na esfera trabalhista, não se cuidaria de uma simples chancela, cega e cartorial, do juízo, valendo neste ponto boa parte das reflexões levadas a efeito no tópico 6.1, “conciliação judicial trabalhista”.

É o que também entende Maria Inês Targa ao afirmar inexistir obrigatoriedade da homologação se a composição estiver em discordância com a lei, podendo o juiz, “fazer com que as partes, por novas conversações por ele mediadas, estabeleçam avenças outras, em substituição ou até complementares daquelas que haviam anteriormente entabulado” (TARGA, 2004, p. 86).

Mauro Schiavi igualmente se manifesta a favor da prática, ressaltando as inúmeras cautelas que devem ser observadas pelo juiz para homologar eventual transação extrajudicial, como designar audiência⁸³, inteirar-se dos limites do litígio e ouvir sempre o trabalhador. E que “somente em casos excepcionais deve o juiz homologar acordo extrajudicial com eficácia liberatória geral” (SCHIAVI, 2012, p.132).

Sobre a última questão, entendemos, particularmente, que a homologação ampla, com abrangência de pretensões não especificadas, conhecida no cotidiano forense trabalhista pela cláusula “quitação do extinto contrato de trabalho ou relação jurídica havida”, só é legalmente prevista na hipótese de autocomposição judicial, ou seja, surgida no desenvolvimento da reclamação trabalhista⁸⁴. Extraímos tal interpretação da literalidade do art. 515, § 2º, do CPC: “A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo” (grifo nosso).

⁸³ Segundo o art. 855-D introduzido à CLT pela reforma trabalhista, a audiência é facultativa, mas comungamos do entendimento de Mauro Schiavi quanto à sua essencialidade. Eis o dispositivo: “Art. 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.”

⁸⁴ Esse procedimento é admitido pelo Tribunal Superior do Trabalho, reconhecendo-se os efeitos da coisa julgada à decisão de homologação de acordo judicial. Nesse sentido, a OJ nº 132, da SDBI II: “AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. ALCANCE. OFENSA À COISA JULGADA. Acordo celebrado - homologado judicialmente - em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista. ”. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_121.htm#tema132>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Observe-se que o fundamento legal anterior era o art. 475-N, inc. III, do diploma processual, de seguinte teor: “a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”.

A nosso sentir, “transação que inclua matéria não posta em juízo”, assim como autocomposição que “verse sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”, pressupõem *lide* prévia, no qual a transação/composição viessem a ser obtidas supervenientemente.

Esse entendimento não conflita com o que acima aduzimos sobre a possibilidade da atuação integradora do magistrado, ela pode (e deve) ocorrer e até implicar em transmutações da composição originalmente apresentada. Ainda assim, o juízo realizado na apreciação da composição extrajudicial será sumário em comparação com aquele exercido na composição judicial, marcada pelo contraditório e até mesmo pela eventual presença de provas.

Logo, justifica-se a restrição legal à cláusula de quitação geral em sede de homologação de composição extrajudicial. Lado outro, inevitável que essa decisão seja acobertada pelos efeitos da coisa julgada por equiparação, a incidir sobre os limites expressos da composição. Entender o oposto é contradizer a razão maior da introdução do procedimento, que é exatamente a segurança jurídica.

O argumento de que a atribuição dos efeitos (por equiparação) da coisa julgada à composição extrajudicial homologada em procedimento de jurisdição voluntária afronta o art. 831, parágrafo único, da CLT, em razão dessa norma apenas conferir tal efeito à conciliação ocorrida na jurisdição contenciosa⁸⁵, não se sustenta.

Ora, a atualidade das normas não pode depender apenas da atividade legislativa. Cabe aos intérpretes do ordenamento jurídico o exercício de garantir a sua eficácia por uma interpretação que revigore as suas finalidades.

A norma em questão foi incluída na CLT pela Lei nº 10.035/2000 para estabelecer o procedimento de execução das contribuições devidas à Previdência Social no âmbito da Justiça do Trabalho. Sua finalidade foi resguardar os interesses arrecadatórios da previdência, terceiro

⁸⁵ Neste sentido, são fartos os precedentes no TST. Ilustrativamente: “TRANSAÇÃO HOMOLOGADA EM PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. COISA JULGADA. Não há que se atribuir efeitos de coisa julgada a acordo extrajudicial homologado por Juiz Distribuidor, em procedimento de jurisdição voluntária, sob pena de se negar vigência ao preceituado no art. 831, parágrafo único, da CLT, que confere eficácia de decisão irrecurável estritamente à conciliação ocorrida nos processos de jurisdição contenciosa.” Precedentes. (RR. 601027-73.1999.5.01.5555. Ministra Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Julgamento em: 02 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=86467&ano_int=1999>. Acesso em: 12 abr. 2017.

estranho à composição.

Ocorre que tal interesse igualmente se faz presente nas composições extrajudiciais submetidas ao Judiciário. A *ratio decidendi*, portanto, seria a mesma, seja na conciliação judicial referida pela norma, seja na autocomposição por negociação direta ou assistida por terceiro particular, apreciada supletivamente pelo magistrado⁸⁶.

Assim, a irrecurribilidade da decisão homologatória antevista para o caso de composição judicial, deve ser naturalmente estendida à homologação de composição extrajudicial, a ser admitida na seara trabalhista por aplicação subsidiária do CPC. Cabe registrar que a Lei nº 13.146 de 13 de julho de 2017 (reforma trabalhista) apenas mencionou o caráter de coisa julgada atribuído à decisão que negar a homologação, artigo 855-E, 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”. (negrito nosso)

Reiteramos que em tal hipótese de transação não se permite a incidência de cláusula de quitação e liberação geral, valendo lembrar, ainda, que a transação se interpreta restritivamente, consoante o art. 843 do Código Civil. Por decorrência, defendemos, tão somente, o reconhecimento da imutabilidade quanto ao ajustado, na forma como ajustado, face ser a segurança jurídica a principal motivação dos interessados em aderir ao procedimento de formalização de suas tratativas.

É o que já se reconhecia no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho quanto à transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária, cuja quitação era exclusiva quanto às parcelas e valores constantes do recibo, consoante a jurisprudência consolidada na Orientação Jurisprudencial nº 270 da Sessão de Dissídios Individuais (Subseção I), do TST⁸⁷. Ainda que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 590415 (julgado em 30/04/2016), entendeu válida a cláusula que dá

⁸⁶ Em prol da honestidade acadêmica, cabe mencionar que há quem iguale a autocomposição judicial com o acordo levado à juízo para apreciação, simetria que pode resultar em conclusão diversa da aqui esboçada quanto aos efeitos e limites do acordo. Neste sentido, Petrônio Calmon, o qual consigna: “A autocomposição recebe a dimensão processual quando fruto da conciliação realizada em juízo ou quando as partes realizam o acordo fora do ambiente processual mas resolvem levar o acordo para o processo, com vistas à homologação judicial. Assim, a autocomposição judicial não é somente aquela cujas tratativas se realizam em juízo, mas, igualmente, a que é efetivada pelas partes em quaisquer circunstâncias, mas que obtenham participação conclusiva posterior do juiz”. (CALMON, 2015 p.138)

⁸⁷ OJ nº 270 da SDI, I, do TST: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”

quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego (desde que a condição conste de Acordo Coletivo de Trabalho e dos demais instrumentos assinados pelo empregado), no âmbito do direito individual do trabalho, no qual mais restrita a faculdade de disposição de direitos (em razão da ausência da participação sindical) deverá prevalecer a diretriz construída na Corte superior trabalhista.

Os efeitos da imutabilidade nesta espécie de decisão, percebe-se, seriam mais restritivos que a eficácia conferida à composição extrajudicial já agasalhada pelo sistema de pacificação trabalhista, qual seja, a levada a efeito por negociação junto às Câmaras de Conciliação Prévia. Nestas, vale lembrar, a eficácia geral é em relação a todas as pretensões não expressamente ressalvadas (parágrafo único, do art. 625-E, da CLT e jurisprudência firmada no TST), e não às pretensões expressamente consignadas, como defendido para a hipótese em análise.

Registramos que para tal conclusão, não foram ignoradas as consideráveis situações de abuso patronal, de proveito do estado de necessidade ou do desconhecimento do trabalhador, que resultam em negociações eivadas de vícios de consentimento ou marcadas pela lesividade. Da mesma forma, não desconhecemos a existência de condutas maliciosas de trabalhadores, os quais tentam forjar vícios de consentimento em atos regulares (reversão de pedidos válidos de demissão, por exemplo) ou que distorcem fatos, contando com as presunções protetivas trabalhistas para benefícios indevidos. A má-fé não tem cara, não tem lado. É questão de caráter e, infelizmente, parece endêmica.

Porém, se este quadro implicou na fragilidade e subvalorização das negociações diretas (lícitas e razoáveis ou não) e tornou as demandas de revisão desses ajustes bastante penetráveis no Judiciário, compreensível a expectativa por maior segurança jurídica via recurso à jurisdição voluntária trabalhista, pois apesar de presente, a má-fé não é geral e absoluta, assim como defensável a utilidade dessa atuação, exatamente pela presença eventual daquela.

A obstaculização dessa alternativa legal pode concorrer para a proliferação de condutas processualmente aéticas, ainda que, inicialmente, não fossem a intenção dos interessados. Quanto mais se fecham as “portas da frente”, mais são buscadas as entradas “pelos fundos”. Estamos a falar das lides simuladas. Não é porque não reconhecidas pelo Judiciário trabalhista que as negociações diretas deixarão de existir e por mais criteriosos que sejam o magistrado e sua equipe, é naturalmente limitada a capacidade de identificar e coibir a prática. Portanto, cabe indagar se a resistência ao exercício desta forma de jurisdição voluntária está combatendo o fato social, o ignorando, ou até mesmo o estimulando.

Maria Inês Targa aduz que ao não reconhecer a necessidade de segurança jurídica, ainda que absolutamente excepcional, o juiz “fará proliferar as lides simuladas, destinadas,

meramente, à realização, em seus cursos, de acordos que, na verdade, já se encontravam anteriormente entabulados” (TARGA, 2004, p.86).

A questão levantada pela autora não pode mesmo ser negligenciada nesta discussão. Em que pese a atenção dos magistrados à conhecida circunstância das “casadinhas”, reclamações trabalhistas forjadas, propostas com o fim de homologar acordos com cláusula quitação ampla do contrato de trabalho, seria presunçoso, senão extremamente ingênuo, cogitar que todas as ocorrências sejam detectadas. Sobretudo nas condições de trabalho atuais, as quais estrangulam, cada vez mais, a atuação reflexiva dos magistrados e servidores.

Essa detecção é mais provável quando tomam corpo “institucional”, ou seja, prática reiterada, da normal rotina de algumas empresas, o que facilita, mais cedo ou mais tarde a percepção da fraude, sobretudo quando direcionadas ao objetivo específico de quitação das verbas rescisórias.

O fato já foi apreciado inúmeras vezes pelos tribunais trabalhistas, inclusive em sede de ação civil pública, por se considerar configurada lesão a direito coletivo. Ilustrativamente, vejamos o seguinte julgado do TST:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. LIDES SIMULADAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1 - Cinge-se a controvérsia em determinar se a prática reiterada das empresas, consistente na simulação de lides perante a Justiça do Trabalho, objetivando ver homologada judicialmente as rescisões contratuais de seus ex-empregados, caracteriza, ou não, dano moral à coletividade, capaz de atrair a tutela do Ministério Público do Trabalho por meio de ação civil pública; 2 - A Corte Regional, mediante percuciente acórdão, foi categórica ao afirmar que restou "Fartamente provada nos autos, então, a prática das acionadas de promoverem lides simuladas visando encobrir o desrespeito a direitos trabalhistas essenciais dos empregados das acionadas e obter quitação geral quanto ao extinto contrato de trabalho" (fl. 1826); 3 – Ora, em se tratando de relações trabalhistas, o dano moral coletivo caracteriza-se quando a conduta antijurídica cometida em desfavor do trabalhador excede o interesse jurídico individualmente considerado e atinge interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade. Seguindo esse raciocínio, é indubitável que o procedimento reiterado das empresas, consistente na simulação de lides perante a Justiça do Trabalho, com objetivo único de quitar verbas rescisórias, além de causar prejuízo aos trabalhadores individualmente identificáveis, atinge os direitos assegurados pela ordem jurídica, acarretando afronta direta ao interesse coletivo, sendo passível de reparação. O sujeito ativo da relação jurídica, no caso, passa a ser a própria coletividade que teve a sua honra coletiva lesada pela atitude empresarial, indiscutivelmente antijurídica, atentando, em última análise, contra a dignidade da Justiça, o que, atinge toda a sociedade. 4 - Assim, não resta dúvida quanto à proteção que deve ser garantida aos

interesses metaindividuais, o que se encontra sob o pálio da ação civil pública, promovida pelo Ministério Público do Trabalho, cuja finalidade precípua é desestimular ações lesivas à coletividade, a exemplo da lide simulada, que emperra o Poder Judiciário, ao fazer nascer litígio sem que haja, efetivamente, uma pretensão resistida. Precedentes. Recurso de revista não conhecido⁸⁸.

Não há mesmo como se admitir tal deslealdade com o trabalhador e com o Judiciário, impondo-se todo o rigor na apuração. Ademais, a regra é, de fato, a irrenunciabilidade absoluta das verbas rescisórias e normas quanto ao seu pagamento, sendo muito estreitos os limites de negociação.

Todavia, não foi de falso acordo, nem mesmo sobre mero acordo para quitação de verbas rescisórias que tratou o raciocínio acima; ainda que eles ocorram diuturnamente, judicial e extrajudicialmente, como comumente é informado nas reclamações ajuizadas para discussões outras. As possibilidades do exercício da jurisdição voluntária pela Justiça do Trabalho, nos moldes expostos, são muito mais amplas, ainda que também possa abranger acordos para a finalidade referida. Por exemplo, em situações excepcionalíssimas de real impossibilidade econômica para pagamento imediato e com compensação pelo parcelamento (juros, multa do 477 da CLT etc.), o que, sejamos francos, já ocorre todos os dias no cotidiano trabalhista, só que no bojo de uma *lide* (por vezes simulada) ou na qual o trabalhador (salvo se assistido pelo sindicato da categoria) não receberá a integralidade do crédito, pois um significativo percentual se destinará a quitação dos honorários advocatícios. Aliás, essa é uma questão que põe em dúvida o acerto da nova legislação em ter excepcionado o *ius postulandi* dessa espécie de ação. Consoante artigo 855-B: “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**” (negrito nosso).

Portanto, sem embargo de toda polêmica envolvida na matéria, e do justificado receio da magistratura trabalhista de ter ainda mais alargado seu rol de atividades em um momento no qual a instituição tem “estrangulada” a sua estrutura por restrições orçamentárias, entendemos que o exercício dessa atividade não equivalerá à mera substituição da atividade desenvolvida pelos sindicatos. Ou seja, não se resumirá à aferição de regularidade do distrato, sobretudo,

⁸⁸ Recurso de Revista nº 54300-52.2000.5.01.0035. Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Relator Alexandre Agra Belmonte. Julgado em 11 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=66019&anoInt=2011&qtdAcesso=121823649>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

adequada quitação de verbas rescisórias em momento oportuno (art. 477 e parágrafos da CLT), mas sim a abertura a um universo muito mais rico de colaboração pacificadora e propagação de uma cultura preventiva do conflito e da litigância. Enfim, uma postura que incentive o consensualismo, e não o contrário, como acaba ocorrendo quando só se admite a autocomposição no bojo de um processo.

Como bem esclarece Petrônio Calmon, ao homologar um acordo o juiz:

Não deve questionar a discricionariedade das partes, pois somente elas podem resolver sobre a conveniência e oportunidade do que foi decidido, mas não pode deixar-se levar pela omissão extrema, agindo, repete-se, como mero cartorário, que põe um carimbo afirmando apenas que o fato existiu. Fosse assim, não viriam as consequências da sentença homologatória que extingue o processo com julgamento de mérito, entre as quais e principalmente, a coisa julgada e a formação de título executivo judicial (CALMON, 2015, p.69-70).

A relutância, contudo, não é exclusividade dos órgãos judiciais trabalhistas. Fez-se presente também na esfera civil, a qual apregoa ora a necessidade de se valorizar os documentos privados, evitando-se o estímulo à chancela judicial nos atos gerais da vida (com o que concordamos, em certa medida), ora a necessidade de não “banalizar” a atuação judicial e sua relevante missão, discurso no qual, *data vênia*, identificamos certo rastro de vaidade. Ilustrativamente, vale conferir a seguinte ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça:

É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se a negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial. Ao homologar acordos extrajudiciais, o Poder Judiciário promove meramente um juízo de delibação sobre a causa. Equiparar tal juízo, do ponto de vista substancial, a uma sentença judicial seria algo utópico e pouco conveniente. Atribuir eficácia de coisa julgada a tal atividade implicaria conferir um definitivo e real a um juízo meramente sumário, quando não, muitas vezes, ficto. Admitir que o judiciário seja utilizado para esse fim é diminuir-lhe a importância, é equipará-lo a um mero cartório, função para a qual ele não foi concebido. Recurso especial não provido⁸⁹

A evolução da questão, em um panorama mundial, caminha nesse sentido. Tanto que

⁸⁹ Recurso Especial n. 1184151, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, data do julgamento:15/12/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1083622&num_registro=201000390286&data=20120209&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2017.

certos ordenamentos condicionam o ajuizamento de ações à prévia submissão da pretensão a uma Câmara Extrajudicial de Mediação, como passou a adotar a Itália, a partir da promulgação do Decreto Legislativo nº 28/2010. Não estamos aqui a defender esta opção, reflexão que extrapola os limites desta pesquisa, mas cabe trazê-la à tona como contraponto às opções que, ao contrário, podem estimular a litigância, mesmo quando possa ser evitada.

Maria Inês Targa também enfrentou a questão, à época, analisando o art. 57 da Lei de Juizados Especiais Cíveis, com idêntica previsão e sobre a contraposta necessidade de preservar o sistema judicial das atividades “meramente notariais”. Asseverou que antes do intenso movimento de desburocratização e democratização da Justiça, período no qual o juiz se mantinha “encastelado em sua função de declarar, meramente, o *id quod justum est*”, o magistrado deixava de colaborar com a prevenção de litígios de iniciativa dos cidadãos, negando uma de suas relevantes missões, sua atuação como pacificador (TARGA, 2004, p.84).

De fato, parece-nos ser esta uma das causas (ainda que subjacente) para o apego à ideia equivocada de pacificação como sendo o exercício tradicional do poder-dever de declaração coercitiva do direito ao caso concreto, atribuindo às demais possibilidades de gestão de controvérsias, presentes ou em potencial, uma importância reduzida e quase “indigna” da magistratura.

8 PESQUISA PRÁTICA

8.1 Validação da hipótese de pesquisa

O pesquisador é movido pelo desejo de ser útil e pela inquietação com algo que, não raro, se torna seu objeto do estudo. Foi assim que a suspeita sobre espaços para o aprimoramento do sistema de justiça trabalhista, melhor equipando-o para o tratamento da multiplicidade de circunstâncias que abarca, se tornou incentivo para este estudo.

Quando da apresentação do problema de pesquisa, expomos o objetivo de refletir sobre um sistema híbrido de gestão de conflitos adequado às particularidades do direito individual do trabalho. Nossa hipótese, por sua vez, repousou na insuficiência do sistema trabalhista quanto à mecanismos aptos à promoção da autocomposição em disputas de caráter complexo (conflitos metajurídicos), que não descuidem, concomitantemente, do papel redistributivo do Direito do Trabalho e das peculiaridades da respectiva relação.

Considerando o desenvolvimento dos estudos sobre o conflito e as experiências exitosas compartilhadas na literatura sobre o tema, os quais revelam as vantagens (de diferentes ordens) das novas figuras autocompositivas, lançamo-nos à investigação delas e à reflexão sobre a adequação da aplicação aos conflitos individuais trabalhistas.

Conforme demonstramos, o atual sistema de resolução de disputas laborais já contempla mecanismos autocompositivos, inclusive extrajudiciais (CCPs e mediação pelo Ministério do Trabalho e Emprego). Porém, é preciso reconhecer que a adoção das demais vias ainda é bastante subutilizada. Prevalece, independentemente da espécie de conflito, o método adversarial jurisdicional e a conciliação conduzida pelo próprio magistrado. Essa última, acompanhada de diversos dificultadores práticos, o que, por vezes, compromete a qualidade do ato, sobretudo sob a ótica do cidadão e da justiça do procedimento (e conseqüentemente do resultado).

O estudo permitiu confirmar a suspeita de deficiência do sistema de pacificação laboral quanto a mecanismos aptos ao tratamento integral do conflito e à adequada atenção para os aspectos metajurídicos de certas relações conflituosas. Por exemplo, vínculos marcados por maior proximidade entre empregador e empregado, como o contrato para trabalho doméstico, ou mesmo em pequenas e médias empresas. Nestes, pode-se dizer, o elemento pessoalidade, característico da relação de emprego, tem notas distintas, e não raro abarca, além do conteúdo jurídico, o conteúdo humano da afetividade. Outra hipótese, apesar de menos incidente, é a de

conflitos “trabalhistas” entre familiares, ou outras formas de laço pessoal (extra labor), para as quais a via jurisdicional típica, por sua inflexibilidade, em regra se revela bastante inadequada.

Apesar dos pontos de proximidade entre as diversas situações conflituosas (sobretudo a marca de dependência econômica do trabalhador), a espécie de partes, a possibilidade de vínculos de afetividade cumulados, a realidade econômica diversa dos empregadores pessoas físicas e de pequeno porte, entre outros fatores, apontam a necessidade de um olhar diferenciado, por ângulo diverso do possibilitado até mesmo pela conciliação judicial tradicional.

Ademais, necessário considerar que a qualidade da conciliação judicial, hodiernamente, é também desafiada pela limitação temporal e asoberbamento dos magistrados com diversas outras atividades jurisdicionais e administrativas.

Sem embargo da valerosa atuação dos juízes trabalhistas nesta atividade, de importância inquestionável no sistema de gestão de conflitos laborais, parece-nos inevitável reconhecer nela também os seus limites. À exceção de raras unidades jurisdicionais ainda não “contagiadas” pela massificação do trabalho, a regra, infelizmente, é a do padrão fabril de produção, o angustiante desafio diário de conjugar prestação jurisdicional de qualidade com sua entrega em tempo razoável.

A alta demanda é fator de grande impacto em todos os atos judiciais, dentre eles, o de orientação autocompositiva qualificada e efetivamente satisfatória ao sentir das partes. Somem-se a isso, os demais inconvenientes da concentração exclusiva dessa atividade na figura do julgador e a carência de uma formação específica e até humanística dos juízes para o ato. Sob o argumento de uma suposta “vocação natural” para a conciliação, subestima-se a contribuição da técnica e renega-se a possibilidade de maximizar resultados. A questão foi objeto de reflexão em item próprio (6.1.1) e não vamos aqui retomá-la.

A pesquisa teórica possibilitou, ainda, o questionamento à tradicional resistência ao reconhecimento (via exercício de jurisdição voluntária), da autocomposição genuína, fruto da negociação direta (e autêntica) entre as partes, mesmo em tempos nos quais o acesso à informação, inclusive pelos trabalhadores, é tão mais amplo. Atuação que, doravante está fixada na própria legislação trabalhista, superando, portanto, a discussão sobre compatibilidade da aplicação das normas civis e processuais civis.

Como pontuado, a presunção de influência do desnível econômico, social e de informação entre as partes (comum, mas não invariável), é relevante, mas tomá-la como absoluta parece-nos equivocado. Essa postura extrema, a nosso sentir, caminha na contramão do movimento de incentivo à responsabilização e envolvimento dos cidadãos na formação de

uma cultura mais cooperativa e autônoma de gestão das controvérsias, naturais à coexistência humana.

Sem prejuízo das últimas iniciativas observadas, representadas sobretudo na Resolução nº 174/2016 do CSJT, permanece pendente o aperfeiçoamento de um sistema de pacificação no qual se conjugue o método jurisdicional tradicional com outros métodos de solução de controvérsias, sem gradação de importância, ou categorização em principal e acessório (ou alternativo), e que atente às particularidades do conflito e às realidades díspares dos cidadãos atendidos na justiça trabalhista. Ou seja, um sistema verdadeiramente híbrido de gestão de conflitos e que, ademais, valorize a participação dos envolvidos e fortaleça os vínculos de cidadania (reconhecimento), sem negligenciar, concomitantemente, a função social do Direito do Trabalho e seu papel redistributivo.

À luz dessa ponderação, da necessidade de equilíbrio entre esses interesses, colocamos em xeque a suposta adequação da mediação e da conciliação em seus formatos genuínos com os conflitos individuais do trabalho. Sem embargo dos deveres éticos desses facilitadores em obstar acordo lesivo para uma das partes, entendemos que a não obrigatoriedade de formação específica no campo jurídico trabalhista põe em dúvida a condição real dos facilitadores para esse tipo de análise.

Não podemos negar que essa preocupação tem norteado as instituições envolvidas na implantação da Política Nacional de tratamento dos conflitos no Brasil. Tanto que os conflitos em questão foram excluídos da abrangência da Lei nº 13.140/2015, e está em curso no CNJ, estudo de uma comissão específica, voltado à edição de uma Resolução própria sobre a temática no âmbito da Justiça do Trabalho, paralela à Resolução nº 125/2010 do mesmo órgão e dirigida à integração dos Tribunais trabalhistas.

A própria iniciativa de regulação pelo CSJT, representada na Resolução nº 174/2016, retrata essa atenção. Mas, ainda assim, remanesce espaço para aperfeiçoamentos. A simples restrição da faculdade desta atuação aos servidores ou juízes (ativos ou aposentados) do Tribunal respectivo, opção feita pela Resolução nº 174/2016⁹⁰, também não supera, integralmente, a questão. Afinal, a formação jurídica não é requisito para parte dos cargos da estrutura institucional da Justiça do Trabalho.

É claro que a supervisão por um magistrado (no máximo seis supervisões concomitantes, segundo a Resolução nº 174/2016, art. 7º, § 9º) teoricamente auxilia na

⁹⁰ “Art. 6º, § 8: Fica vedada a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho”.

amenização daquele risco, mas esbarra na dúvida sobre a viabilidade prática do formato, sobretudo nos processos de conhecimento, foco do presente estudo, nos quais é mais ampla a margem de discussão. Na fase de execução, o âmbito de transação é bem mais reduzido e simplificado o procedimento de negociação, não requer análise aprofundada de probabilidades e riscos (questão geralmente reduzida à solvabilidade ou não do devedor, ou possibilidade de alteração em recurso quando for provisória a execução, ou ainda a interpretação das cortes sobre determinado ponto objeto de recurso), a *res dubia* já foi substituída pela “certeza” formalmente estabelecida.

Nesse quadro, a intervenção valorativa sobre o direito material e condições particulares de cada causa tem sua relevância reduzida, sendo viável o modelo de mera supervisão dos servidores, especificamente capacitados, e com os quais são compartilhadas as diretrizes gerais de procedimento, limites e cuidados a observar. Vale anotar que essa supervisão, por sua vez, se faz, predominantemente, sobre o eventual acordo, voluntariedade da firmação e consciência das partes sobre os efeitos, ou seja, uma supervisão do resultado e não do caminho para sua obtenção, descentralização necessária para ampliação desse atendimento do cidadão.

Na fase de conhecimento, porém, a utilidade da intervenção valorativa qualificada acompanha o procedimento do seu início ao seu fim. Aliás, é um fator relevante para a obtenção de avanços e segurança para a decisão informada das partes, consoante apontaram os dados colhidos junto aos cidadãos atendidos pelo procedimento experimental desta pesquisa.

Não temos dúvidas de que a Justiça do Trabalho conta com quadro de servidores extremamente capacitados, muitos deles graduados em Direito, mas a “disputa” pelo auxílio desse corpo qualificado é também altíssima. Assim, são bem evidentes as dificuldades estruturais de implementação dos objetivos audaciosos da Resolução nº 174/2016, sobretudo de realização pelos CEJUSCs de toda a pauta inicial das unidades vinculadas, além das conciliações em fase de execução, pautas ordinárias e também específicas.

Em algumas realidades, como por exemplo a do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, há ainda o dificultador da cumulação das atividades definidas pela Resolução com outras de caráter distinto, pelo mesmo grupo de servidores, o que evidencia uma vez mais o desafio estrutural com o qual esbarramos.

Portanto, a esta altura do estudo, finalizada a etapa teórica e explorados quatro dos sete objetivos específicos traçados⁹¹, nos inclinamos à confirmação da hipótese de pesquisa, qual

⁹¹ “a) Analisar o atual sistema de gestão de conflitos individuais trabalhistas e identificar pontos deficientes sob a ótica qualitativa; b) Analisar as características dos meios não adversariais de solução

seja: a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista no que toca a um modelo apto à maximização da autocomposição qualificada dos conflitos individuais trabalhistas, o que perdura não obstante os incontestes avanços observados pela incidência da Resolução nº 174/16 do CSJT.

Ademais, identificamos como espaço preponderante para aprimoramento, o ocupado por conflitos metajurídicos, mais comuns em vínculos marcados por proximidade entre os contratantes, ainda na fase inicial do processo, ou seja, no conhecimento.

Foi a possibilidade dessa constatação que nos instigou à projeção de uma pesquisa prática na qual pudéssemos confirmar elementos informados pela pesquisa teórica ou obter novos elementos úteis à idealização de um método autocompositivo adicional para a Justiça do Trabalho; um instrumento específico, passível de ser agregado à política de tratamento adequado dos conflitos que já se encontra em curso, e igualmente atento às particularidades da relação enfocada.

Passemos a esta etapa final.

8.2 Objetivos da pesquisa prática.

Segundo a classificação de Demo (2003, p.13) aqui adotada, duas as modalidades de pesquisa presentes neste trabalho. A primeira, pesquisa teórica, foi contemplada nas seções precedentes; a segunda, pesquisa prática, será agora retratada.

Enquanto a pesquisa teórica se debruçou sobre os meios não adversários de solução de disputas, características e funções dos direitos trabalhistas no Estado Democrático de Direito, as principais problemáticas advindas da aproximação desses eixos e o atual sistema de gestão de conflitos laborais; a parte prática teve por objetivo integrar a perspectiva das próprias partes (jurisdicionados) a essas reflexões rumo à etapa propositiva final.

Esse foi o objetivo geral da etapa empírica retratada nesta sessão: checar elementos informados pela pesquisa teórica ou obter elementos adicionais aos propiciados por ela, via manifestação dos próprios litigantes, intencionando proposições para o aperfeiçoamento do

de conflitos recentemente integrados à legislação pátria, investigando suas possíveis vantagens para a democratização do acesso à justiça e o desenvolvimento de uma cultura de gestão conflitual participativa e colaborativa; c) Debater as peculiaridades do Direito do Trabalho e sua relação com o princípio constitucional da dignidade e o compromisso de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CF/1988), ao que se sobreleva a função redistributiva que comporta; d) Refletir sobre os possíveis efeitos da reprodução, na esfera do direito individual do trabalho, dos atuais modelos de mediação e conciliação formatados para a esfera civil;”

sistema de gestão de conflitos trabalhistas.

Tal objetivo está decomposto nos seguintes fins específicos, os quais recapitulamos em atenção à didática da dissertação:

a) aplicar, experimentalmente, procedimento não adversarial inspirado na pesquisa teórica, para tentativa de autocomposição em processos trabalhistas na fase de conhecimento, e colher dados junto às partes atendidas por via de questionário semiaberto, para análise qualitativa desse procedimento;

b) sistematizar e analisar os dados obtidos, e contrapô-los às informações extraídas da pesquisa teórica, no que toca aos elementos facilitadores e não facilitadores da autocomposição assistida;

c) analisar os dados colhidos para, em conjunto com a investigação teórica, extrair inferências com vistas à formulação de proposta para ampliação do sistema de gestão de conflitos individuais trabalhistas, aprimorando seu caráter híbrido (análise prospectiva).

Portanto, nesta seção estão retratadas as atividades de produção, organização e interpretação dos dados colhidos junto aos assistidos pelo procedimento testado, bem como as inferências extraídas desses dados em conjunto com o suporte teórico.

Feitos esses esclarecimentos, passamos à metodologia da pesquisa prática.

8.3 Metodologia específica e critérios para replicação

A investigação prática se destinou à colheita de dados de motivação e de opinião. Como investigação de motivação, colhemos subsídios para interpretar e inferir sobre fatores que concorrem positiva e negativamente para a composição no procedimento não adversarial assistido por terceiro, testando fatores aprioristicamente citados pela literatura especializada. Esses fatores foram abordados na seção 5 deste trabalho.

Como investigação de opinião, buscamos elementos para sustentar ou refutar a aplicação do procedimento testado no âmbito dos conflitos que integraram o recorte de pesquisa, tendo por consideração o ponto de vista dos próprios jurisdicionados (e possíveis destinatários do mecanismo).

Observamos, desde já, que o procedimento não adversarial em questão não se identifica, por completo e exclusivamente, com qualquer dos métodos explorados na pesquisa teórica (mediação, conciliação e intervenção neutra de terceiro). Não se ateve à um procedimento ou técnicas particulares, mas mesclou essas técnicas, variando, em concreto e de modo dinâmico,

a depender do desenvolvimento de cada reunião e comportamento específico das partes. Aprofundaremos essa informação à frente.

8.3.1 Considerações éticas

Preliminarmente, informamos que a pesquisa prática atendeu as exigências éticas decorrentes da Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que estabelece as diretrizes e normas regulamentadoras das pesquisas envolvendo seres humanos. Esclarecemos que a referida regulamentação se aplica às pesquisas na área de ciências humanas, enquanto pendente regulamentação específica nesta seara.

Assim, o respectivo projeto se submeteu à análise do Sistema CEP/CONEP, integrado pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP/CNS/MS, do Conselho Nacional de Saúde e pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) – da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto – USP (Universidade de São Paulo), ao qual distribuído o processo administrativo de autorização para a pesquisa por via da plataforma Brasil⁹², sistema eletrônico de submissão das pretensões de pesquisa com as características da presente aos órgãos responsáveis pela análise.

Consoante item VII.1 da Resolução CNS nº 466/2012, “Pesquisas envolvendo seres humanos devem ser submetidas à apreciação do Sistema CEP/CONEP, que, ao analisar e decidir, se torna corresponsável por garantir a proteção dos participantes”. Tal proteção configura o fim último do sistema e determina, entre outras medidas, que seja assegurado o “Processo de Consentimento Livre e Esclarecido” do participante, ou seja, que o convidado a

⁹² Acesso pelo seguinte endereço:
<<http://aplicacao.saude.gov.br/plataformabrasil/login.jsf;jsessionId=DBC3F2E5A7F1DA341A54429AA09AE213.server-plataformabrasil-srvjpdf132>>.

participar de uma pesquisa possa se manifestar, de forma autônoma, consciente, livre e esclarecida” (item IV da Resolução CNS nº 466/2012).

A aprovação pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto–USP, ocorreu em 29 de julho de 2016 (anexo C), após avaliação do projeto de pesquisa e seu método, modelos dos questionários que seriam aplicados e TCLE (termo de consentimento livre e esclarecido) exigido pelos normativos; bem como esclarecimento amplo do procedimento idealizado para a colheita de dados, medida que teve por objetivo resguardar a liberdade de adesão e de resposta dos participantes. Esse procedimento se encontra reproduzido à frente, no item 8.3.5, “Momento de produção e quantificação da amostra”.

Além desta providência, outras autorizações foram necessárias. A colheita de dados foi realizada junto à 4ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto, na qual colhida autorização formal do respectivo juiz titular (gestor da unidade), bem como obtida autorização da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região para o procedimento. A escolha da unidade judicial se deu por duas razões: primeira, a familiaridade desta pesquisadora com o ambiente e seus servidores, por ter nela atuado como juíza auxiliar no período de 2011 a 2015 e nosso conhecimento sobre a disponibilidade de espaço físico para o experimento; segunda, a receptividade do juiz titular à ideia do aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista, com possível adoção de meios diferenciados para o tratamento do conflito individual na fase de conhecimento.

Registramos desde já que as composições obtidas no procedimento testado foram submetidas à análise do referido juiz (para homologação ou não), pois esta pesquisadora, durante o procedimento, não detinha poderes decisórios. Do contrário, no período da pesquisa prática, encontrava-se licenciada para consecução do estudo, nos moldes da Lei Complementar nº 35, de 14/03/1979.

A ausência de poderes decisórios era informada às partes e advogados na abertura das reuniões, bem como a condição de absoluto impedimento para atuações posteriores nos processos em que atuasse como facilitadora na tentativa de composição. Essa premissa foi adotada a fim de resguardar, ao máximo possível, a total liberdade das partes durante a negociação e nas decisões envolvidas no procedimento, inclusive de se retirarem dele a qualquer momento se assim desejassem.

8.3.2 População objeto do estudo

Considerando que o arcabouço teórico informa sobre a predominância de aspectos psicossociais nas disputas nascidas de relações marcadas por proximidade entre os conflitantes, razão da costumeira indicação da mediação para tratamento de controvérsias entre pessoas com vínculo anterior ao conflito e da conciliação na hipótese contrária (critério incorporado pela normatização brasileira); e considerando que essa proximidade, na esfera trabalhista, é mais corrente no âmbito das micro e pequenas empresas ou na contratação entre pessoas físicas; delimitou-se esse gênero de partes para a colheita dos dados.

É exatamente quanto a esta espécie de conflito que identificamos a maior carência do atual sistema de gestão, pois nem sempre há o adequado tratamento das questões metajurídicas envolvidas, seja em função da restrição de tempo comum às pautas de audiência, seja pela falta de capacitação específica dos magistrados neste particular e também pelas dificuldades práticas da cumulação das figuras de julgador e conciliador (em profundidade), como já referimos.

Mesmo com a inquestionável melhoria da política conciliatória dos tribunais viabilizada pela atuação dos CEJUSCS, consideramos que em relação a essa espécie de conflitos remanesce carência merecedora de atenção.

Além desse fator central, outro foi determinante para o recorte dessa população: a maior probabilidade de adimplemento dos créditos eventualmente reconhecidos ao trabalhador via sentença, nas ações em face de empregadores de grande porte, ao contrário do que demonstra a experiência em relação às pessoas físicas, pequenos e médios empreendedores, em face dos quais são significativos os obstáculos na execução trabalhista, seja pela impenhorabilidade do patrimônio geralmente restrito que detém, seja pela inexistência mesma desse patrimônio.

Cabe ponderar que não estamos a “validar” a evasão do cumprimento das normas trabalhistas por esta espécie de contratante, ou a ratificar a “transferência dos riscos do empreendimento para o trabalhador”, mas apenas incorporando à reflexão um dado social amplamente observado no *mundo do ser*. Vale notar que essa condição peculiar, geralmente, é levada em conta até mesmo pelos próprios contratados, que acompanham de perto as dificuldades do contratante, questão bastante evidente por ocasião das negociações para solução dos conflitos desta índole.

Pelas razões expostas, justificamos a população selecionada, acrescentando que foram destacados apenas processos que se encontravam na fase de conhecimento, ou seja, com matérias ainda controvertidas, o que, consoante ponderado no item 7.1, permite um campo mais extenso e confortável para a transação à luz do princípio da autonomia e da disponibilidade circunstanciada dos direitos trabalhistas.

Esclarecemos, por fim, que também foram excepcionados processos nos quais discutidos danos à saúde do empregado, com demanda por prova pericial médica. Assim optamos em razão da impossibilidade de se conhecer a exata dimensão dos danos alegados, suposto nexos e responsabilidade do empregador sem a instrução completa sobre os fatos, o que, a nosso ver, obstaría a autodeterminação e eventual decisão informada das partes, princípios fundamentais à legitimidade da transação.

8.3.3 Procedimento aplicado

Antes de detalharmos o procedimento autocompositivo testado (e avaliado pelas partes), necessários alguns esclarecimentos sobre o contexto de sua idealização e razões motivadoras.

Quando da definição deste tema de pesquisa, a ideia inicial era testar a mediação em seu modo genuíno (meramente facilitadora), visando a obter uma avaliação qualitativa dos usuários. Cabe esclarecer, também por cuidado ético, a capacitação específica da pesquisadora em mediação de conflitos nos moldes exigidos pela normatização brasileira, ou seja, padrão da Resolução nº 125 do CNJ (documento anexo).

Todavia, quanto mais avançávamos na pesquisa teórica e reflexões, mais se revelou a dificuldade de compatibilização da mediação, ao menos na íntegra, com a espécie de conflito delimitado para estudo. Sem embargo das diretrizes estabelecidas aos mediadores (deveres éticos e normativos de cautela e negativa de acordos ilícitos ou abusivos), a maior liberdade quanto à efetivação ou não do direito material discutido é da natureza desse mecanismo. Cuidando-se de direitos disponíveis ou de efeitos patrimoniais disponíveis, essa flexibilidade quanto ao escopo jurídico tem, a nosso ver, uma condicionante inarredável, a efetiva compreensão do alcance e efeitos da transação pelas partes, premissa para o exercício válido da autodeterminação.

Apesar da orientação delineada pelo princípio da decisão informada, o que de fato se impõe ao mediador é apenas a verificação dessa consciência e livre decisão, podendo, sendo o caso, aconselhar às partes à busca de orientação profissional específica.

Esse aconselhamento, na hipótese versada, além de pouco pragmático, seria de cabimento remotíssimo, pois na vasta maioria das vezes (excetuado o exercício do *ius postulandi*), as partes já se apresentam assistidas por profissional com capacitação específica (advogados). Todavia, essa assistência, lamentavelmente, não é garantia de adequada, ou mesmo de razoável avaliação jurídica, imparcial e realista, afirmação que, mais uma vez, extraímos da experiência profissional cotidiana.

Os advogados, conhecedores de apenas uma versão dos fatos até o momento da negociação, não raro se apresentam “contaminados” por aquela perspectiva e tendem a se manter adstritos às posições assumidas em suas respectivas teses. Isso quando também não há uma equivocada aplicação do direito ou interpretação das normas e provas em razão de evidente deficiência formativa, infelizmente crescente no cotidiano forense, e fruto, dentre outras razões, do ensino jurídico massificado das últimas décadas.

Por fim, há também a probabilidade de pretenderem a apreciação de sua hipótese, ou de priorizarem um interesse próprio (por exemplo, quando remunerados por ato processual realizado ou quando há perspectiva de melhor resultado financeiro com a sentença), situações com aptidão de influenciar na postura quanto à composição e compartilhamento das informações com o próprio representado.

Daí que a facilitação pró composição das partes, quando essas se encontram assistidas por advogados, pode ser bem mais complexa, pois não raro envolve tratamento de relações e interesses paralelos ao conflito principal, mas decisivos ao deslinde dele.

Lado outro, a figura da intervenção neutra de terceiros despontou como mecanismo interessante para o alcance da autodeterminação das partes e realização do princípio da decisão informada. Da mesma forma, o caráter mais contundente da conciliação, sobretudo a possibilidade de formulação de propostas, tem um papel eficaz no encaminhamento das partes ao acordo. Ainda que o resultado acordo não deva ser, por si só, o objetivo do procedimento, inegável sua importância no contexto da idealização de um sistema de gestão de conflitos aprimorado.

A razoável experiência desta pesquisadora como conciliadora judicial há tempos indicou a expectativa das partes e mesmo dos advogados em conhecer a opinião do juízo durante a negociação, o que geralmente se revela pela indagação: “Qual seria a proposta do juízo? ”.

Porém, como exploramos no item 6.1. 1, necessário que essa eventual “proposta”, sob pena de um superveniente descrédito, não seja aleatoriamente lançada, mas construída com base em ponderações concretas, sobre os riscos do processo, comportamento jurisprudencial sobre os temas, provas já existentes e respectivos cálculos, quando possível, ainda que não aprofundados.

Essa análise ponderada, fundamentada, e de eficácia significativa no cotidiano forense, em muito se aproxima, quanto aos fins, da avaliação neutra de terceiro, figura incorporada à esta pesquisa, apesar de não contemplada pela legislação brasileira.

Essas observações prévias foram necessárias para esclarecer que, nesse quadro de percepções, deliberamos por mesclar no procedimento testado tanto aspectos da mediação (suas técnicas) quanto da conciliação e da avaliação neutra de terceiros. Assim, não houve identidade do procedimento aplicado a nenhum desses mecanismos em particular e isoladamente.

Nos cabe atentar, por lealdade acadêmica, que a proposta de fusão de mecanismos não é absolutamente original, nem na prática, nem na literatura. O próprio modelo avaliativo de mediação, discutido no item 5.5., comporta essa ideia. Afinal, tanto se aproxima da conciliação

(no que toca à maior força interventiva do mediador), quanto se aproxima da avaliação neutra de terceiros (no que toca à análise meritória das pretensões envolvidas na disputa).

Valéria F.L. Luchiarri, por exemplo, ao refletir sobre a contestada mediação avaliativa, “havendo resistência à utilização da expressão [...] por não ser a mediação considerada um procedimento avaliativo em si mesmo” (2012, p.29), conclui que:

Na realidade, entretanto, o que ocorre normalmente é que o mediador inicia os trabalhos com uma abordagem facilitativa e, com o surgimento do impasse, informa os possíveis resultados da demanda, ou os pontos fortes e fracos de cada parte na disputa, ou ainda, sugere possíveis soluções, tudo a fim de incentivar a retomada das negociações pelas partes, o que caracterizaria um **procedimento misto**, que se inicia com a mediação e termina com a avaliação neutra (2012, p.29).

Essa fusão de técnicas na mediação avaliativa teve seu uso no contexto judicial trabalhista aventado por Vasconcelos e Gomes (2016, p.9) em artigo intitulado “mediação judicial trabalhista”. No trabalho, suscitaram que:

O modelo avaliativo (mediação avaliativa), que parece portar especial interesse na construção teórica da mediação trabalhista como se verá adiante, enfatiza um papel mais ativo do mediador no sentido de alertar as partes sobre possíveis resultados da demanda, em caso de sujeição da questão à decisão judicial, e sugerir possíveis soluções de acordo para o conflito.

Parece-nos, porém, que a vantagem da proposta que compartilhamos está na coerência com o previamente manifestado sobre a relevância da fidelidade taxonômica no manejo e estruturação científica dos métodos. O traço distintivo da sugestão ora esboçada não está exatamente na conjugação de meios não adversários (autônomos ou auxiliares, como sustenta-se ser a avaliação neutra de terceiro). Essa circunstância já é observada empiricamente, por exemplo, na atividade dos CEJUSCs-JT. É neste sentido que Vianna (2016) menciona uma identidade, um “DNA” próprio da Justiça do Trabalho, como antes transcrevemos.

A particularidade do que apresentamos está na “oficialização” desse conteúdo misto, no reconhecimento dessa fusão para a criação de um mecanismo próprio. Um mecanismo “sob encomenda” para o recorte eleito, qual seja: conflitos metajurídicos, predominantes nas relações entre empregados e empregadores pessoas físicas, pequenos e médios empresários, e para os quais identificamos a maior carência no atual sistema de justiça trabalhista, sobretudo na fase processual do conhecimento.

Um mecanismo que, em razão das características eleitas, busca equalizar o antagonismo das teses que deram partida a este estudo, que a exemplo do que permite uma boa mediação, tenha o potencial de despolarizar esse “conflito”.

Feita essa observação, passamos à descrição do passo a passo do procedimento:

8.3.3.1 Convite

Na ausência de uma terminologia própria (e já conhecida no meio social e jurídico) para o mecanismo misto a ser aplicado, e considerando que a base do procedimento foi a mediação, o convite dirigido às partes foi feito a esse título; ao reclamante, por via do advogado habilitado. Nele, destacamos o caráter consensual do procedimento, a voluntariedade da adesão, sua finalidade, a ausência de poder decisório do facilitador e a gratuidade para os assistidos. O modelo de convite utilizado integra os anexos que acompanham esta pesquisa.

Aproveitamos para observar que o conteúdo da intimação para a audiência trabalhista, a qual teria por finalidade primeira a tentativa de aproximação das partes para a solução consensual, não nos parece favorável a esse intuito, pois se restringe à uma menção à realização dessa tentativa, na forma do artigo 846 da CLT. Em seguida, informa que frustrada a tentativa, a “reclamada deverá apresentar sua defesa” e as partes todas as provas pretendidas, devendo comparecer com as testemunhas que pretendam ouvir, ou seja, com “todas as suas armas”.

Pensamos que a intimação tradicional poderia ser aperfeiçoada com vista à uma maior atenção e, quiçá, sensibilização das partes para a possibilidade de solução consensual, inclusive atenção para vantagens dessa opção, buscando estimulá-la desde essa primeira comunicação do sistema judicial aos envolvidos na disputa.

8.3.3.2 Preparação prévia e ambientação

Foram agendados de 4 (quatro) a 5 (cinco) procedimentos por dia, 2 (dois) na parte da manhã, e 2 (dois) a 3 (três) na parte da tarde, com intervalos de 1 (uma) hora a 1 (uma) hora e 30 (trinta) minutos entre os processos.

Não foi utilizada a sala de audiências da unidade, mas uma sala anexa na qual disponível mesa oval com cadeiras suficientes para as partes, advogados e eventuais acompanhantes (esposas, maridos, filhos etc.) e ausentes “símbolos de poder” como tablado e bandeiras.

A facilitadora evitou vestimentas e acessórios opulentos, optando por sobriedade com simplicidade. Compareceu com no mínimo 20 minutos de antecedência ao horário das reuniões, a fim de preparar a climatização do ambiente e a disponibilização de água aos comparecentes.

A mesa era adornada com um pequeno arranjo de flores e nela permaneciam disponíveis: jarro de água e copos, papel de rascunho, canetas e calculadoras.

Os dados disponíveis no processo eram previamente anotados e sumarizado o objeto (declarado) da divergência, bem como memorizados previamente os nomes das partes e respectivos advogados, dados que, por cautela, também constavam das anotações de suporte.

A facilitadora identificava pessoalmente as partes de cada reunião no *hall* do fórum. Quando havia muitas pessoas presentes (principalmente à tarde), fazia chamados, sem uso de equipamentos sonoros, à moda do antigo “pregão” dos oficiais de justiça. Identificados, a facilitadora se apresentava, cumprimentava e encaminhava cada participante à sala de reuniões.

8.3.3.3 Abertura

Na abertura, iniciávamos agradecendo o comparecimento das partes e a demonstração de abertura à possibilidade de solução consensual e cooperativa da questão. Em seguida, a facilitadora se reapresentava, desta vez acrescentando a informação sobre sua condição de magistrada (sobretudo para as partes que não a conheciam), mas que, porém, “não estava ali naquela condição”. Explicava como seria a atuação facilitadora (a qual incluiria, naquele caso, a análise das questões discutidas no processo, se necessário), e seu impedimento de atuação naquela causa posteriormente.

Em seguida, os propósitos, características e forma de desenvolvimento eram explicados, inclusive a confidencialidade das informações e a realização de reuniões em separado com cada parte como parte do procedimento.

Antes do efetivo início, nos certificávamos da compreensão dos aspectos e regras do procedimento, desejo de prosseguimento e conforto de todos.

8.3.3.4 Reunião de informações

No procedimento testado optamos por iniciar a colheita de informações pelas reuniões individuais com as partes. Quando ainda não havia defesa apresentada, iniciávamos pela parte demandada. E para resguardo da percepção de imparcialidade, informávamos ser este o critério da prioridade, pois as informações iniciais da parte autora que constavam do processo já haviam sido acessadas. Quando já havia defesa apresentada, iniciávamos pelo (a) autor (a), expondo que nesta hipótese o critério padrão era a oitiva na ordem de falas praticada no processo. Em ambos os casos, ressaltávamos que a igualdade de oportunidade seria garantida.

Após ouvidas as partes, separadamente, passávamos à reunião conjunta, na qual, inicialmente, indagávamos a ambas sobre algo a acrescentar.

Avançávamos, então, ao resumo (de texto único) das questões divergentes e congruentes, bem como interesses observados, momento em que a tentativa de “normalização” do processo e condução das partes ao caminho prospectivo era também iniciado.

No geral, conforme a comunicação entre as partes, e também entre seus advogados, progredia em qualidade, o que geralmente ocorria por influência das técnicas de mediação (escuta ativa, recontextualização, reforço positivo, sessões privadas, normalização etc.), propunha-se o avanço para as ponderações avaliativas, quando presentes sinais de deficiente interpretação dos fatos e aplicação do direito.

Como ponderações avaliativas nos referimos à antecipação de prováveis resultados sobre os aspectos da disputa, como base nos elementos de direito e de prova compartilhados pelas partes, bem como ponderações sobre o próprio ônus dessa prova, esclarecimentos sobre o comportamento jurisprudencial nos temas, ou mesmo tentativa de esclarecimento de dúvida sobre a legislação incidente.

Essas ponderações, na maioria das vezes, ocorriam inicialmente em uma segunda reunião particular, concedendo-se tempo para que as partes discutissem e analisassem com seus respectivos advogados as ponderações, esclarecessem dúvidas ou mesmo para que já iniciassem a formulação de sugestões de solução.

Esse em regra o “roteiro” utilizado, mas é preciso notar que a dinâmica se alterava conforme a necessidade de cada caso. Hipóteses houve que foram utilizadas até 3 (três) reuniões separadas antes da primeira reunião conjunta ser possível.

A fase final do procedimento era marcada pelo destaque aos progressos obtidos, recapitulação das questões e pelo estímulo e direcionamento das partes à uma solução. Neste momento, as partes eram instigadas à formulação de propostas e contrapropostas. Quando observado o entrave, ou requerido pelas partes, a facilitadora intervinha com propostas (ou análise de uma proposta) baseada em sua avaliação jurídica dos fatos e provas apresentadas, à luz do direito aplicável segundo sua *expertise*. Essa intervenção, no entanto, era contida o quanto possível, permanecendo como medida eventual, a ser utilizada residualmente.

Foi nessa fase final que o procedimento mais se aproximou da conciliação ou da questionada “mediação avaliativa”, referida na pesquisa teórica.

8.3.3.5 Encerramento da sessão e formalização do acordo

Quando obtida a composição, seus termos eram transcritos em ata, a qual era lida às partes e advogados e sanadas eventuais dúvidas. Em seguida, agradecíamos pela presença de

todos e partes e advogados eram parabenizados pelo empenho no procedimento e encerrada a reunião.

Após, o processo era encaminhado ao juiz titular da unidade de pesquisa para apreciação e homologação.

Quando o acordo não era obtido, perquiríamos sobre o interesse na realização de uma sessão de prosseguimento com intervalo suficiente para o amadurecimento acerca das propostas (quando obtidas). Em 2 (dois) dos 48 (quarenta e oito) processos que passaram pelo procedimento foi realizada sessão de prosseguimento.

Após, era feito um agradecimento às partes e advogados pelo comparecimento e tentativa de solução e encerrada a reunião.

Somente após esse encerramento as partes eram comunicadas da pesquisa sobre o procedimento e da possibilidade de colaboração. A forma do convite para participação e aplicação do questionário está descrito à frente, item 8.3.6.

8.3.4 Etapas e técnicas eleitas para produção dos dados

A produção dos dados compreendeu três etapas: a primeira, a análise e seleção dos processos e o envio de carta convite às partes, (aos autores por intermédio do advogado cadastrado); a segunda, a realização, pela própria pesquisadora, das reuniões para tentativa de solução consensual do conflito (procedimento descrito no item anterior); e a terceira, a efetiva obtenção dos dados para análise quantitativa, para o que utilizamos a técnica de questionário estruturado semiaberto.

Quanto à técnica do questionário estruturado, define-se como o método de coletar dados no campo, composto por uma série ordenada de questões a respeito de variáveis e situações que se deseja investigar (VERGARA, 2009, p.39).

Cuidou-se de questionário misto, composto, predominantemente de questões fechadas, formuladas em escalas de mensuração (influência e importância da variável testada, em ordem crescente de 01 a 07), e integrado por um campo aberto e facultativo.

Foram formuladas quatro versões distintas deste questionário, para aplicação correspondente a cada uma das quatro categorias possíveis de informantes: a) reclamante (autor da ação trabalhista) com composição obtida (AC/RTE); b) reclamante com composição frustrada (RTE); c) reclamado (demandado da ação trabalhista) com composição obtida (AC/RDO); e d) reclamado com composição frustrada (RDO). Os questionários abrangeram as variáveis descritas no tópico subsequente.

8.3.5 Variáveis investigadas

Consoante afirmamos, a parte prática cumulou finalidades de pesquisa de motivação e de opinião. Como investigação de motivação, colheu subsídios para interpretar e inferir sobre fatores que concorrem positiva e negativamente para a composição do conflito trabalhista com as características do abrangido pelo recorte, testando fatores aprioristicamente citados na literatura como facilitadores e dificultadores deste desfecho no procedimento autocompositivo.

Como investigação de opinião, buscou elementos para sustentar ou refutar a integração do método testado ao sistema de gestão de conflitos trabalhistas, tendo por consideração a avaliação dos próprios jurisdicionados e possíveis destinatários do mecanismo aos seus aspectos.

Foram as seguintes as variáveis investigadas (ótica dos usuários do experimento):

- a) influência da celeridade da solução na tomada de decisão sobre a firmação ou não de acordo;
- b) influência da condição financeira (necessidade/indisponibilidade) em comparação com outros fatores possíveis;
- c) Influência do domínio das informações para tomada de decisão;
- d) importância da possibilidade de participação efetiva e direta das partes no procedimento;
- e) importância da solução negociada nos conflitos entre pessoas com vínculo anterior;
- f) influência do advogado no resultado (formulação ou não de acordo);
- g) importância da assistência do advogado;
- h) importância da confiabilidade do facilitador;
- i) importância da capacitação específica do facilitador na respectiva área do direito;
- j) influência da previsibilidade e possibilidade de programação com a solução negociada;
- k) presença de fatores emocionais (incompreensão, rancor, desejo de retaliação);
- l) introjeção do modelo tradicional de solução de disputas;
- m) grau de satisfação com o procedimento.

8.3.6 Momento de produção e quantificação da amostra

O convite para a participação na pesquisa ocorreu após o encerramento das reuniões, com expressa explicação sobre a independência em relação ao ato anterior e o caráter absolutamente facultativo da participação.

Houve esclarecimento dos aspectos éticos da pesquisa envolvendo pessoas, a teor da Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde, sobretudo os critérios do sigilo das informações e, novamente, plena autonomia de negativa ou saída da pesquisa a qualquer tempo.

Após os esclarecimentos verbais e nos casos em que houve aceitação do convite, foi entregue o TCLE (termo de consentimento livre e esclarecido) para leitura do informante, e sanadas dúvidas quando existentes. Em seguida, colheu-se a sua assinatura em uma via do termo e foi entregue o questionário para resposta, facultando-se às partes a utilização de dependência isolada para o preenchimento.

Os questionários preenchidos foram depositados pelos próprios informantes em uma urna lacrada, disponível na sala utilizada para as reuniões.

Considerando o prazo reduzido para a pesquisa prática (3 meses), adotou-se como meta para a amostragem a coleta mínima de 31 questionários para cada tipo de parte (reclamante e reclamado). O tamanho mínimo de 31 amostras (n) baseou-se na teoria do limite central, pela qual quando uma variável de distribuição de frequência não conhecida é amostrada com tamanho de amostra $n > 30$, a distribuição amostral da variável tende a ser normal. Nesse sentido, Triola (1999, p.246) destaca:

Se a população original é em si normalmente distribuída, então as médias de amostras de qualquer tamanho serão normalmente distribuídas. Se a população original não é em si normalmente distribuída, então dizemos que a média de amostras de tamanhos $n > 30$ tem uma distribuição que é aproximada por uma distribuição normal. A condição de que o tamanho da amostra seja $n > 30$ é comumente usada como uma diretriz, mas não é possível identificar um tamanho amostral mínimo específico que seja suficiente para todos os casos. O tamanho amostral mínimo, na verdade, depende de como a distribuição populacional se afasta de uma distribuição normal. Tamanhos amostrais de 15 a 30 são adequados se a população parece ter uma distribuição que não se afasta muito do normal, mas algumas outras populações têm distribuições que são extremamente distantes do normal, e então tamanhos amostrais de 50, ou mesmo 100, podem ser necessários. Utilizamos o critério simplificado de $n > 30$ como justificativa para tratar a distribuição das médias amostrais como uma distribuição normal.

Os questionários foram submetidos a pré-teste de validação, consistente na aplicação comentada dos questionários, para aferição da compreensão do texto, sugestões de inclusão ou exclusão de variáveis ou reformulação.

As respostas colhidas neste pré-teste, em número total de 4 respondentes (um de cada espécie) foram eliminadas, não sendo computadas na pesquisa fim. Por esta razão, não estão computadas nas referências numéricas doravante registradas.

Reiteramos que, atentos à importância da liberdade e autonomia dos respondentes, tanto no que toca à opção pela participação na pesquisa quanto em relação ao conteúdo das respostas, houve expressa informação de independência entre os atos relativos ao procedimento compositivo e a participação na pesquisa, sobre o sigilo das respostas e anonimato dos respondentes, bem como sobre o impedimento da facilitadora/pesquisadora em atuar posteriormente no processo.

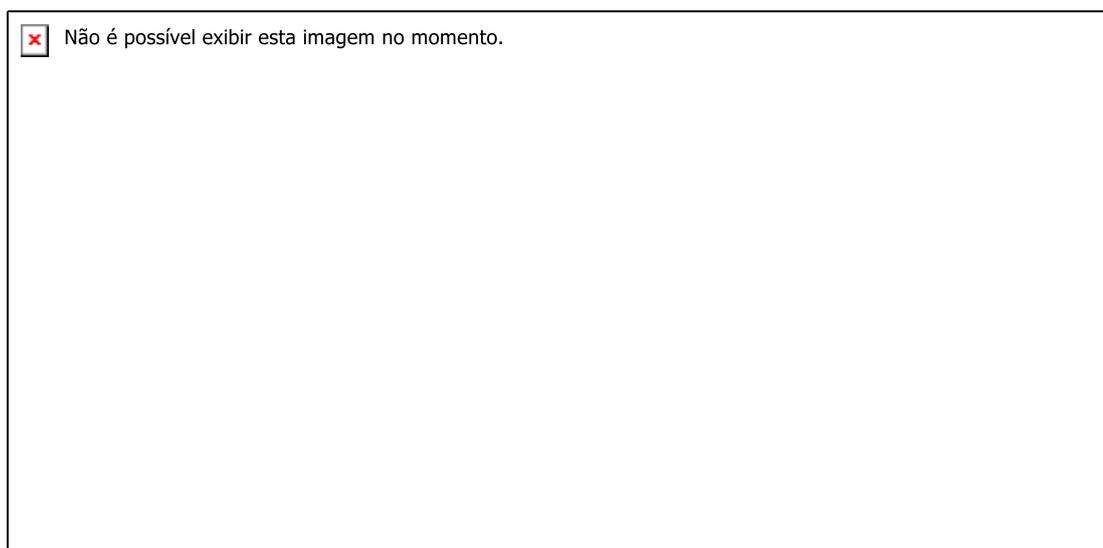
Na coleta de dados obtivemos respostas válidas (já excluídos os questionários de teste) de 36 (trinta e seis) participantes reclamantes (autores das ações trabalhistas selecionadas) e de 37 (trinta e sete) participantes reclamados (demandados nas ações trabalhistas selecionadas).

Para obtenção dessa amostra foram selecionados 84 (oitenta e quatro) processos de acordo com o recorte/população objeto de estudo acima descritos.

Deste total, houve efetiva aplicação do procedimento de tentativa de solução consensual do conflito em 48 (quarenta e oito) processos. Em 36 dos processos selecionados o procedimento não foi aplicado por fundamentos diversos, mas sobretudo por ausência de uma, ou ambas as partes.

A seguir, retratamos esses dados e as causas identificadas para a não aplicação do procedimento.

Figura 1 - Número de processos selecionados e procedimentos aplicados



Portanto, do total de processos selecionados, 57% (cinquenta e sete por cento) passaram efetivamente pela experiência autocompositiva e 43% não. A relação percentual entre causas

com procedimento aplicado e causas com procedimento não aplicado está retratada na figura a seguir.

Figura 2 - Porcentagem de aplicação do procedimento

Observa-se, porém, que do total de causas selecionadas (84), um montante de 74 apresentou efetivamente todas as condições necessárias à aplicação do procedimento, em específico: a) êxito na realização do convite, b) permanência da disputa na data agendada para reunião, c) comparecimento de ambas as partes convidadas e d) a aquiescência delas com a participação inicial e em prosseguimento. Um montante de 10 (dez) foi atingido por um desses impedimentos. As causas da não aplicação do procedimento e respectiva incidência percentual se encontram retratadas na figura a seguir.

Figura 3 - Causas da não aplicação do procedimento

Do total de 96 pessoas atendidas pelo procedimento autocompositivo e convidadas a participar da pesquisa, houve aceitação de 73 delas.

Desse total, 49% foram reclamantes, sendo: 37% entre reclamantes com acordo firmado (RTE_AC) e 12% entre reclamantes sem acordo firmado (RTE_SAC). Os outros 51% dos respondentes foram reclamados, sendo: 40% entre reclamados com acordo firmado (RDO_AC) e 11% entre reclamados sem acordo firmado (RDO_SAC), conforme descrito na figura a seguir.

Figura 4 - Porcentagem da representação da amostra de respondente

Por fim, informamos que do total de 48 (quarenta e oito) processos nos quais aplicou-se o procedimento, 37 (trinta e sete) foram solucionados pela autocomposição das partes, um percentual de 77%, conforme descrito na figura a seguir.

Figura 5- Resultado quantitativo do procedimento (%)

8.4 Sistematização e discussão dos dados

Expostos os elementos e condições de aplicação do procedimento testado, passamos à sistematização e discussão dos dados obtidos.

Cabe esclarecer que os questionários, nas 4 (quatro) versões utilizadas, se dividiram em 3 (três) etapas. A etapa 1, integrada por 8 (oito perguntas), investigou os fatores que influenciaram na decisão de firmar o acordo ou fatores contrários a esse resultado.

A etapa 2, integrada por 4 (quatro) questões avaliou a importância atribuída pelas partes às 4 (quatro) características centrais adotadas no procedimento teste.

A etapa 3, integrada por uma única questão, buscou uma avaliação geral dos participantes quanto ao procedimento, perquirindo sobre o grau de satisfação com o método, independentemente do resultado (acordo ou não acordo).

As respostas se deram em escala de 0 (zero) a 7 (sete), sendo 0 (zero) para nenhuma influência/importância/ do fator e 7 (sete) para grande influência/importância do fator (etapas 1 e 2, respectivamente), assim como 0 (zero) para totalmente insatisfeito e 7 (sete) para muito satisfeito relativamente à etapa 3.

A escala em número ímpar intencionou evitar a manifestação mediana, impelindo o pesquisado à “tomada de posição”.

Consideraremos baixa toda média igual ou inferior a 3, e elevada toda média que ultrapasse 4 pontos da escala. Entre 3 e 4 a média será considerada intermediária.

8.4.1 Fatores de influência para as partes

Iniciaremos pela etapa 1 e pelas respostas obtidas das partes que finalizaram o procedimento com composição obtida (questionários de pesquisa AC/RTE e AC/RDO, anexos I e G), a qual buscou conhecer os fatores com maior e menor influência na decisão de firmação do acordo.

Foram eleitos 7 (sete) fatores comuns para investigação em face tanto do reclamante (RTE) quanto do reclamado (RDO), quais sejam:

- a) celeridade da solução;
- b) voz e participação na construção da solução;
- c) conforto com solução amigável/relação com a outra parte;
- d) grau de informação satisfatório/segurança;
- e) clareza/confiança no mediador;
- f) previsibilidade do resultado;
- g) posição do advogado.

No questionário dirigido aos reclamantes (AC/RTE), a última questão da etapa 1 perquiriu sobre a influência da “necessidade econômica imediata”, enquanto que a última

questão dirigida aos reclamados (AC/RDO), perquiriu sobre a influência do “receio da decisão judicial mais prejudicial”.

A partir dos valores médios obtidos, construímos gráficos de rede com marcadores para a visualização do nível de influência das variáveis investigadas na decisão pela firmação do acordo. Os resultados, para reclamantes e para reclamados, respectivamente, estão retratados nas figuras 6 e 7 a seguir.

Figura 6 - Fatores de influência para a composição (RTE)

Figura 7 - Fatores de influência para a composição (RDO)

Ainda sobre a etapa 1, passamos agora às respostas obtidas das partes que finalizaram o procedimento sem composição. A primeira parte dos questionários por elas respondidos (questionários de pesquisa RTE e RDO, anexos H e F) buscou rastrear os fatores com maior e menor influência para a não firmação de um acordo.

Foram eleitos 5 fatores comuns para investigação em face tanto do reclamante (RTE) quanto do reclamado (RDO), quais sejam:

- a) intransigência da parte adversa;
- b) preferência pela decisão judicial;
- c) insuficiência das informações obtidas;
- d) retaliação à parte contrária;
- e) posição do advogado.

No questionário dirigido aos reclamantes (RTE), as 3 (três) outras perguntas da etapa 1 perquiriram sobre:

- a) expectativa de maior ganho com a decisão judicial;
- b) sentimento de desvalorização;
- c) negativa da parte contrária.

Enquanto que nos questionários respondidos pelos reclamados (RDO), as 3 (três) perguntas adicionais perquiriram sobre:

- a) pretensão de nada pagar, mesmo se condenado;
- b) impossibilidade de assumir compromisso financeiro;
- c) preferência pela decisão judicial, ainda que a condenação fosse mais elevada.

As respostas se deram em escala de 0 (zero) a 7 (sete), (sendo zero para nenhuma influência do fator e sete para grande influência), e a partir dos valores médios obtidos construímos gráficos de rede, com marcadores, para a visualização do nível de influência das variáveis investigadas na decisão pela firmação do acordo.

Os resultados, para reclamantes e para reclamados, respectivamente, estão retratados nas figuras 8 e 9 a seguir.

Figura 8 - Fatores que influenciaram a não realização de acordo pelo reclamante

Figura 9 - Fatores que influenciaram a não realização de acordo pelo reclamado

Expostos os dados, passamos à interpretação e formulação de algumas inferências possíveis. Esclarecemos que o termo inferência, aqui, é adotado no sentido de “processo de utilizar fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos” (EPSTEIN, 2013, p.36).

Iniciamos pelos dados obtidos entre as partes com composição alcançada (77% dos processos com procedimento aplicado).

Como exposto, em relação aos reclamantes, os fatores que obtiveram a menor média de influência, na escala de 0 (zero) a 7 (sete), foram: “necessidade econômica” e “previsibilidade da solução”, ambos com nível de influência 4. Na sequência, os fatores: “celeridade”, “posição do advogado” e “conforto com a solução amigável/relação anterior com a outra parte”, alcançaram nível de influência 5. Por fim, alcançaram influência 6, a maior apurada nesta categoria, os seguintes fatores: “voz/participação na construção da solução”, “informações satisfatórias/segurança” e “clareza/confiança no facilitador”.

Entre os reclamados, os fatores de menor influência foram: “posição do advogado” e “receio de uma decisão mais prejudicial”, os quais alcançaram nível médio 4 (quatro) na escala de 0 (zero) a 7 (sete). Em seguida, com média 6 de influência, revelaram-se os fatores: “celeridade”, “previsibilidade”, “voz/participação na construção da decisão”, “conforto com solução amigável/relação anterior” e “grau de informação satisfatório/segurança.” A variável “clareza/confiança no facilitador” foi a única a atingir nível 7 (sete) de influência, o máximo da escala. Pois bem.

A necessidade econômica como motivação central do trabalhador para a composição é invocada reiteradamente. Tanto nas “conversas de corredores” quanto na literatura trabalhista sobre o tema, recente e remota.

A exemplo da última, cite-se Wagner Giglio, o qual ao defender (em 1982, discussão bem antiga, portanto), a rejeição tanto da transação judicial quanto extrajudicial, justificou seu posicionamento exatamente neste fator. Para Giglio, a transação será tão benéfica ou tão prejudicial ao trabalhador quanto for a sua liberdade de escolha ou seu constrangimento diante do fator econômico. Logo, a conciliação feita em juízo não asseguraria transação mais autêntica do que a realizada fora dele, porque a presença do Estado-Juiz não libera o empregado da coação econômica, mas apenas verifica a integridade da manifestação de vontade. Assim, o autor conclui que “se válida é a transação judicial, válida há de ser a extrajudicial. A alternativa única

seria rejeitar ambas, pois inexistia razão científica aceitável para distingui-las quanto à validade” (GIGLIO, 1982, p.49).

Todavia, os dados levantados efetivamente justificam um outro olhar sobre a questão, um olhar pela lente do próprio trabalhador, ao menos em se cuidando da espécie de conflito enfocada.

Ainda que não possamos olvidar da importância econômica dos créditos trabalhistas para o obreiro, como de fato não o fizemos no correr de toda a pesquisa, observa-se que foi confirmada a presença de outros elementos relevantes, segundo a ótica dos reclamantes, para a assunção da postura cooperativa. Referimo-nos, ao “maior conforto psicológico com a solução consensual” e “a relação anterior mantida com a outra parte”, fatores apontados pela literatura incidente e que, consoante dados levantados, não devem mesmo ser desconsiderados pelo sistema de justiça.

Cabe observar que o fator “relação anterior mantida com a outra parte” também foi apontado como de alta influência pelos reclamados (média seis), regularidade que indicia a consistência do dado e válida, ainda mais, a relevância da variável investigada.

No mesmo sentido, de validação do suporte teórico no qual apoiado a pesquisa, destacou-se a alta média obtida pelo fator “voz e participação na construção da solução” (média 6 para as duas espécies de respondentes), a qual confirma a importância atribuída pelas partes à oportunidade de manifestação e esclarecimento dos fatos em suas perspectivas, tentativa de superação de controvérsias e valorização do diálogo como elemento do consensualismo.

Da mesma forma, entendemos confirmada a utilidade da incorporação de orientações jurídicas, de modo objetivo e prático, ao procedimento. Essa iniciativa, como ponderamos, visou à realização concreta dos princípios da decisão informada e autodeterminação, tão invocados neste estudo, e cujo alcance está para nós representado no nível de influência 6 (seis) obtido pelo fator “informações satisfatórias/segurança”, o qual, observe-se, foi o resultado tanto das respostas dos reclamantes quanto dos reclamados.

Ainda que, inicialmente, houve certo temor quanto à receptividade, (sobretudo dos advogados) a essa discussão aberta dos fundamentos das causas, sendo ponto de redobrada atenção em cada reunião, na quase integralidade das vezes não houve resistência ou melindres observáveis. Pelo contrário, o envolvimento positivo dos procuradores foi evidente e elogiável. A postura colaborativa deles, bem mais perceptível que no formato da tentativa conciliatória tradicional, foi de certo modo surpreendente e, segundo nossa interpretação, se refletiu na (auto) análise que as partes compartilharam via questionário.

Entre as partes que chegaram a uma composição, os níveis de influência verificados

pelo fator “influência do advogado” (“Fiz o acordo porque meu advogado era favorável”) foram de 5 (cinco) e 4 (quatro), para reclamante e reclamado, respectivamente. Enquanto que, entre as partes que não firmaram acordo (dados que exploraremos à frente), o fator influência do advogado (“não fiz o acordo porque meu advogado foi contra”), obtiveram influências 0 (zero) e 1(um) entre os reclamantes e reclamados, respectivamente.

Vislumbramos duas formas de interpretar a baixa influência desta última variável: ou os advogados não assumiram posições contrárias à composição, ou esse posicionamento pouco influenciou na decisão dos assistidos. Porém, considerando que para a hipótese de acordo a média de influência do advogado foi significativa, a interpretação global dessa variável tende a considerar maior a probabilidade da primeira circunstância, ou seja, a de que os advogados não assumiram posição contrária ao acordo, explicando-se, assim, a baixa influência atribuída pelas partes a esse fator.

Por fim, a influência de nível 6 (seis) obtida das respostas dos reclamantes e a influência de nível 7 (sete) resultante das respostas dos reclamados para o fator “clareza/confiança no facilitador”, valida a eficiência de técnicas simples e cuidados básicos necessários à mediação como elementos essenciais à facilitação compositiva. Escuta ativa, *rappport*, tratamento igualitário, linguagem adequada, nada é irrelevante e tudo está articulado, desde a forma como as partes são recebidas ao inarredável respeito e atenção à dúvida ou insegurança para a decisão.

Passamos agora aos respondentes que não alcançaram a composição, buscando compreender, igualmente, os fatores que mais influenciaram esse resultado e tentando relacioná-los com a pesquisa teórica.

No que toca aos reclamantes, a maior influência apurada foi para o fator negativa da parte contrária, com nível 6 (seis). Na sequência, os fatores sentimento de desvalorização (“outra parte não me valorizou e não reconheceu seus erros”) e intransigência da parte contrária (não fez concessões na negociação) alcançaram média 5 de influência. O fator preferência pela decisão judicial alcançou média 4 de influência. Por fim, os fatores com menor influência no resultado, segundo os respondentes, foram: “parte não merecia solução amigável” (retaliação) e “expectativa de maior ganho com a decisão judicial”, ambos com média 3 (três); “insuficiência das informações”, com influência 1 (um); e “posição do advogado”, com média 0 (zero), ou seja, sem influência no resultado segundo os reclamantes.

Quanto aos reclamados, os fatores apontados como de maior influência para que não firmassem o acordo também foram “intransigência da parte contrária” e “preferência pela decisão judicial” (ainda que imprevisível e ainda que mais prejudicial), os quais alcançaram média 4 nas respostas. Na sequência, os fatores retaliação (“parte não merecia solução

Impossibilidade de assumir obrigação financeira	62,5	0,0	0,0	12,5	0,0	0,0	12,5	12,5
Retaliação	50	12,5	0,0	0,0	0,0	37,5	0,0	0,0
Intransigência do adverso	25	12,5	0,0	12,5	0,0	25	0,0	25
Preferência pela decisão judicial, ainda que mais prejudicial	12,5	0,0	12,5	12,5	25	12,5	0,0	25
Preferência pela decisão judicial, ainda que imprevisível	0,0	12,5	0,0	25,0	12,5	25	0,0	25

O fator influência do advogado foi analisado acima. No entanto, a tabela 2, supra, possibilita visualizar e acrescentar que: sendo oito os respondentes desta espécie de questionário, o percentual de 12,5% corresponde a apenas um participante. Assim, de oito participantes desta espécie apenas um atribuiu influência 7 (sete) à posição contrária do advogado, o que corrobora a percepção e interpretação de dados supra compartilhadas, quanto à postura colaborativa dos procuradores como regra.

A baixa média apurada para o fator “insuficiência das informações” entre os respondentes sem composição obtida (um e zero, para reclamante e reclamado, respectivamente) imprimem maior consistência ao resultado que atribuiu alto grau de influência ao fator “suficiência das informações” para a firmação de acordos, na medida em que também aponta para o adequado compartilhamento de informações no procedimento aplicado às partes sem acordo. Por outro lado, permite concluir também que, apesar do peso considerável atribuído pelas partes a esse fator, outros são igualmente relevantes e, predominaram na avaliação desses respondentes em particular.

Os dados apurados junto a esse grupo de respondente, sobretudo junto aos reclamantes, ratificam a pesquisa teórica quanto à forte influência de fatores psicossociais nesta espécie de conflito, ao que devem efetivamente atentar os sujeitos intervenientes do sistema de justiça, sejam os facilitadores da autocomposição, sejam os juízes e advogados.

O fator “retaliação” obteve média igual ou maior que 6 (seis) entre 44,4% dos respondentes reclamantes, e o “sentimento de desvalorização” foi apontado por 62,5% dos respondentes como fator de influência 7 na escala de 0 (zero) a 7 (sete), valendo notar que 5 (cinco) entre 8 (oito) respondentes (um dos respondentes deixou em branco essa questão) atribuíram grau 7 à resposta.

O apego a elementos de ordem emocional e não estritamente econômicos também se evidencia pelo resultado do fator “expectativa de recebimento maior pela solução judicial”, cuja

média de respostas foi 3 (três) e para o qual 5 (cinco) dos 9 (nove) respondentes (55,5%) atribuíram grau de influência igual ou menor que 3 (três) e os outros 4 respondentes (44,5%) atribuíram grau de influência igual ou maior que 5 (cinco).

Entre os reclamados (Tabela 2), a variável “retaliação” teve menor intervenção. O maior nível de influência foi 5, manifestado por 37,5% dos respondentes, 12,5% grau 1 (um) e o 50% restante assinalou 0 (zero) influencia.

Esse resultado dialoga com a afirmativa do senso comum de que o ajuizamento de uma ação, não raro, é uma reação a uma conduta anterior do empregador, geralmente pela própria iniciativa de rompimento do vínculo de emprego, modalidade predominante de rescisão.

O resultado do fator “intransigência da parte contrária” (não fez concessões, não abriu mão de nada), para ambas as partes, é um retrato da postura competitiva estabelecida nas negociações que não tiveram o acordo como resultado. Também podem ser tomados como indício da insuficiência ou inadequação das técnicas utilizadas para a provocação de mudanças e evolução da postura competitiva para a cooperativa. Ainda que tenha sido reservado tempo três vezes maior que o mínimo estipulado pelo CPC para as reuniões de mediação e conciliação (20 minutos segundo o diploma), observamos que em algumas hipóteses não foi suficiente. Apesar do tempo exíguo para conclusão da pesquisa, em 3 (três) casos propomos a realização de segunda sessão, o que foi aceito pelas partes de 2 (dois) processos.

Em porcentagem, 66,7% dos reclamantes consideraram a parte contrária intransigente em grau igual ou maior a 4 (quatro) e 50% dos reclamados perceberam o autor como intransigente em grau superior a 4 (quatro).

A similar manifestação das duas espécies de entrevistado no sentido da “preferência pela decisão judicial”, abrangente de mais de 60% desses respondentes, também se comunica com o dado anterior. Observe-se que 62,5 % dos reclamados atribuíram grau de influência igual ou maior a 4 para o fator “preferência pela decisão judicial”, ainda que imprevisível, e ainda que a decisão pudesse ser mais prejudicial que a solução negociada.

Vislumbramos duas interpretações possíveis para esses dados: a primeira, a de resistência à alteração da postura competitiva para cooperativa (e a possível insuficiência das técnicas utilizadas nesses casos) e um alto grau de introjeção do sistema adversarial nesses entrevistados; e a segunda, uma forte convicção sobre o baixo risco de condenação no processo, sob a perspectiva do reclamado, ou a convicção em contrário sob a perspectiva do reclamante, ou seja: pouca margem para a *res dubia*, ainda que subjetivamente.

Cabe notar a coerência desse dado com aquele obtido na investigação da influência do fator “receio de uma decisão judicial”, para os reclamados com composição obtida, cuja média

4 (quatro) foi a menor dentre os fatores de influência para a realização do acordo, compartilhando a colocação com o fator “posição do advogado”.

A informação trazida por esses dados põe em dúvida a afirmação comum de que os empregadores que optam pela autocomposição o fazem por temor da Justiça do Trabalho e sua suposta “abusividade”.

Antes de passarmos à etapa seguinte, cabe registrar um ponto que apesar de não ter sido fixado como variável de investigação, se revelou um dado relevante no curso da pesquisa prática. Cuida-se do alto índice de não comparecentes às reuniões agendadas. Conforme registramos, de 84 (oitenta e quatro) processos selecionados para a pesquisa, 36 (trinta e seis) não se submeteram ao procedimento, sendo que em 26 (vinte e seis) deles, o que corresponde a 72% dos casos, isso ocorreu pela ausência de uma ou de ambas as partes.

Reiteramos o esclarecimento pelo qual em relação aos reclamantes o agendamento foi comunicado ao advogado, via publicação no diário eletrônico da justiça do trabalho (DEJT), e para os reclamados, na maioria das hipóteses, os convites foram enviados via Correios (por não haver advogado cadastrado), e presumimos recebidos por ausência de devolução.

Considerando que o objetivo desta pesquisa foi o de refletir sobre o sistema de gestão de conflitos trabalhistas, suscitando prós e contras da sua ampliação e concessão de maior espaço para mecanismos autocompositivos (sobretudo para os conflitos complexos), a constatação de uma significativa “evasão” dos convidados ao procedimento não poderia passar despercebida. Afinal, cuidando-se de um procedimento endoprocessual para o qual houve movimentação de recursos humanos e financeiros do Judiciário, além de tempo dispendido, cabe indagar sobre a adequação dessa liberdade das partes ao comparecimento.

Esse é um ponto bastante discutido na literatura dos meios não adversariais, sendo recorrente a arguição da voluntariedade como característica essencial desses mecanismos, razão da insurgência contra a obrigatoriedade do comparecimento, a qual configuraria uma contradição insuperável aos olhos de alguns estudiosos. A matéria, porém, é tratada de modo diverso pelas legislações de diferentes países. No caso brasileiro, o Código de Processo Civil adotou uma opção “intermediária”, pois acolheu a inexistência de oposição expressa de uma das partes como suficiente à realização da reunião inicial, no mínimo. Ademais, caracterizou o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação como ato atentatório à dignidade da justiça, sancionável com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa. Para a mediação, no entanto, não há previsão similar.

Apesar das críticas dirigidas por parcela da doutrina a esta opção, considerando as razões por nós referidas (movimentação dos recursos públicos) e a constatação prática (dentro e fora desta pesquisa), da recorrente alteração da postura das partes a partir da intervenção do facilitador, entendemos acertada a opção do diploma brasileiro.

Não é raro (e também ocorreu durante o procedimento experimentado), que uma parte (ou ambas) se apresente bastante fechada ao procedimento, justificando o comparecimento “por educação”, em “atenção ao convite” e que paulatinamente acabe por se envolver com a oportunidade de solução antecipada da controvérsia.

Liberdade de decisão quanto à firmação ou não de uma composição, cuja plenitude defendemos como medida de legitimidade do ato, não se confunde com liberdade para nem mesmo conhecer as opções de tratamento do conflito disponibilizadas pelo sistema de justiça, sobretudo porque a superação daquele, de modo adequado e em tempo razoável, é objetivo que extrapola o interesse privado das partes.

A intensificação das hipóteses de estabelecimento dessa oportunidade, de apresentação de outras alternativas “em pé de igualdade” com a alternativa jurisdicional, parece-nos, ademais, um instrumento hábil à disseminação dos valores e visões envolvidos nos mecanismos não adversariais. Isso, a médio e longo prazo, pode impactar na cultura brasileira, ainda pouco habituada às práticas colaborativas de solução de controvérsias.

Esse fator cultural, aliás, pode estar relacionado ao significativo índice de ausência de partes às reuniões agendadas para aplicação do procedimento na pesquisa prática, vez que a comunicação destacou a voluntariedade do método, na esteira da concepção clássica da mediação.

Outra possibilidade em relação às ausências de reclamantes, que não exclui a primeira, mas pode complementá-la, é a da não comunicação do convite pelo respectivo advogado ou a desvalorização prévia (e muitas vezes pré-concebida) deste tipo de iniciativa perante o cliente.

Enfim, essas são algumas causas prováveis para a adesão mitigada das partes ao convite. Porém, não houve efetiva investigação prática no particular. De qualquer forma, a circunstância acabou se constituindo em um dado a ser considerado na reflexão sobre o formato de um método para a espécie de conflito delimitado nesta pesquisa.

Feito esse registro, ao qual também atentaremos na fase propositiva, passaremos à análise dos dados colhidos pela segunda parte dos questionários utilizados.

8.4.2 Características do procedimento testado

A etapa dois dos questionários foi composta por quatro questões idênticas para reclamantes e reclamados, com ou sem acordo firmado (RTE; AC/RTE; RDO; AC/RDO). A etapa em questão buscou conhecer a importância atribuída pelas partes às quatro características centrais adotada no procedimento teste, quais sejam.

- a) especialidade da facilitadora em direitos trabalhistas;
- b) assistência das partes por advogados;
- c) sigilo da reunião e proibição de reprodução da conversa no processo;
- d) avaliação dos direitos discutidos e sugestão de solução pela facilitadora.

Também nesta etapa as respostas se deram em escala de 0 (zero) a 7 (sete), sendo 0 (zero) para nenhuma importância da característica e 7 (sete) para grande importância.

Os dados foram retratados em representações gráficas do tipo histograma (Figura 10), as quais revelam o nível médio da importância de cada característica, conforme avaliação atribuída pelos participantes, assim como a variação dos dados em torno da média (erro padrão: $EP = \frac{\sigma}{\sqrt{n}}$; onde σ é o desvio padrão da variável e n é tamanho da amostra).

Figura 10 - Características do procedimento e importância atribuída

Como se observa, as partes atribuíram alta importância às quatro características eleitas para investigação, havendo considerável regularidade na avaliação dos respondentes.

Verifica-se para a variável “Proatividade do facilitador” que as respostas entre os reclamantes sem acordo (RTE_SAC) foram as de menor variação (EP = 0). Em seguida, a variável “Assistência do advogado” para este mesmo grupo de respondente (EP = 0,11). Por outro lado, a característica “Conhecimento técnico do facilitador”, teve o maior erro padrão entre as respostas do grupo RTE_SAC: EP= 0,76, o qual, ainda assim, foi significativamente baixo (menor que 1).

Comportamentos semelhantes foram verificados entre os respondentes do grupo dos reclamados (RDO_SAC) para as características “Assistência do advogado” (EP= 0,76) e “Sigilo da reunião” (EP=0,86), esse último, o maior erro padrão constatado, considerados todos os grupos de respondentes e variáveis.

A questão “é importante que a mediadora⁹³ (pessoa que faz a reunião) seja uma especialista em direitos trabalhistas. Isso ajuda no procedimento”, obteve média de concordância superior a 6 (seis) entre todos os tipos de respondentes, sendo ligeiramente maior entre os reclamados (6,79, enquanto 6,22 entre os reclamantes).

A característica “proatividade do facilitador”, retratada no quesito “é importante que a mediadora faça considerações sobre os direitos que estão sendo discutidos e dê sugestão de solução”, obteve concordância igualmente elevada: 5,96 entre reclamantes sem acordo; 7 entre reclamantes com acordo; 6,88 entre reclamados sem acordo e 6,46 entre reclamados com acordo.

Em conjunto com os dados anteriores, esse resultado, em nossa interpretação, representa a validação dos usuários ao aspecto mais inovador do procedimento testado: a *proatividade qualificada*; inspirado na intervenção neutra de terceiros. Além disso, se apresenta coerente com o resultado da etapa 1 quanto à influência elevada das variáveis “clareza e confiança no facilitador” e “grau de informação satisfatório/segurança”.

Essa integração da ponderação dos fatos, do direito e provas suscitados pelas partes de maneira imparcial, objetiva e simplificada, com linguagem acessível, separadamente e em conjunto com as partes (e seus advogados), representou nossa tentativa de concorrer para a

⁹³ Usamos este termo no convite e questionários aplicados para facilitação, por ser relativamente difundido.

realização prática dos princípios da decisão informada e autodeterminação. E os indícios de acerto com esta opção para os fins pretendidos, surgidos na tabulação dos dados da etapa 1, são fortalecidos pelos dados desta segunda fase da pesquisa.

Quanto à assistência do advogado durante o procedimento, foi igualmente elevada a importância atribuída pelas partes. O menor índice foi o da avaliação dos “reclamados com composição obtida” (ainda assim, média 5,5), dentre os quais, alguns se apresentaram desassistidos, circunstância que, invariavelmente, foi justificada em restrições econômicas⁹⁴.

Ainda que não possamos afirmar (em razão do anonimato dos respondentes), há probabilidade de relação entre essa ligeira redução do grau de importância atribuído à variável e a eventual sensação dos reclamados desassistidos de “solução da questão”, independentemente do assessoramento profissional específico. Lado outro é interessante notar que o maior índice de importância do quesito “conhecimentos técnicos do mediador” (6,79) também foi atribuído por esta espécie de respondente, sendo possível que tenham percebido os esclarecimentos e orientações do facilitador como alternativa em parte “compensatória” daquela ausência.

O último aspecto do procedimento avaliado pelas partes foi o sigilo, configurado no quesito “é importante a garantia do sigilo da reunião e a proibição de levar para o processo o que foi conversado”. Foram as seguintes as médias apuradas: 5,75 (RDO_SAC); 6,67 (RTE_SAC); 6,44 (RTE_AC) e 6,18 (RDO_AC).

Observamos que a regularidade das respostas mais uma vez se estabeleceu (a variação foi menor que 1), e evidenciou a importância atribuída pelas partes a esse aspecto do procedimento. Também consideramos relevante essa característica, pois propicia maior franqueza na exposição dos fatos e compartilhamento das provas (disponíveis ou por produzir), o que, por sua vez, possibilita orientações mais acertadas dos advogados, assim como uma avaliação mais realista, concreta e clara do facilitador, o que para o modelo em experimentação foi essencial.

Logo, a importância do sigilo referida na literatura do tema foi confirmada pelos pesquisados e aguçada as inquietações lançadas no tópico conciliação judicial, no qual suscitamos as dificuldades enfrentadas pelo juiz pela concentração das atividades pró autocomposição das

⁹⁴ Considerando a admissão do *ius postulandi* no processo trabalhista, demos seguimento ao procedimento, redobrando os cuidados quanto à simplificação da linguagem e certificação de compreensão dos atos e seus efeitos. Essa questão foi aprofundada na etapa propositiva, mas destacamos, desde já, nosso posicionamento favorável a essa possibilidade no campo autocompositivo, diferentemente do que pensamos para a via jurisdicional.

partes e instrução do processo para julgamento e às restrições à expressão mais espontânea dos sujeitos em conflito na presença da “figura de autoridade”.

8.4.3 Nível de satisfação com o procedimento

A etapa 3, integrada por uma única questão, buscou uma avaliação geral do procedimento quanto ao nível de satisfação dos participantes, independentemente do resultado (acordo ou não acordo). O quesito foi: “Sobre o procedimento que você participou, a oportunidade de solução da questão por meio de uma negociação com a outra parte, e a forma como a reunião foi feita, qual o grau da sua satisfação”.

A indagação foi idêntica para os quatro tipos de respondentes (RTE_SAC; RTE_AC; RDO_SAC; RDO_AC). No entanto, retratamos, isoladamente, os dados obtidos em relação a cada espécie de respondente, e também a comparação global das médias entre participantes que obtiveram acordo e participantes que não obtiveram.

Na apuração, foram estimados os intervalos de confiança dos índices médios de satisfação, considerando um nível de confiança de 99% ($\alpha = 0,01$) (Tabelas 3 e 4).

Entende-se por intervalo de confiança (IC), os possíveis valores compreendidos entre um limite mínimo e máximo, no qual se encontra a média verdadeira da população (μ) ($IC = \bar{x} - t \frac{s}{\sqrt{n}} < \mu < \bar{x} + t \frac{s}{\sqrt{n}}$), onde \bar{x} é o valor da média amostral da variável, t é um valor encontrado na tabela de distribuição t de Student, com $n-1$ graus de liberdade e ao nível de significância α (VIEIRA, 1980, p.155); o qual consideramos de 0,01, ou seja, o intervalo foi definido considerando um erro de 1%.

Lembramos que as respostas se deram em escala de 0 (zero) a 7 (sete), sendo 0 (zero) para totalmente insatisfeito e 7 (sete) para muito satisfeito. Eis os resultados:

Figura 11 - Índice de satisfação com o procedimento – quadro geral

Tabela 3 - Índice de satisfação com o procedimento testado de acordo com o respondente

Respondente	Intervalo de confiança (IC _{99%}) do índice de satisfação	
RTE_SAC	5,7	7,0
RTE_AC	5,7	6,9

RDO_SAC	5,3	7,0
RDO_AC	5,7	6,9

Tabela 4 - Índice de satisfação com o procedimento – comparativo em razão do resultado

Respondente	Intervalo de confiança (IC _{99%}) do índice de satisfação	
Acordo	5,5	6,9
Sem acordo	5,6	7,0

Em relação aos dados de opinião, chama a atenção, mais uma vez, a regularidade das manifestações, tanto no comparativo entre reclamantes e reclamados quanto no comparativo entre aqueles que obtiveram solução consensual e os que não obtiveram naquele momento. A alta (e surpreendente) satisfação expressada pelos últimos evidencia a relevância do respeito à negativa à possibilidade de acordo, referendando vários pontos suscitados na pesquisa teórica, sobretudo quanto à essencialidade de atenção aos limites que separam a persuasão da coerção.

Ainda que esse resultado seja almejado pelo sistema de justiça, como instrumento de auxílio na melhoria global dos serviços que presta, há de se ter extrema cautela para que não sejam extrapolados os limites éticos da sua proposição. É inegável que o facilitador, em certa medida (mais ou menos evidente a depender do método empregado), assume uma posição persuasiva ou ao menos provocativa das partes em direção à composição. Porém, a transposição dessa postura persuasiva para a postura coativa põe em risco a legitimidade do procedimento e a própria imagem do sistema judicial que ele integra.

Como já mencionamos, a concepção das partes sobre a justiça do procedimento e a justiça do resultado caminham juntas, em relação diretamente proporcional. Não cabe ao facilitador, ou ao juiz na atividade conciliatória, decidir pelas partes, ou subestimar a capacidade delas próprias deliberarem sobre o rumo da questão.

No mais, entendemos que esse resultado corrobora (em conjunto com os da etapa anterior) a suspeita sobre a adequação de um método misto para a gestão dos conflitos demarcados neste estudo. Ao mesmo tempo em que necessárias ferramentas de atenção aos aspectos psicossociais próprios dessa relação, simultaneamente contratual e de convivência, laço econômico, mas também inter-relacional, necessária a viabilização de empoderamento recíproco para a negociação equilibrada entre as partes e obtenção de resultados razoáveis também sob o aspecto do direito material incidente.

9 ANÁLISE PROSPECTIVA: REUNIÃO DE ORIENTAÇÃO FACILITADORA COMO MECANISMO PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA TRABALHISTA

Conforme expomos a pesquisa teórica nos conduziu à confirmação da hipótese suscitada: a necessidade de aprimoramento do sistema trabalhista de gestão de conflitos quanto à mecanismos aptos à promoção da autocomposição em conflitos de caráter complexo, e que, concomitantemente, não descuide do papel redistributivo do direito do trabalho e das peculiaridades da respectiva relação e sujeitos.

Confirmada a hipótese, justificou-se a realização de uma pesquisa prática para obtenção de dados e subsequente proposição de contribuições potencialmente úteis ao objetivo de aperfeiçoamento deste sistema de justiça.

A maior deficiência identificada foi quanto ao tratamento adequado de disputas geradas por conflitos de múltipla dimensão (jurídico, econômico e psicossociais), sobretudo para os sujeitos cujas relações são marcadas por maior proximidade e, conseqüentemente, mais aprofundados os elementos metajurídicos. Essa circunstância, conforme a literatura específica, revela-se mais comum nos conflitos entre pessoas com vínculo anterior e maior proximidade e convivência. No campo do trabalho, presumos neste rol os vínculos com empregadores pessoas físicas, pequena e médias empresas (população de reclamados eleita para investigação).

Ademais, é também em relação a esse grupo de empregadores que, não raro, se observam as maiores dificuldades para a implementação do conteúdo das sentenças condenatórias, sobretudo pelo patrimônio singelo que detém, o que deságua na inefetividade da execução.

Tendo esse contexto em mente, projetamos o procedimento que ora denominamos **reunião de orientação facilitadora**, cujas características centrais correspondem àquelas do procedimento aplicado experimentalmente e cujos resultados, quantitativos e qualitativos, foram apresentados e discutidos acima.

Nesta seção, sistematizamos as referidas características e adicionamos outros aspectos que, à luz da interlocução entre pesquisa teórica e prática, compõem os parâmetros sugeridos para a integração da *reunião de orientação facilitadora* ao sistema de gestão de conflitos individuais do trabalho, como instrumento adicional às práticas exitosas já implementadas, sobretudo no âmbito dos CEJUSCs-JT.

9.1 Caráter incidental e controle *a priori* do juiz natural

Um primeiro aspecto a destacar é o caráter incidental (processual) do procedimento, vez que esse o universo ao qual direcionadas tanto a pesquisa teórica quanto prática. Assim, seria precária qualquer tentativa de manifestação minimamente científica acerca da propriedade ou não do seu estabelecimento em fase pré-processual.

Pensamos que a verificação da pertinência/adequação da remessa da disputa para a reunião de orientação facilitadora deve caber ao juiz natural da causa, incidentalmente, o qual analisará as características da demanda, partes envolvidas, natureza das pretensões, narrativas da causa de pedir entre outros elementos possíveis, consoante recomendações da literatura sobre o tema, bem como sua própria experiência em cada localidade.

Esse mecanismo seria uma espécie de avaliação de adequação hipotética *a priori*, com aptidão de preservar certas faculdades do magistrado (relacionadas às suas respectivas convicções funcionais em distintos níveis), por exemplo, a faculdade de priorizar para este método os litigantes não habituais, pessoas físicas, pequenas e médias empresas, ou seja, espécies de relação nas quais a probabilidade de conflito do tipo complexo é mais evidente e, possivelmente, mais propícia a tentativa autocompositiva nos moldes da reunião de orientação facilitadora.

Poderia priorizar, ainda, a seleção de processos em fase de conhecimento, na qual é mais elástico o campo transacional, vez que controversas as parcelas discutidas. A ênfase nesta fase e espécie de demanda pode ser um instrumento valioso para a redução (em médio prazo) das execuções infrutíferas (por inexistência de lastro patrimonial), e sobretudo para a recuperação de relacionamentos ainda não tão desgastados pela “batalha judicial”.

9.2 Proatividade qualificada do facilitador

Como relatado, à vista do tipo de conflito delimitado, as técnicas facilitadoras da mediação foram adotadas como base da fase inicial do procedimento. As partes em estado de angústia, mágoa e incompreensão recíproca têm limitada a condição para pensar objetiva e prospectivamente, revelando-se fundamental, primeiramente, a tentativa de desarmar os mecanismos de defesa, baixar as tensões, normalizar e despolarizar o conflito.

Fundamental, ainda, que o facilitador obtenha a compreensão do caso, identifique as questões, interesses e sentimentos presentes que estejam além da delimitação produzida pela

inicial e defesa (quando já apresentada), e que estabeleça com as partes uma relação de confiança que propiciará a sua efetiva influência na provocação de mudanças.

Portanto, boa parte da base teórica da mediação pode e deve ser aproveitada na reunião de orientação facilitadora. No entanto, entendemos que seu formato genuíno, meramente facilitador do diálogo, não se adequa, integralmente, aos objetivos perseguidos, em específico aos da viabilização de condições apropriadas de informação para a tomada de decisão pelas partes, e tangenciamento dessa manifestação de vontade quanto aos aspectos imperativos presentes, por exemplo, interesse público incontroverso.

Entendemos que o acesso à justiça em uma concepção ampliada tem sua legitimidade atrelada ao direito à informação. A igualdade de acesso à justiça somente será realizada quando os mecanismos apresentem condição de minimizar eventuais desnivelamentos culturais por via da orientação e informação. Quando possibilitem o claro e integral entendimento sobre os direitos discutidos e a dinâmica própria a cada mecanismo disponível para solução da controvérsia. Enfim, quando tenham um firme compromisso com práticas concretas que possibilitem aos envolvidos a tomada de decisão informada, consciente e verdadeiramente voluntária, sobre a adesão a esses mecanismos, bem como acerca da eventual composição, seu conteúdo e efeitos.

Aliado a isso, e como já ponderamos, a experiência como conciliadora judicial nos possibilitou conhecer a comum expectativa das partes, e por vezes de seus procuradores, em ter externada a avaliação e sugestão do juízo para uma possível composição.

Acreditamos que essa sugestão, no entanto, deve ser justificada em condições objetivas, ponderações sobre os riscos e probabilidades à luz das provas e direito aplicável, comportamento jurisprudencial sobre os temas e até mesmo cálculos aproximados, quando possível. Ou seja, elementos que concorram para a credibilidade, afastando o caráter aleatório ou “descompromissado” da manifestação.

Lado outro, essa análise de riscos, por vezes, é compreendida como um “pré-julgamento”, o que não raro, e de certo modo contraditoriamente, gera desconforto da parte que se sente “prejudicada com a análise”. Consoante ponderamos no item 6.1.1, essa é, a nosso ver, uma das questões que integra o conjunto dos desdobramentos negativos da concentração da tentativa conciliatória na figura do juiz.

A conjugação desses fatores com o conhecimento sobre o funcionamento e benefícios da intervenção neutra de terceiros motivam a defesa do caráter que intitulamos **proatividade qualificada do facilitador**.

A aptidão dos métodos consensuais para o tratamento humanizado de conflitos

decorrentes de relações com histórico anterior, sobretudo de presumida proximidade como a relação entre empregadores e empregados no âmbito de pequenas empresas ou doméstico, foi confirmada pelo experimento. Não só pelo resultado quantitativo (elevado percentual de acordos) mas sobretudo pelo resultado qualitativo expresso na avaliação dos participantes.

A conjugação das técnicas mediativas com a prática avaliativa similar à intervenção neutra de terceiro, complementada pela orientação às partes para formulação de suas propostas ou pela formulação direta de propostas à luz dos elementos discutidos com elas (iniciativa inspirada na conciliação), se revelou um método eficaz para a atenção, compreensão e deliberação das próprias partes sobre os direitos e deveres em embate, contribuindo para composições realizadoras (também) do escopo jurídico do processo, razão pela qual a defendemos a propriedade do método.

Porém, é pré-condição para essa avaliação qualificada, atenta também ao escopo jurídico do processo trabalhista, que o facilitador possua conhecimento nesta seara do Direito. A nosso sentir, a solução consensual por um facilitador, ainda que exímio nas técnicas mediativas, mas que não detenha afinidade com os princípios e razões de ser e atuar próprios do direito laboral (sobretudo em tempos como o presente, em que a precarização das relações de trabalho avançam em todas as frentes), pode representar mais riscos que benefícios.

Assim, entendemos insuficiente nesta seara o critério do art. 11 da Lei nº 13.140/2015 (capacitação específica e graduação em nível superior há pelo menos 2 anos).

Portanto, além da capacitação específica em teoria e técnicas autocompositivas, propomos a exigência de que o facilitador em questão possua especialização em Direito do Trabalho, sendo ele alguém distinto do magistrado, mas submetido à sua fiscalização. Trataremos deste aspecto no item 9.4.

9.3 Sigilo da reunião

Outro aspecto nuclear, cuja importância foi ratificada pelos usuários da reunião de orientação facilitadora, foi o sigilo quanto às informações trocadas e a vedação de aproveitamento delas no processo em caso de prosseguimento jurisdicional, a exemplo do que se estabelece para a mediação. Sem dúvidas, essa condição, ligada à ideia de lealdade recíproca entre as partes e destas para com o sistema de justiça e vice-versa, concorre para a maior transparência no diálogo e negociação de soluções entre os envolvidos e seus procuradores.

É claro que essa característica não impede a utilização indireta das questões debatidas e

previamente compartilhadas entre as partes posteriormente, em caso de insucesso da tentativa de composição. As ponderações, teses e mesmo a discussão sobre as provas não serão deletadas da memória das partes e seus procuradores. Em uma arraigada cultura adversarial, isso, estrategicamente, pode ser considerado negativo. No entanto, um bom argumento será sempre um bom argumento, esteja ou não acompanhado da surpresa.

O que o sigilo da reunião propõe é que não haja aproveitamento direto daqueles elementos, como, por exemplo, gravação dos diálogos para utilização como prova ou que o próprio facilitador funcione posteriormente como informante das matérias ao juízo.

Vale lembrar que segundo a Lei nº 13.140/15, art. 30, § 3º, “não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública”, exceção à qual aderimos nesta proposta.

Isso considerado, parece-nos prudente que na avaliação de adequação *a priori* para o envio de processos à reunião de orientação facilitadora, o juiz natural opte por excluir aqueles nos quais se suscite, por exemplo, o denominado pagamento por fora ou não contabilizado, vez que configura ilícito criminal tipificado no art. 337-A do Código Penal brasileiro submetido à ação penal pública incondicionada. O mesmo raciocínio se aplicaria às hipóteses similares.

9.4 Separação entre facilitador e autoridade decisória

O sigilo, ademais, se relaciona com outra condição relevante para a eficácia do procedimento: a separação entre o responsável pela direção da tentativa autocompositiva e o responsável pela heterocomposição na hipótese de frustração da primeira.

A importância do sigilo e da liberdade de comunicação das partes, por si só, justifica a atribuição da reunião de orientação facilitadora a um terceiro. Incidem, ainda, vários outros fatores, como a comum dificuldade do sujeito autoridade se “despir da toga” durante a negociação, incorrendo em deslizes quanto aos limites éticos da persuasão ou afetando-se e afetando o procedimento pela tendência à avaliação rígida dos fatos discutidos. Não bastasse, imperiosa a questão (prática) da relevância de priorização do juiz para os atos que lhe são privativos, como instrução, sentenças e outras decisões, além da administração da unidade jurisdicional.

A mesma razão, necessidade de racionalização dos recursos humanos na Justiça do Trabalho, já estritamente escassos, sugere uma opção distinta e complementar à Resolução nº 174/16 do CSJT, a qual prevê a atuação exclusiva de servidores na atividade de conciliação e

“mediação”, sob a supervisão de juízes junto aos CEJUSCs, (art. 6º, § 8º).

É inegável que a experiência de treinamento de servidores para a assistência das partes nas negociações sob a coordenação de um juiz, com a mesma capacitação específica, tem se revelado exitosa em muitos tribunais. Destaque há de ser dado ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (TRT 15), o qual, em todas as suas sedes de circunscrições (divisões do território sob sua competência), tem implantados os CEJUSCs, os quais são vinculados à Presidência do TRT-15 por intermédio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (Nupemec), sendo pioneiro nestes programas e recordista em soluções autocompositivas no âmbito de toda a Justiça do Trabalho⁹⁵.

Todavia, o “malabarismo” de priorizações na alocação dos recursos humanos na Justiça do Trabalho é uma realidade preocupante e crescente. A defasagem no quadro de seus servidores é um problema complexo que também não pode ser ignorado nesta reflexão. Assim, e considerando que o procedimento proposto requer do facilitador significativa dedicação, inclusive de tempo (com base na experiência realizada sugerimos a programação de no mínimo 40 minutos para as reuniões), propício refletir sobre um modelo de auxílio externo, porém agregado à instituição e passível de adequado acompanhamento.

Por esses fundamentos, propomos a figura do facilitador como um terceiro, estranho aos quadros efetivos do Judiciário, a funcionar como um auxiliar do juízo, a exemplo do implantado pelo atual Código de Processo Civil relativamente às figuras do conciliador e do mediador judiciais. Essa proposta, porém, gera consequências que desafiam outras reflexões. A primeira, diz respeito ao modo de se operar a designação, se como ato de confiança do juízo (por ele admitido e passível de destituição/substituição a qualquer tempo), ou se por distribuição automática aos profissionais cadastrados.

No diploma processual civil, houve previsão de criação de um cadastro nacional e também nos respectivos tribunais, com o registro de profissionais habilitados e indicação da área profissional, cuja inscrição pode ser requerida por qualquer interessado que atenda os critérios de capacitação mínima. E consoante art. 167, § 2º, do CPC, o registro poderá ser precedido de concurso público e o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária respectiva, os dados necessários para que o nome do auxiliar “passe a

⁹⁵ Como exemplo, citem-se as duas últimas versões da já conhecida “Semana Nacional de Conciliação”, coordenada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, nas quais o TRT 15 foi, consecutivamente, recordista em acordos, valores destinados a reclamantes e arrecadação. Na edição 2017, destinou aos trabalhadores o total de R\$ 198.763.077,47, o que correspondeu a 27,3% do total arrecadado em nível nacional, desempenho que apenas foi possível pelo trabalho em equipe realizado. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional”.

É certo que este formato buscou imprimir caráter impessoal e transparência à nomeação, inibindo privilégios inspirados em laços pessoais ou simpatia do magistrado em relação a um ou outro profissional, finalidade inegavelmente salutar. Contudo, pensamos que o ideal seria conciliar a objetividade buscada com certa autonomia do magistrado, alguma faculdade de priorizar, observada a diversidade entre os processos, o direcionamento deles aos cuidados de um facilitador que detenha o perfil adequado àquele caso, cujo modo de trabalho se afine ao modo de trabalho do magistrado e que goze da efetiva confiança dele, aspectos aos quais os critérios de um cadastro geral e da distribuição alternada e aleatória podem não atender.

Considerando que no formato que ora delineamos, não defendemos a remessa imediata e irrestrita dos processos, mas a submissão deles à triagem do juiz natural, essa liberdade de escolha entre os auxiliares cadastrados, ainda que excepcionalmente, pode ser fundamental à efetiva adesão dos magistrados ao método.

Cabe lembrar que ainda há considerável desconfiança de parte da magistratura trabalhista com os métodos não adversariais que não estejam sob seu controle direto, tanto que houve incisiva mobilização, sobretudo via ANAMATRA, para a exclusão dos conflitos do trabalho do âmbito da Lei nº 13.140/15.

Assim, o desenvolvimento de um método e procedimento peculiares, nos quais reste resguardada a participação do magistrado, pode ser um caminho interessante para a amenização das resistências. Essa participação estaria representada tanto no controle de adequação *a priori*, como no controle *a posteriori* (análise e faculdade de homologação dos acordos), e também pelo acompanhamento, ainda que indireto, do *iter* procedimental, por exemplo, por via de um sistema de avaliação dos facilitadores e do procedimento pelas partes e advogados usuários do serviço.

Enfim, cuida-se de uma transformação de cultura a demandar atenção para aspectos amplos e nem sempre evidentes, sobretudo em relação aos sujeitos envolvidos e a natural resistência humana à mudança, ao caminho em rumos não conhecidos.

Lado outro, nos posicionamos contrariamente à possibilidade das próprias partes indicarem um facilitador, como permite o CPC para os mediadores e conciliadores. Assim o fazemos por acreditar que, no campo trabalhista (marcado pela distinção entre as partes), isso representaria uma provável porta para fraudes, por exemplo, pela indução de uma parte pela outra à indicação de profissional que não detenha a necessária imparcialidade para a atuação.

Acolhido o facilitador como auxiliar do juízo, surge uma consequência que demandará

reflexão: a responsabilidade remuneratória. Consoante a Lei nº 13.140/15, a remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes (art. 13), observada a gratuidade aos necessitados.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, o qual acrescenta que: a tabela dos tribunais deve ser criada com respeito dos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça; que as atividades podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a regulamentação própria; e que os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, “com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento” (artigo 169 e seus parágrafos).

Na área trabalhista a regra é a gratuidade de justiça para o trabalhador reclamante. Assim, para a integração de facilitadores privados na gestão de conflitos laborais seria imprescindível a previsão de receitas para fazer frente ao custo remuneratório desses profissionais. Esse, parece-nos, seria um dos maiores obstáculos práticos do modelo cogitado, sobretudo no contexto atual, de sucessivos cortes de orçamento para o Judiciário como um todo, e para a Justiça do Trabalho em particular (e discriminatoriamente, como já manifestamos).

Mesmo sendo concreta a possibilidade desta iniciativa (em conjunto com as demais), de concorrer para a redução do tempo global de duração dos processos, implicando, assim, em uma economia compensatória do “investimento”, não ignoramos que a questão orçamentária se apresenta hoje como um dificultador.

Não que tenhamos como pertinente o estabelecimento de lógicas monetaristas para o sistema judicial. A função desses órgãos no quadro do Estado Democrático de Direito é pacificar com justiça e não gerar lucros. A ponderação, todavia, se faz relevante ao considerarmos que apesar da consagrada autonomia entre os Poderes do Estado, não há, infelizmente, garantia efetiva dela, em razão da submissão financeira do Judiciário ao Legislativo e Executivo.

No entanto, a dificuldade suscitada é absolutamente superável, dependente tão só das metas, prioridades e grau de compromisso do Estado brasileiro com o dever de disponibilização de um sistema de justiça eficiente aos seus cidadãos, sobretudo na seara dos direitos sociais. Ainda que no atual momento político e social brasileiro isso pareça pouco provável, isso, por si só, não desestimula a sistematização da proposta, sobretudo quando tantas outras razões concorrem em sentido inverso, sobretudo a sua aptidão para o aprimoramento qualitativo do sistema de gestão de conflitos laborais.

Ponto que se relaciona ao ora discutido é o da atuação e mediadores, conciliadores (e

quicá futuros facilitadores) por trabalho voluntário, como é comum, por exemplo, nos Estados Unidos, onde advogados com a referida capacitação disponibilizam um dia ou horários para atuação voluntária como mediador para pessoas de baixa renda.

Essa espécie de voluntariado foi contemplada no diploma processual civil. Apesar desta previsão normativa, entendemos que o disposto no art. 167, § 5º, do CPC, pelo qual os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados, “se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”, funcionará como um “contraestímulo”, ao menos se não excetuado o trabalho voluntário pela interpretação do dispositivo.

Em relação à figura do facilitador, auxiliar do juízo, que integra nossa proposta, entendemos que deve prevalecer apenas a restrição parcial e não irrestrita. Tal impedimento alcançaria o exercício da advocacia no juízo no qual exerça o *munus*, e a representação ou assessoramento das partes do qual foi facilitador pelo prazo de dois anos, em qualquer outro conflito/demanda/serviço de cunho jurídico, trabalhista ou não.

A prática judicial conjugada pode ser favorável à capacitação técnico-jurídica e constante atualização do facilitador, condições para atuação eficaz na reunião de orientação facilitadora, de formato avaliativo e proativo. Assim, não só não vislumbramos razões para a restrição absoluta do exercício da advocacia como nos parece saudável essa interlocução desde que observadas as restrições éticas, sobretudo circunstâncias de impedimento referidas.

9.5 Assistência de advogado

Tendo em vista a maior complexidade das questões trabalhistas hoje, à luz de tantas alterações nas formas da relação de trabalho e direitos reconhecidos, muitas as restrições à permanência do *ius postulandi*. Ainda que a processualística moderna recomende a presença proativa do juiz e seus deveres funcionais de condução equilibrada do processo, sua atuação não tem o condão de substituir a atuação técnica especializada do advogado. No mesmo sentido, entendemos não ser também aconselhável, em regra, o *ius postulandi* nos procedimentos autocompositivos incidentais ao processo. O ajuizamento desse, por si, faz presumir as dificuldades de entendimento entre as partes.

A importância da assistência dos advogados foi confirmada pelos usuários da reunião de orientação facilitadora, para os reclamantes, em nível ligeiramente superior ao dos reclamados. Assim, e guiados pelo compromisso de conjugar os benefícios dos métodos não adversariais de gestão de conflito com a relevância do reconhecimento dos direitos trabalhistas

concretamente, nossa proposição inclui a **obrigatoriedade ordinária** do assessoramento profissional ao reclamante, parecendo-nos propícias algumas exceções que à frente destacamos.

Quanto ao empregador reclamado, alguns fatores concorreram para a proposição da facultatividade dessa assistência, ainda que seu auxílio seja indistintamente relevante, frisamos. Dentre esses fatores, registramos a comum condição privilegiada quanto às informações pertinentes para a negociação e o maior nível educacional dos reclamados. Mesmo no âmbito da população delimitada (empregadores pessoas físicas, empreendedores individuais, pequenas e médias empresas) essa condição é uma constante. Ainda que não detenham algum tipo de assessoramento jurídico no curso do contrato, não é incomum que recebam orientações, ainda que básicas, de seus contadores, ou que acessem as informações relevantes por outros canais, como a internet.

Outro fator, ainda mais relevante, é a evitação de ônus desnecessário. Como temos chamado atenção, o empregador ao qual direcionada esta pesquisa corresponde aquele de presumida modéstia financeira, ao qual pode ser danosa a imposição de acompanhamento por advogado, por imputar uma despesa contornável, cujo montante pode ser direcionado à própria negociação conforme sua livre análise e deliberação.

Cabe pontuar que a Lei nº 5.584/1970, que disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, o faz apenas em relação ao trabalhador, e determina que a representação a que se refere a Lei nº 1.060/1950 será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador (art. 14). E a regra do artigo 18 garante esse direito ao trabalhador integrante da categoria profissional, independentemente de sua associação ao sindicato.

Ainda que o trabalhador não disponha de sindicato na sua localidade para este serviço, a contratação de um profissional privado, via ajuste de pagamento por percentual sobre o resultado, viabiliza o acesso à justiça, ainda que nesta hipótese acabe sofrendo uma considerável redução do benefício obtido, 20% a 30% conforme tabela atual da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) de São Paulo⁹⁶.

Ocorre que a condição de hipossuficiência do trabalhador, apesar de comum, não é invariavelmente uma exclusividade dele, pode atingir também o seu contratante⁹⁷. Assim,

⁹⁶ Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-honorarios/advocacia-trabalhista>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

⁹⁷ Em relação a isso, cabe registrar que a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 incluiu o parágrafo quarto ao artigo 790 da CLT prevendo que: “O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”, estando doravante eliminada a controvérsia quanto à possibilidade de deferimento do benefício às pessoas jurídicas.

entendemos que é necessário evoluir para a abrangência dos conflitos de ordem laboral pelas defensorias públicas da União, ou para algum outro mecanismo de viabilização do acesso à justiça (o que inclui o direito de defesa). Abrangência indistinta, a qualquer das partes, desde que presente a hipossuficiência, mantendo-se a assistência pelo sindicato profissional ou a contratação particular por percentual do resultado como alternativas aos trabalhadores, pois a Constituição Federal não procedeu a distinções.⁹⁸

Ademais, considerando o critério da “proatividade qualificada do facilitador”, há uma segunda circunstância de relativização da obrigatoriedade a ser cogitada, desta feita em face do próprio trabalhador reclamante. Cuida-se das causas de significativa simplicidade, pretensões sobre as quais seja remota a probabilidade de pender controvérsia real, das quais são exemplo clássico, as demandas por verbas rescisórias, baixa de carteira e concessão de guias para levantamento do FGTS e habilitação ao seguro desemprego na dispensa imotivada.

Considerando que o Judiciário trabalhista é preparado, desde o seu nascedouro, para lidar com o *ius postulandi*, sendo disponibilizado ao cidadão a possibilidade de comparecimento ao fórum para atermção de sua reclamação, acreditamos que seria extremamente interessante a respectiva oportunidade de participação na reunião de orientação facilitadora, independentemente de assistência de advogado nessas hipóteses.

Tendo em vista que um dos papéis nucleares do facilitador, visando a realizar o princípio da decisão informada, é a análise imparcial do direito material junto às partes, de modo simplificado e com linguagem acessível, podendo inclusive ponderar sobre as provas que venham a ser compartilhadas, bem como sugerir, fundamentadamente, possíveis soluções, há nesta forma de atuação uma razoável compensação da ausência do causídico.

Quanto ao motivo pelo qual suscitamos essa flexibilização da presença do procurador, esclarecemos que reside na possibilidade de o trabalhador usufruir integralmente do benefício obtido com o procedimento, o que, sobretudo em negociações de pequeno valor, pode impactar na tomada de decisão e maior satisfação com a solução transacionada.

É preciso registrar que não raro os contratos de honorários são fixados em percentual que abrange inclusive o valor sacado do FGTS e, ainda, sobre as parcelas de seguro desemprego recebidas pelo trabalhador. Ou então, consignam pagamento fixo mínimo em caso de acordo,

⁹⁸ Segundo a Constituição Federal, Art. 134: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

substitutivo da cláusula de percentual sobre o resultado, o que, por vezes, inviabiliza a transação por resultar em um crédito para o advogado superior ao cogitado para o trabalhador⁹⁹.

Essas algumas circunstâncias que nos motivam à defesa do *ius postulandi* em causas de menor simplicidade, pretensões enxutas e sobre as quais o campo para controvérsias seja restrito. Pretensões para quais, a nosso sentir, a possibilidade de requerimento direto deve não só ser permitido como propagado pelo sistema de gestão de conflitos laboral.

Sem embargo da relevância da assistência técnica do procurador, o princípio da indispensabilidade do advogado para a administração da justiça (art. 133 da Constituição Federal) não é absoluto, como já pronunciou o Supremo Tribunal Federal em algumas ocasiões, por exemplo, na ADIN nº 1.127-8, na qual apesar de reconhecer a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), excluiu sua aplicação aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz.

Assim, em razão das características particulares dessas demandas, sobretudo o critério da simplicidade, e também pela característica da qualificação técnico-jurídica do facilitador na reunião de orientação proposta, consideramos viável que a representação tanto do reclamado, quanto do reclamante por um advogado seja um direito e não uma obrigação.

Nessa trilha, a Lei nº 13.140/15, a qual prevê que: “As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001”, ou seja, garantia do *ius postulandi* em causas de até 40 vezes e 60 vezes o salário mínimo, respectivamente.

Para a realidade do direito individual do trabalho, sugerimos o limite de 20 salários mínimos, sem prejuízo de critérios qualitativos por decisão fundamentada exarada pelo juiz natural da causa no controle *a priori* de adequação da *reunião de orientação facilitadora*, seja para a inclusão de demanda em valor superior, seja para exclusão de causa que atenda a esse limite.

Vale pontuar que não há opção similar na regulamentação até então existente no âmbito trabalhista, qual seja: Resolução nº 174/16 do CSJT, seja na mediação seja conciliação. Segundo tal Resolução (art. 6º, §1º), a presença do advogado do reclamante é invariavelmente indispensável.

No entanto, reiteramos, que a característica peculiar da reunião de orientação facilitadora, qual seja, a proatividade qualificada do facilitador, bem como a possibilidade de

⁹⁹ É o que pode ocorrer, por exemplo, em razão da realização de pagamentos posteriores pelo empregador, como regularização de FGTS ou depósito em conta do empregado após o acesso dele à Justiça, o que acaba por justificar propostas bem mais modestas que a pretensão aduzida.

maior proveito econômico pelo trabalhador (sem embargo dos demais benefícios) respaldam a sugestão ora tecida.

Questão decorrente da anterior reside na possibilidade da reclamada se apresentar assistida, enquanto desassistido o autor. Por não ser compatível com o ordenamento jurídico qualquer proibição desta opção pela reclamada, sugerimos norma que determine ao facilitador a perquirição ao reclamante sobre a notificação ao sindicato da categoria profissional para a assistência no ato, redesignando-se a reunião em caso positivo. Em caso negativo, facultar-se-ia ao reclamante a permanência no procedimento para tentativa de composição ou o restabelecimento do curso original do processo, registrando-se em termo sua consciente e livre decisão. Na hipótese de inexistir sindicato da categoria na mesma jurisdição, essa condição também deveria ser informada ao reclamante para idêntica tomada de decisão.

Aproveitamos para registrar que essa probabilidade é um motivo a mais para que o sistema de justiça impulse a cultura do voluntariado no segmento jurisdicional, programas de prestação de serviços gratuitos pela comunidade advocatícia, como exercício de cidadania e incontestável demonstração de consciência cívica e coletiva. Em casos como o suscitado, um rol de advogados voluntários para assessoramento de partes eventualmente desassistidas junto ao CEJUSc, em determinado número de vezes por mês conforme a livre possibilidade de cada um, seria a solução tranquila e louvável para a questão.

9.6 Prazo para realização da reunião e sua duração

Em razão da natureza alimentar do crédito, sugere-se a fixação do prazo máximo de 30 dias para realização da primeira reunião, e das reuniões subsequentes, se necessário, na metade desse prazo a contar da primeira.

Os facilitadores cadastrados em cada unidade jurisdicional deverão disponibilizar a cada 3 (três) meses, e manter atualizada, a agenda de dias e horários disponíveis para atendimento, a qual será observada pelo juízo para as nomeações.

Nomeado, o facilitador será comunicado por mensagem eletrônica, e em caso de impedimento, ou qualquer causa excepcional que obste sua atuação, deverá comunicar ao juízo no prazo máximo de 2 dias a contar do primeiro dia útil subsequente à sua comunicação, a fim de que o juízo nomeie auxiliar em substituição. Findo o prazo referido, considerar-se-á aceita a nomeação e providenciada a comunicação das partes.

Quanto ao tempo reservado para cada reunião, entendemos que para o tratamento do conflito na fase de conhecimento (foco desta proposta), é absolutamente exíguo o intervalo

previsto pelo diploma cível, o qual no art.334, § 12, dispôs que a “pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte”.

Nossa experiência profissional, a pesquisa prática realizada e a formação em mediação apontam que o intervalo adotado é insuficiente para a aplicação das técnicas disponíveis com um mínimo de profundidade. Em verdade, deve prevalecer naqueles instrumentos, sobretudo na mediação a não limitação temporal. Ainda que a utilização desses mecanismos incidentalmente no processo e, portanto, sob o efeito da “pressão dos números” (comum ao sistema de justiça), torne quase inevitável a racionalização do tempo, não é honesto que esse contexto leve à utilização apenas “pró-forma” dos métodos, um “faz de conta”, ou seja, um novo espaço de meras tentativas protocolares de conciliação.

Assim, esperamos que o intervalo mínimo “sugerido” na legislação processual civil não seja de fato acolhido na efetivação das pautas daquela justiça pelo evidente prejuízo à qualidade do atendimento.

Quanto à reunião de orientação facilitadora, cujos parâmetros buscamos delinear, com base nas experiências relatadas, sugerimos intervalo de no mínimo 40 minutos, podendo ser elástico consoante a natureza da controvérsia.

Registre-se, por fim, que não consideramos saudável para o bom desenvolvimento da reunião, a reprodução do pensamento relativamente comum na definição das pautas tradicionais da justiça, no sentido da “preferência” pela espera das partes à possibilidade de “buracos” durante a pauta. Considerando a possibilidade de ausências ou finalização de uma ou outra audiência em poucos minutos, muitas Varas adotam intervalos bem restritos, de até 15 minutos entre as audiências, a fim de evitar possível “tempo ocioso” do magistrado.

Isso, no entanto, frequentemente enseja uma espera longa para algumas partes e advogados, vez que quando ocorrem com normalidade as audiências levam de 30 minutos à uma hora, em regra. A nosso sentir, essa prática não só é moralmente questionável, sob o aspecto do respeito ao outro, como concorre para um desgaste das partes ainda maior que o naturalmente gerado pelo ambiente judicial.

A reprodução dessa mentalidade no agendamento de conciliações, mediações ou reuniões de orientação facilitadora pode gerar mal-estar desnecessário, dificuldades para o estabelecimento do *rapport*, maximização do nervosismo das partes, entre outros fatores prejudiciais à eficácia dos métodos.

9.7 Comunicação às partes e obrigatoriedade do comparecimento

A comunicação às partes sobre a primeira reunião será providenciada pelo juízo, e as subsequentes, se necessárias, deliberadas diretamente pelo facilitador junto a elas, observado o limite de 15 dias.

Havendo advogado cadastrado, a comunicação se fará por seu intermédio e dela constarão as características do procedimento e seus objetivos, bem como a informação sobre a obrigatoriedade do comparecimento à reunião inaugural.

Tendo em vista o que acima ponderamos sobre gastos (de diversas espécies), envolvidos na disponibilização do procedimento às partes; que a atual cultura nem sempre é favorável à adesão espontânea delas; e que não é incomum a mudança de postura quando comparecem e têm contato com as primeiras ponderações do facilitador, entendemos razoável a implantação do modelo nestes moldes.

Sobre a questão, útil compartilhar o entendimento de Rosemary Padilha, fruto de pesquisa científica e também da sua experiência com a mediação. Ela observa:

Dentro de um contexto em que a mediação não faz parte da cultura, em que a grande maioria das pessoas, independente do grau de escolaridade, desconhece o que seja Mediação, a obrigatoriedade de passar por um processo de Mediação, prévio ao jurídico, pode ser o caminho da divulgação para a sociedade da existência de um meio pacífico para resolver suas controvérsias. A experiência mostra que as pessoas que compareceram a um primeiro encontro de Mediação, apenas porque confundiram um convite com uma intimação, pelo fato de ter sido derivado de um órgão público, ao tomarem conhecimento da não-obrigatoriedade de participar do processo, acabaram por concordar em experimentar. Mesmo nos casos em que as partes não chegaram a um acordo a respeito da questão em pauta, a grande maioria demonstrou ter havido uma aprendizagem, uma mudança no padrão de comunicação, que poderia vir a ser útil em situações futuras de divergências. Em função destas constatações, acredita-se que seria indicada a obrigatoriedade. Ela só teria efeito para que as pessoas tomassem conhecimento do processo e pudessem, então, escolher a alternativa de tentar uma resolução pacífica, com a assistência de um mediador e, a qualquer momento, pudessem ainda optar pelo processo jurídico. Ao saber que nada terão a perder, mas muito a ganhar em questões de tempo, sigilo, custos e, principalmente, na preservação dos relacionamentos, dificilmente as pessoas de bom senso declinam da experiência. (PADILHA, 2003, p.60-61)

Sobre a questão, Souza (2009, p.74) lembra a experiência norte americana, na qual:

Não existe regra que obrigue de antemão a submeter determinados conflitos à mediação, mas sim a possibilidade de que o juiz, no caso concreto, remeta às partes a um meio alternativo de resolução de litígios se entender que esse método é o mais apropriado para manejar o caso delas.

É exatamente essa espécie de gerenciamento pelo magistrado que defendemos para a hipótese, medida bem menos rígida que a acolhida por diversos outros países, os quais adotaram a mediação ou a conciliação obrigatória para certos tipos de processo, como verdadeira condição de procedibilidade¹⁰⁰, submetendo as partes a multas significativas em caso de ausência ou mesmo de recusa em discutir as propostas, como firmado na Colômbia.

Cabe lembrar que no campo trabalhista a obrigatoriedade de comparecimento das partes à audiência inicial integra o rito padrão e tem por objetivo exatamente viabilizar a tentativa conciliatória.

O tangenciamento da vontade que se limite à “coerção” para o comparecimento dos cidadãos ao ato, não agride a autonomia de escolha entre auto e heterocomposição, que se manterá hígida nos atos subsequentes, cabendo, por exemplo, a deliberação das partes de encerrarem a reunião a qualquer momento.

Assim, na esteira da opção feita pelo CPC 2015 para a conciliação (art. 334, § 8º) sugerimos que a ausência injustificada configure ato atentatório à dignidade da justiça, ensejando aplicação de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa. Considerando o caráter de penalidade, a multa deverá ser executada inclusive em face de beneficiários da gratuidade de justiça, facultada a compensação com eventuais créditos resultantes do processo.

9.8 Previsão obrigatória de cláusula penal em caso de descumprimento

Considerando que o método da reunião de orientação facilitadora seria incidental ao processo, ainda que se pautar na autonomia das partes, entendemos razoável que sua regulamentação contemple a incidência obrigatória de cláusula penal por descumprimento na eventual composição, bem como o prosseguimento para a fase executiva nesta hipótese.

Essa medida assegurará o impulso adiante do processo. Seria extremamente danoso para a celeridade processual e, logicamente, para a parte dependente dos créditos de natureza alimentar, que no caso de descumprimento do ajuste o processo simplesmente retomasse o curso de onde parou, o que representaria um grande retardo na solução processual. Isso se reforça se

¹⁰⁰ Conforme registramos no item 6.2 esse formato de submissão obrigatória a um método autocompositivo como condição ou pressuposto para o ajuizamento de ação foi declarado inconstitucional pelo STF em relação à previsão de recurso antecedente às Câmaras de Conciliação Prévia.

lembrarmos que o método em discussão tem os seus contornos idealizados para a fase de conhecimento, momento processual inicial, portanto.

9.9 Controle *a posteriori* pelo magistrado

Por fim, propomos a previsão da homologação como requisito para que a composição tenha *status* de título executivo, a exemplo dos efeitos obtidos na conciliação judicial.

No entanto, deve ser resguardada a mesma liberdade de apreciação ao magistrado, consoante o princípio geral da livre convicção motivada, vez que se cuida de ato de natureza judicial com o mesmo efeito de uma sentença.

Neste momento, o magistrado exercerá o “controle *a posteriori*” do procedimento e do acordo apresentado como um de seus resultados (outros podem ter sido atingidos, como o maior empoderamento das partes). Cuida-se do aperfeiçoamento, da complementariedade da avaliação de conveniência iniciada na seleção do processo, a qual denominamos acima como “controle *a priori*”.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observa Pedro Demo, “parece claro que o *métier* científico supõe liberdade de expressão, porquanto conhecer pressupõe principalmente questionar, não verificar, constatar, afirmar [...] a realidade é aquela que o método imagina captar” (2002, p.352 -353).

Nessa perspectiva, não ousaremos propor uma conclusão, mas algumas considerações derradeiras viabilizadas pelo caminho (método) percorrido, a partir do nosso “lugar de fala” e perspectiva de visão permitida, mas não por ele determinada.

A possível influência desse local de observação não foi omitida. Desde o início a consideramos, mas simultaneamente assumimos o compromisso de não a tornar “soberana” e de contrapô-la, dialeticamente, às tantas outras perspectivas incidentes na matéria. Buscando cumprir essa proposta, não só visitamos os entendimentos divergentes e respectivos argumentos teóricos, como procuramos inserir na discussão a percepção dos próprios usuários dos serviços do sistema de justiça.

Como consignamos, adotamos como marco teórico os estudos sobre o impacto dos mecanismos de processamento de litígios na construção do Estado Social Democrático de Direito, nos quais se destacam as análises que identificam no Direito do Trabalho um instrumental relevante para a concretização daquele ideal, à luz do seu potencial redistributivo e minimizador da desigualdade social.

Apesar de sua natureza privada, o Direito do Trabalho extrapola o interesse individual obreiro para configurar um interesse público. Daí a consequência de ser erigido a direito fundamental social e de incidirem limites à faculdade de disposição por parte do seu titular, ou consoante defendemos, predominar sua *disponibilidade circunstanciada*.

Também por decorrência, há um significativo apreço (ou apego) pelo modelo jurisdicional de processamento dos seus conflitos e pelo paradigma positivo de solução, sobretudo no segmento individual, no qual a assimetria entre sujeito trabalhador e ente coletivo empresarial é evidente e acentuada. Adverte-se sobre o risco de precarização dos direitos pelos métodos consensuais e mais flexíveis de composição do conflito.

Ademais, considerando que a aplicação das leis tem tanto um efeito imediato, em prol da reconstituição do patrimônio jurídico lesionado; quanto um efeito futuro, pedagógico, de vinculação da sociedade à sua observância, argumenta-se que a possibilidade de sua “flexibilização” na solução negociada funcionará como um “contra-estímulo” à essa vinculação. Conforme desenvolvemos, a preocupação se justifica, sobretudo, em face do grande capital que, não raro, compõe o grupo dos litigantes habituais da Justiça do Trabalho.

Essas, em resumo, as características que densificam a discussão sobre a propriedade da abertura do sistema de justiça trabalhista aos novos (ou reconfigurados) meios de gestão de conflitos, recentemente integrados ao ordenamento brasileiro, em específico a conciliação e a mediação.

Aqueles que se opõe à possibilidade sustentam a suficiência do atual modelo, apostam na continuidade da conciliação conduzida pelo magistrado trabalhista, supostamente eficaz e segura, e não raro invocam a experiência malfadada de incentivo à conciliação extrajudicial representada na criação das CCPs.

Lado outro, apoiados nas ideias do escopo social do processo, da concepção ampliada de acesso à justiça e do próprio conceito de justiça neste novo suporte teórico (descolado do critério reducionista que a identifica com a aplicação da lei positiva), argumenta-se a necessidade de expansão do sistema de gestão de conflitos trabalhistas, tornando-o mais plural e apto ao enfrentamento das variadas espécies de disputas que lhe são dirigidas.

Porém, como buscamos transmitir, as teses não se apresentam neste formato binário. Observamos diversas interlocuções e posicionamentos “temperados” por abrandamentos em um e outro sentido. Aliás, esse foi também o traço desta pesquisa. Longe de intencionarmos conclusões fechadas, procuramos suscitar pós e contras e consignar os argumentos que nos pareceram relevantes para a tomada de posicionamento, não pelo “argumento da autoridade”, mas pela “autoridade dos argumentos” (DEMO, 2003, p. 351). Afinal, ainda que não nos pareça adequado concluir pela existência de “um certo e um errado”, sobretudo diante de uma problemática tão complexa como a eleita, o caráter pragmático deste estudo impeliu a realização de algumas escolhas entre as opções possíveis.

Investigado o formato do atual sistema de justiça trabalhista e considerando a tipologia delimitada para estudo (conflitos individuais entre empregador e empregado) confirmamos a hipótese de pesquisa consistente na sua insuficiência para o tratamento adequado de uma parcela relevante das disputas que abrange, qual seja: as decorrentes de *conflitos metajurídicos*.

Consoante revelou a pesquisa teórica, muitas as vantagens de cunho psicossocial propiciadas pela gestão não adversarial dos conflitos, sobretudo para os conflitos metajurídicos suscitados, os quais demandam tratamento integral que não se restrinja à lide jurídica, fim ao qual se destina, com propriedade, a mediação de base transformativa.

Os conflitos desta ordem têm larga presença no cenário trabalhista, palco concomitante de “lutas por redistribuição e reconhecimento”. Sem embargo do valoroso trabalho desenvolvido pelos juízes trabalhistas na conciliação judicial, muitos obstáculos se impõem ao projeto das “conciliações qualificadas”, sobretudo a demanda de trabalho que, infelizmente,

vem impondo a esses profissionais a atuação padronizada, em ritmo fabril de produção.

Nesse contexto, a consciência sobre a necessidade de superação da atividade conciliatória intuitiva e investimento na formação técnica que maximize o exercício das conciliações qualificadas pelo magistrado ganha ares paradoxais. É como municiar um artista com tintas, pincéis, telas e sobretudo ideias, mas não lhe permitir pintar.

Além deste ponto, há toda a problemática de cunho ético advinda da cumulação das figuras de conciliador e julgador, sobretudo quando pensamos em um conciliador “em profundidade”. Assim é que, ao menos para o recorte enfocado neste trabalho, conflitos marcados por alto teor psicossocial e que verdadeiramente requerem, e justificam, um tratamento diferenciado e menos adstrito à dimensão jurídico/econômica, identificamos a necessidade de alternativas para o aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista.

Apesar das figuras existentes, sobretudo a partir da implementação dos CEJUSCs, vislumbramos espaço para o crescimento desse sistema híbrido, sobretudo com vistas ao aperfeiçoamento qualitativo e atendimento de expectativas que não encontram ressonância no modelo heterocompositivo vertical e nem, completamente, nas figuras autocompositivas já em desenvolvimento. Um sistema que, ademais, valorize a participação dos envolvidos e fortaleça os vínculos de cidadania (reconhecimento), sem negligenciar a função social do Direito do Trabalho (redistribuição).

É este último aspecto que, como exposto, alimenta o receio da simples adesão à mediação e conciliação nos moldes regulamentados pela Lei n. 13.140/2015 e Código de Processo Civil de 2015, pois essa regulamentação reproduz as linhas genuínas dos institutos, por exemplo quanto à equidistância dos terceiros facilitadores e a flexibilidade quanto à realização do escopo jurídico, reflexão que igualmente foi suscitada no curso deste trabalho.

Não olvidamos que dentre os novos métodos de pacificação integrados à realidade e ordenamento brasileiros, a mediação, em geral, se destaca como instrumento eficaz no tratamento adequado daquela espécie de conflito. Todavia, há sérias restrições à sua aplicação (em seu formato autêntico) na esfera do direito do trabalho individual, pelas razões que já suscitamos. Para a conciliação, e seu caráter bastante prático e objetivo (obtenção da composição), não é diferente.

Está bastante claro o empenho das lideranças e órgãos trabalhistas no sentido da adaptação necessária e inserção do direito e conflitos individuais do trabalho no universo da nova concepção de justiça que movimenta este estudo. Evidência deste esforço e dos avanços já alcançados está na Resolução nº 174/2016 do CSJT, cujas diretrizes exploramos.

Analisado esse marco normativo articuladamente à experiência prática, extraída

sobretudo da observação dos CEJUSCs-JT, entendemos que a Justiça do Trabalho acabou por aderir à mediação e à conciliação no plano terminológico. Todavia, no plano concreto, vem desenvolvendo uma particular política autocompositiva, centrada em seus próprios servidores e magistrados.

Nessa atuação peculiar, predomina a tentativa de harmonização entre a autonomia das partes e a ressonância das normas trabalhistas, sendo evidente o caráter avaliativo da postura dos servidores “mediadores” sob a supervisão do magistrado, no sentido de conscientizar as partes sobre o teor e implicações dos direitos discutidos, ou seja, a plena realização do princípio da decisão informada. Ademais, busca-se imprimir o máximo de efetividade a essa atuação, de uma ou de outra forma, sendo comum o impulso processual em sintonia com as unidades de origem dos processos, em caso de insucesso da tentativa de composição.

A capacitação desses servidores e juízes a partir de diretrizes próprias, estabelecidas em razão das particularidades do segmento, e a seleção de pessoas com perfis favoráveis ao desenvolvimento deste trabalho diferenciado, têm sido elementos decisivos para o notável desempenho desse novo projeto.

Essa opção normativa *sui generis* é absolutamente compreensível e mesmo natural, considerando a polêmica sobre a (in) adequação da mediação e conciliação genuínas no universo trabalhista. No entanto, como buscamos suscitar, o melhor caminho talvez seja o da formatação e solidificação deliberada de um método próprio, ainda que inspirado em outros métodos já propagados. A “pseudo” implementação da mediação e conciliação na seara laboral podem concorrer negativamente para a estruturação científica e adequada compreensão social sobre esses meios não adversariais de solução de conflitos na cultura brasileira.

Ademais, pode alimentar, na própria comunidade jurídica trabalhista, as resistências fundadas no desconhecimento acerca das linhas peculiares estabelecidas para o procedimento (seu viés avaliativo, o compromisso concomitante com a tutela jurídica e a agregação de atos para o impulso processual), equiparando-o automaticamente, e equivocadamente, à mediação e conciliação regradas pelo CPC.

Se concluímos pela necessidade e de fato temos um modo de operar próprio, porque não o reconhecer, nominar e fortalecer paulatinamente? Esta uma primeira indagação que nos cabe reforçar nessas linhas finais.

A segunda indagação diz respeito à ampliação e aperfeiçoamento do sistema híbrido de gestão de conflitos trabalhistas. Em que aspectos eles se revelaram necessários e como efetivá-los.

Em boa parte dos tribunais do trabalho do país (sobretudo nos últimos dois anos, nos

quais se acirrou a insuficiência do orçamento), pode-se dizer que o desenvolvimento da política de tratamento adequado dos conflitos é fruto muito mais da determinação de pessoas engajadas na causa da melhoria desse serviço público que de qualquer investimento efetivo do Estado. Assim, compreensível que nem sempre estejam disponíveis ambientes absolutamente adequados, possibilidade de capacitação contínua e recursos humanos suficientes para a fiel retratação prática do modelo idealizado. Muitas vezes, a execução desses projetos é “feita na marra”, com o que se tem e uma boa dose de criatividade e dedicação dos envolvidos. Mas, é preciso questionar constantemente este quadro e buscar a sua alteração, mantendo-se vivo o ideal de uma estrutura compatível com os objetivos audazes encampados por este novo sistema de justiça.

De qualquer forma, fato é que ainda não foi possível o desenvolvimento pleno dos objetivos da Resolução nº 174/16, sobretudo no que toca ao tratamento consensual dos conflitos ainda em fase de conhecimento, havendo séria dúvida sobre a possibilidade dessa ampliação com qualidade e sem prejuízos consideráveis às outras atividades dos Tribunais. É o que questionamos, por exemplo, à luz da realidade da 15ª Região, na qual já não há sequer reposição de servidores aposentados e seu quadro de magistrados e servidores já trabalham no limite da potencialidade.

Logo, parece-nos que, ao menos a princípio, se faça necessário traçar prioridades para a atuação dos CEJUSCs em processos na fase de conhecimento, terreno no qual se pretende e se faz de fato necessário avançar. Assim sendo, por todas as razões compartilhadas (maior presença da lide psicossocial, realidade que recomenda um tratamento particularizado, evitação de execuções infrutíferas etc.) o recorte populacional feito nesta investigação (empregadores pessoas físicas, pequenos e médios empresários) se revela de todo recomendável, sobretudo à luz dos resultados quantitativos (elevado número de composições) e qualitativos obtidos na pesquisa empírica.

Conforme mencionamos, foi exatamente em relação à essa espécie de conflito que detectamos, à luz dos elementos levantados pela pesquisa teórica e resultados da pesquisa prática, o maior espaço para aperfeiçoamento do sistema de justiça trabalhista e que, em conclusão, recomendamos se concentrem os esforços da comunidade jurídica laboral, à qual sugerimos a implementação da *reunião de orientação facilitadora*.

Ademais, necessário considerar a possibilidade de melhoramento do sistema também pela inserção de facilitadores privados, como auxiliares do juízo, além dos próprios servidores disponíveis, nos moldes suscitados na etapa prospectiva do estudo. Uma forma de melhor repartir (entre magistrados, CEJUSCS e esses auxiliares) o enorme desafio de maximização da

autocomposição qualificada no âmbito judicial, disponibilizando à sociedade um efetivo modelo plural de solução de controvérsias, sensível às diversas realidades que abarca, um verdadeiro *sistema híbrido de gestão de conflitos*, complementado, ainda, pelas figuras extrajudiciais já existentes.

A intervenção facilitadora pautada na análise do caso concreto, seus riscos e probabilidades, de modo transparente, técnico, ponderado, respeitoso e, sobretudo, em um formato cooperativo (partes e facilitador) vai ao encontro da justificada preocupação de não precarização das relações de trabalho. Daí o nosso esforço para conjugar as vantagens observadas na conciliação, mediação e intervenção neutra de terceiros, ainda que parcialmente, considerando alguns traços inconciliáveis desses distintos métodos.

Conforme esclarecemos, deliberamos por mesclar no procedimento testado tanto aspectos da mediação (suas técnicas) quanto da conciliação e da avaliação neutra de terceiros, de forma que não houve identidade do procedimento aplicado a nenhum desses mecanismos em particular e isoladamente. Essa deliberada e consciente fusão das técnicas intencionou contornar aspectos que consideramos negativos em um e outro método para a realidade específica dos conflitos eleitos para investigação. E, consoante manifestamos, a vantagem da proposta sistematizada reside, sobretudo, na coerência com o previamente manifestado sobre a relevância da fidelidade taxonômica no manejo e estruturação científica dos métodos não adversariais de solução de conflitos.

Enfim, cremos que a contribuição mais relevante do estudo não está exatamente na conjugação de meios não adversários, pois isso, em verdade, já é empiricamente observável da atividade dos CEJUSCs-JT, ainda que não com a profundidade e clareza aqui esboçada, mas que se faz relevante, particularmente para o tratamento de conflitos metajurídicos na fase inicial do processo.

A singularidade, parece-nos, está na tomada de consciência da opção por um conteúdo misto, no reconhecimento dessa fusão como premissa para a sedimentação e aperfeiçoamento da particular metodologia da justiça laboral para o tratamento adequado dos conflitos e, porque não dizer, das pessoas que a ela recorrem e dela necessitam.

Um mecanismo que com as características exploradas nesta pesquisa, intencionou equalizar o antagonismo das teses que deram partida a este estudo, que a exemplo do que permite e se deseja de uma boa mediação, tenha o potencial de despolarizar esse “conflito”.

Paralelamente, necessário incrementar também o diálogo interno e externo sobre este novo desenho institucional, promovendo interna e externamente a *cultura de gestão cooperativa de conflitos*, e progredindo na superação da visão que, muitas vezes sem

conhecimento concreto da proposta, opta pela rejeição com base em pré-concepções, ou por enxergá-la como “justiça de segunda linha”, mesmo quando os maiores interessados em tudo o que discutimos exercitam o direito à tomada de decisão informada e atestam sua satisfação com a experiência.

Por fim, em um momento tão delicado para os direitos sociais no Brasil e no qual se questiona a própria permanência da Justiça do Trabalho (a qual inclusive já sofre os efeitos da asfixia silenciosa da restrição de recursos), não surpreenderá se um projeto direcionado à melhoria da sua atuação e à obtenção de maior legitimidade junto aos usuários do seu serviço soe para alguns como discurso romântico, e provavelmente é. Neste cenário de desconstrução dos pilares estruturais do Estado de Bem Estar Social e de intenso mal estar entre todos os que compartilham o desejo de uma sociedade mais igualitária, o romantismo, talvez, seja a nossa alternativa de sobrevivência, a força que nos fará contrariar todas as outras “forças”.

Assim, encerramos este estudo com as palavras lúdicas, e ao mesmo tempo sóbrias, de Mário Quintana:

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!

REFERÊNCIAS¹⁰¹

ALEXI, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. **Manual dos MESCs: Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Barueri, SP: Manole, 2016.

ASPERTI, Maria C. de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário**. 2014. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

AZEVEDO, André Gomma. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). **Mediação de conflitos, novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 3ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2012.

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

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação, o acesso à Justiça e uma nova postura dos juízes. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, 2004, 2ª ed. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 12/06/2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos. Novo Paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BASTAZINE, Cleber Alves. **Mediação em relações individuais de trabalho**. 2012. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BEBBER, Júlio César. **Processo do Trabalho: Adaptação à contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2011.

BEDAQUE, José Roberto. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: RT, 1994.

¹⁰¹ De acordo com ABNT NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

BITTAR, Eduardo Costa Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática de monografia para os cursos de direito**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. Disponível em: <<http://uniFra.br/professores/14104/Paulo%20Bonavides-Ciencia%20Politica%5B1%5D.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Social ao Estado Liberal**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/2321120/do-estado-liberal-ao-estado-social---paulo-bonavides---extra>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. **Os limites do acordo em juízo e as garantias do processo justo**. São Paulo: LTR, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processos, ideologias e sociedade**. Tradução, revisão e notas do prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris (Ed.), 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris (Ed.), 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

CHAVES, Luciano Atháide, Os procedimentos especiais no processo comum e sua aplicação no processo do trabalho: um olhar a partir do novo código de processo civil. 2016, p.961-1018. In: MIESSA Élisson. (Coord). 2ª ed. rev. ampl. e atual. **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/2898522/fabio-konder-comparato---o-indispensavel-direito-economico>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Provado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: Elementos para Reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. (Documento Técnico nº 319).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. Sistema trabalhista brasileiro e a Justiça do Trabalho: Os desafios da efetividade. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula. (Coord). **Conciliação judicial individual e coletiva e forma extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no Direito do Trabalho brasileiro. **Revista LTr**, São Paulo, v. 66, n. 6, p. 663- 670, junho 2002.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro**. 2007. 308 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Cuidado metodológico, signo crucial da qualidade. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 17, n. 2, p. 349-373, jul./dez. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A conciliação e a mediação na Justiça do Trabalho – conciliação qualificada. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 123, p. 115-122, ago. 2014.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Sousa. 24ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

EGGER, Ildemar. **Cultura da Paz e Mediação: uma experiência com adolescentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <<https://enpiedepaz.files.wordpress.com/2010/11/oopanfg13.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

EPSTEIN, Lee. Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência / Lee Epstein, Gary King. --São Paulo: Direito GV, 2013.

FERNANDES, Reinaldo de Francisco. **Relações de emprego e (in) disponibilidade dos direitos: proposta de modulação da autonomia da vontade**. 237 f. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. A Justiça do Trabalho e a conciliação impossível. **Revista do Tribunal do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 45, p.89-114, jul./dez. 2014.

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução: SALES, Carlos Alberto de. Tradução: SILVA, Daniel Porto Godinho da Silva; ROZ, Melina de Medeiros Roz. São Paul: Revista dos Tribunais, 2004.

FRASER, Nancy. **De La Redistribución al Reconocimiento? Dilemas em torno a la injusticia em uma época “postsocialista”**. 1997. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:G8-exySKcMAJ:https://newleftreview.org/article/download_pdf%3Flanguage%3Des%26id%3D1810+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação. In: FAVA, Marcos Neves; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho. (Orgs.). **O direito material e processual do trabalho dos novos tempos: estudos em homenagem ao professor Estevão Mallet**. São Paulo: LTr, 2009a, p.50-66.

_____. Mediação em relações de trabalho no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos. Novo Paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009b.

_____. Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013a, p.33-41.

_____. Mediação em conflitos individuais de trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 121, p. 31-39, nov. 2013b.

_____. Sobre a Relevância de uma noção precisa de conflito. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 123, p.11-18, ago. 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário: Condições necessárias para institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. 2011. 274f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 149-164.

GIGLIO, Wagner. **A conciliação nos dissídios individuais do trabalho**. São Paulo, LTr, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Org.). São Paulo: Atlas, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HARAWAY, Donna. **SABERES LOCALIZADOS: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial**. 1998. Disponível em <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1773/1828>>. Acesso em 19 fev. 2017.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, n.18, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de Metodologia científica**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. 2012, p. 57-85. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves (Orgs). **Negociação, mediação e Arbitragem. Curso Básico para programas de graduação em Direito**. São Paulo: Editora Método, 2012.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial. Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**. GRINOVER, Ada Pelegrini. WATANABE, Kazuo. (Coords). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2ª ed. São Paulo. Atlas: 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2ª ed. Rio de janeiro: Renovar, 2001.

MELO, Luís Antônio Camargo de. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos Trabalhistas: O termo de ajustamento de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho. 2014, p. 136-142. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula. (Coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e forma extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direitos das Obrigações**. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 1972.

MORAES, Maria Isabel Cueva. **Políticas públicas e meios não adversariais de resolução de conflitos: Política Judiciária Nacional de Justiça e a Justiça do Trabalho**. 2013. 180f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação legislativa**, Ano 51, n. 204, p.269-285, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509938>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2008.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Jurisdição voluntária: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil. Reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial**. 2011. 244f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Solução de Conflitos trabalhistas: A conciliação Judicial. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; ÁVILA, Flávia de; FANTINI, Karine Monteiro de Castro; SILVA, Nathane Fernandes. (Orgs). **Mecanismos de solução de controvérsias trabalhistas nas dimensões nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2015, p. 17-37.

PADILHA, Rosemary Damaso. **Mediação sistêmico-integrativa: uma contribuição à gestão da educação para a prevenção da violência**. 2003.168f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação da Universidade Tuiuti do Paraná, Paraná, 2003. Disponível em: <<http://tede.utp.br:8080/jspui/bitstream/tede/627/1/RPadilha.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PANCOTTI, José Antônio. As demissões coletivas e a indispensabilidade da negociação sindical. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. (Org.). **Mudanças no Direito do Trabalho nos 25 anos do TRT da 15ª Região**. Campinas: Editora MM Comunicação Integrada, 2011, p.71-105.

PIMENTA. José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a emenda constitucional nº 24/99: aspectos do direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 29-50, jul./dez. 2000. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/73091/2000_pimenta_jose_conciliacao_judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 fev. 2016.

PIMENTA. José Roberto Freire. Considerações iniciais sobre a conciliação na esfera trabalhista. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula. (Coord). **Conciliação judicial individual e coletiva e forma extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 22-73.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. O novo CPC e a mediação. Reflexões e ponderações. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 48. n. 190. abr/jun de 2011. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequ>. Acesso em: 24/06/2017.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A mediação nos conflitos coletivos e os termos de ajuste de conduta. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 5, n. 53, p. 114-125, ago. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/98241/2016_porto_lorena_mediacao_confitos.pdf?sequence=1. Acesso em: 01/07/2017.

QUINTANA, Mário. Espelho Mágico. Porto Alegre: Editora Globo.1951.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. O que é mediação de conflitos. São Paulo: Brasiliense, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. In: FARIA, José Eduardo. (Org). Direito e Justiça. A função Social do Judiciário. São Paulo: Editora Ática, 1989, p. 39-55.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7ª ed., São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Clilton Guimarães dos. **Tutela jurisdicional aos direitos sociais**. 2013. 234f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Execução no Processo do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral. A técnica dos acordos na Justiça Federal. **Revista Esmafe (Escola de Magistratura Federal da 5ª Região)**, n. 7, p. 73-86, ago. 2004. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27502/tecnica_acordos_justica_federal..pdf. Acesso em: 03 abr. 2017.

SILVA, Érica Barbosa e. Conciliação judicial. 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Técnicas de Mediação para o aprimoramento do processo do trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 123, p. 105-114, ago. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos. Novo Paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: Negociação, Mediação e Conciliação na Esfera Administrativa e Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 123, p. 62-74, 2014.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTR, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TRIOLA, Mário F. **Introdução à estatística**. Tradução de Alfredo Alves de Farias. 7ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; GOMES, Marcella Furtado de Magalhães. **Mediação Judicial Trabalhista**. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/98238>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de coleta de dados no campo**. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANNA, Ana Cláudia Torres. **Mediação na Justiça do Trabalho: Buscando identidade Experiências dos Centros Integrados de Conciliação da 15ª Região**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240024,61044-Mediacao+na+Justica+do+Trabalho+Buscando+identidade+Experiencias+dos>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

VIANNA, Ana Cláudia Torres. MORAES; Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo. Formas consensuais de resolução de conflitos: Conciliação e Mediação. In: SANTOS, Lorival Ferreira dos. GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. (Coords). **O direito do trabalho e o processo do trabalho no século XXI: livro comemorativo dos 30 anos do TRT da 15ª Região**. São Paulo: LTr, 2016.

VIANA, Márcio Túlio. O segundo processo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 196-206, 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/25356/015_viana.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 25 mai. 2017.

VIEIRA, Sônia. **Introdução à bioestatística**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador. Florianópolis: Habitus, 2001. v.1.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz Yarshell; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coords). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises. 2012, p.27-55. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves. (Coords). **Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito**. São Paulo: Método, 2012.

Referências Normativas

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. COSTA FILHO, Armando Casimiro (Org) [et al.], 45. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.255 de 14 de janeiro de 2016 que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 09/09/2016.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2016 que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 20/10/2016.

BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 21/10/2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. Lei nº 9958 de 12 de janeiro de 2000 que dispõe sobre as Comissões de Conciliação Prévia. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 05/07/2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.341 de 24 de julho de 1995 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 09/05/2017.

BRASIL. Lei 8906 e 04 de julho de 1994 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 09/07/2017.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 que institui a arbitragem. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 07/01/2017.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 28/03/2016.

BRASIL. Lei nº 7.418 de 16 de dezembro de 1985 que institui o vale-transporte e dá outras providências. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 08/06/2016.

BRASIL. Portaria nº 3.214 de 8 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego que aprova as normas regulamentadoras da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/839945.pdf>. Acesso em: 23/12/2016.

BRASIL. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 que altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 14/07/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10/10/2016.

CONSELHO NACIONAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Código de Ética do CONIMA**. Disponível em: http://www.conima.org.br/codigo_etica_med. Acesso em: 25 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 466 de 12 de dezembro de 2012, que regulamente a pesquisa científica envolvendo seres humanos. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em 05/08/2016.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Resolução nº 174 de 30 de setembro de 2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023. Acesso em: 02/02/2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª Região. Resolução Administrativa nº12 de 03 de outubro de 2014 que dispõe sobre a criação dos Centros Integrados de Conciliação. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/web/presidencia/resolucoes-administrativas-2014/-/asset_publisher/2zIYYIHmA53n/content/resolucao-administrativa-n-12-2014. Acesso em: 04/04/2017.

Documentos

Relatório Justiça em números 2016: ano base 2015. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2016.

ANEXOS

ANEXO A – Autorização do Gestor da Vara Trabalhista para a Pesquisa Prática

 Não é possível exibir esta imagem no momento.

ANEXO B – Autorização do Presidente do TRT 15ª para a Pesquisa Prática

 Não é possível exibir esta imagem no momento.

ANEXO C – Autorização do Comitê de Ética e Pesquisa/ Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CEP/CONEP)



Não é possível exibir esta imagem no momento.

ANEXO D – Convite às partes

Prezado Senhor (a)

A Mediação é uma forma consensual de solução de controvérsias, rápida, informal e confidencial. É um procedimento integralmente voluntário, em que um terceiro, chamado mediador, tem a função de facilitar o diálogo entre as partes, auxiliar no estabelecimento da comunicação, visando a solução de suas divergências.

Esse método tem como estratégia promover ambientes propícios à colaboração recíproca, à consideração das peculiaridades de cada caso, necessidades e limites de cada envolvido e se efetiva por meio de sessões de atendimento individuais e/ou em conjunto.

Esse novo modelo de solução de controvérsias foi inaugurado no Brasil com a lei n. 13.140/2015 e com o atual Código de Processo Civil. Na Justiça do Trabalho, sua implantação está em curso, e o processo acima identificado, no qual o (a) senhor (a) é parte foi selecionado para atendimento.

Nesse atendimento, prevalecerá o diálogo, com auxílio de um mediador com capacitação específica, o qual **não possui qualquer poder decisório no processo**. Mesmo assim, sugerimos o acompanhamento por advogado, sempre que possível.

Em caso de obtenção de acordo, ele será encaminhado ao Juiz titular da Vara do Trabalho para apreciação e homologação.

As informações manifestadas na sessão de mediação são sigilosas, ou seja, não constarão do processo como prova ou para qualquer outro fim.

O procedimento será integralmente gratuito.

Será concedida certidão de justificativa de ausência ao serviço/compromissos, se necessário.

Feitos esses esclarecimentos, o (a) convidamos a comparecer para participar da **Reunião de Mediação**, marcada para tentativa de solução consensual do seu processo, a realizar-se no dia _____, às _____ horas, no Fórum Trabalhista de Ribeirão Preto, situado à _____.

Aguardamos seu comparecimento e sua colaboração.

ANEXO E – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO
PRETO**

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PESQUISADO

Convidamos o (a) Senhor (a) a participar da Pesquisa “Sistema Híbrido de Pacificação e Direito do Trabalho: implicações na construção do Estado Democrático de Direito”, sob a responsabilidade dos pesquisadores Prof. Doutor Jair Aparecido Cardoso e Amanda Barbosa, sendo que a apresentação do termo e eventual obtenção do consentimento se fará pela última. Essa pesquisa pretende examinar a compatibilidade da mediação e da conciliação não realizada por um juiz, no campo dos conflitos trabalhistas. Para isso, a pesquisa adotará como método a análise dessas duas formas de solução de conflitos (mediação e conciliação), como funcionam, e a legislação existente sobre elas, e fará consulta espontânea das pessoas que participarem de sessões de mediação, para conhecer a visão dos próprios envolvidos e obter informações que poderão ser utilizadas como referência para a futura legislação sobre o tema na área trabalhista. Essa pesquisa se justifica no fato de que a mediação já está sendo utilizada em outras áreas, havendo probabilidade de ser inserida por lei geral também na área trabalhista e não apenas por uma norma local, como no caso do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Resolução Administrativa nº 12/2014). No entanto, é necessário avaliar os seus fatores favoráveis e contrários, sendo este um dos benefícios esperados com esse estudo. Sua participação é **voluntária**. Caso participe, contribuirá respondendo a um questionário sobre a sessão de mediação e as razões que sustentaram suas atitudes e decisões no procedimento. Esse questionário é composto de 12 questões de múltipla escolha e uma questão aberta, sendo a última opcional. A previsão de tempo de resposta deste questionário é de 15 minutos. O questionário é um documento confidencial. Os dados obtidos serão utilizados unicamente para o fim explicado. Os resultados da pesquisa serão analisados e publicados, pois isso é parte do benefício do estudo para a sociedade, mas sua identidade não será divulgada, sendo guardada em sigilo. Nos comprometemos com a manutenção do sigilo e da privacidade durante todas as fases da pesquisa. Para tanto, não constará seu nome ou qualquer identificação sua no questionário sendo ele depositado em uma urna fechada que ficará nas dependências do fórum e só será aberta ao fim da pesquisa, após colhidas 60 manifestações. Esses cuidados visam proteger sua privacidade e imagem. Não há outros riscos previsíveis decorrente de sua participação na pesquisa que pode ajudar na discussão sobre ser recomendável ou não a

implantação da mediação na área trabalhista, como mais uma alternativa dada aos cidadãos para solução de conflitos, além da decisão de juízes, sendo este outro benefício esperado. O (a) senhor (a) pode solicitar mais esclarecimentos antes, durante ou após a realização da pesquisa por meio dos contatos abaixo informados. Caso aceite o convite e posteriormente desista, bastará informar. O (a) senhor (a) tem direito de se retirar da pesquisa até mesmo durante a resposta ao questionário, independente do motivo e sem nenhum prejuízo ou penalidade a sua pessoa. A recusa em participar não implicará em nenhum dano ou problema relativo ao processo que seguirá naturalmente o seu curso conforme deliberação do juiz titular da Vara do Trabalho. Esclarecemos que a atuação da mediadora no processo será exclusivamente de condução da sessão de negociação, estando impedida de qualquer intervenção subsequente. O (a) senhor (a) receberá uma via assinada deste Termo, caso aceite o convite. O (a) senhor (a) não terá nenhuma despesa e também não receberá nenhuma remuneração em troca da participação, mas caso tenha algum dano comprovado decorrente da pesquisa terá direito à indenização. Para qualquer outra informação e acompanhamento, caso necessite, o (a) Sr (a) poderá entrar em contato com os pesquisadores no endereço Av. Bandeirantes, 3900, Monte Alegre – Campus USP – Av. Prof. Aymar Baptista Prado, 835. CEP 14040-900 – Ribeirão Preto - SP, ou pelo telefone 16-33150145. Esta pesquisa está autorizada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto – USP, situada à Avenida Bandeirantes, 3900 - Bloco 23 - Casa 37 - 14040-901 - Ribeirão Preto - SP – Brasil, Fone: (16) 3315-4811 / Fax: (16) 3633-2660, E-mail: coetp@ffclrp.usp.br, o qual poderá ser contatado para eventuais dúvidas sobre questões éticas do projeto, e apenas para este fim.

Consentimento Pós-Informação

Eu, _____, fui informado sobre o que o pesquisador quer fazer e porque precisa da minha colaboração, e entendi a explicação. Por isso, eu concordo em participar da pesquisa, sabendo que não vou ganhar nada e que posso me retirar quando quiser. Este documento é emitido em duas vias que serão ambas assinadas por mim e pelo pesquisador, ficando uma via com cada um de nós.

_____ Data: ____/____/____

Assinatura do participante

Impressão do dedo polegar Caso não saiba assinar

_____ Assinatura da Pesquisadora Responsável



ANEXO F – QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – RDO

QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – RDO

Sr.(a) entrevistado (a), agradecemos sua participação. Lembramos que a sinceridade da resposta é fundamental para a validade da pesquisa.

1- **Sobre motivos que levaram você a NÃO fazer o acordo, marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para nenhuma influência do motivo apontado e 07 (sete) para grande influência.**

a) Apenas não fiz acordo porque a outra parte (reclamante) NÃO fez qualquer concessão

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

b) Não fiz o acordo porque prefiro aguardar a decisão da justiça, mesmo NÃO sendo previsível e sabendo que todo processo tem riscos

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

c) Não fiz acordo porque pretendo cumprir apenas o que a justiça determinar, mesmo se for **mais** do que poderia ser fixado na negociação

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

d) Não fiz acordo porque NÃO tinha condições de me comprometer com qualquer valor, mesmo parcelado

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

e) Não fiz acordo porque NÃO pretendo cumprir nada, mesmo se a justiça determinar.

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

- f) Não fiz acordo porque NÃO compreendi bem as questões discutidas, riscos, possibilidades, vantagens e desvantagens e não me senti seguro (a) para tomar a decisão

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

- g) Não fiz acordo porque a outra parte (reclamante) NÃO merecia uma solução amigável, quero levar o processo até o fim

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

- h) Não fiz o acordo porque meu advogado foi contra.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

- 2- **Marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para o caso de você NÃO CONCORDAR nem um pouco com a afirmação da frase e 07 (sete) para o caso de CONCORDAR COMPLETAMENTE com a afirmação**

- a) É importante que a mediadora (pessoa que faz a reunião) seja uma especialista em direitos trabalhistas. Isso ajuda no procedimento.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

Não
concordo

Concordo
plenamente

- b) É importante que as partes estejam acompanhadas por seus advogados no

procedimento

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

**Não
concordo**

**Concordo
plenamente**

- c) É importante a garantia de sigilo da reunião e a proibição de levar para o processo o que conversamos.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

**Não
concordo**

**Concordo
plenamente**

- d) É importante que a mediadora faça considerações sobre os direitos que estão sendo discutidos e dê sugestão de solução.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

**Não
concordo.**

**Concordo
plenamente**

3. Mesmo não tendo feito acordo, sobre o procedimento que você participou: qual o grau da sua satisfação com a forma como a reunião foi feita?

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

**Totalmente
INSATISFEITO**

**Muito
SATISFEITO**

4- Se quiser nos falar mais alguma coisa sobre o procedimento de mediação que participou, sua opinião ou uma sugestão, escreva abaixo.

Obrigada pela participação!

ANEXO G – QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – AC/RDO

QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – AC/RDO
QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – AC/RDO

Sr. (a) entrevistado (a), agradecemos sua participação. Lembramos que a honestidade na resposta é fundamental para a validade desta pesquisa.

1- **Sobre motivos que levaram você a fazer o acordo, marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para nenhuma influência do motivo apontado e 07 (sete) para grande influência.**

a) Fiz o acordo porque é uma solução mais rápida que a decisão de um juiz

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

b) Fiz o acordo porque pude falar sobre as coisas ocorridas e participei da construção da solução

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

c) Fiz o acordo por me sentir melhor com uma solução amigável, inclusive pela relação existente com a outra parte (reclamante) durante o contrato de trabalho

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

d) Fiz o acordo porque compreendi as questões discutidas, os riscos, as possibilidades, as vantagens e desvantagens e me senti seguro para tomar a decisão.

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

e) Fiz o acordo porque a mediadora foi clara e levei em conta as questões que ela informou

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

f) Fiz o acordo porque era um resultado certo e não quis correr os riscos do processo

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

g) Fiz o acordo porque meu advogado era favorável ou me aconselhou a fazer

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

h) Fiz o acordo por receio de uma decisão judicial mais prejudicial

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

2- **Marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para o caso de você NÃO CONCORDAR nem um pouco com a afirmação da frase e 07 (sete) para o caso de CONCORDAR COMPLETAMENTE com a afirmação**

a) É importante que a mediadora (pessoa que faz a reunião) seja uma especialista em direitos trabalhistas. Isso ajuda no procedimento.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

Não
concordo

Concordo
plenamente

b) É importante que as partes estejam acompanhadas por seus advogados no procedimento

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
Não concordo				Concordo plenamente			

c) É importante a garantia de sigilo da reunião e a proibição de levar para o processo o que conversamos.

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()

Não concordo

Concordo plenamente

d) É importante que a mediadora faça considerações sobre os direitos discutidos e dê sugestão de solução

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
Não concordo.				Concordo plenamente			

3. Sobre o procedimento que você participou, a oportunidade de solução da questão por meio de uma negociação com a outra parte, e a forma como a reunião foi feita, qual o grau da sua satisfação:

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
Totalmente INSATISFEITO				Muito SATISFEITO			

4- Se quiser nos falar mais alguma coisa sobre o procedimento de mediação que participou, ou deixar uma sugestão, escreva abaixo.

Obrigada pela participação!

ANEXO H – QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – RTE

QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – RTE

Sr.(a) entrevistado (a), agradecemos sua participação. Lembramos que a sinceridade da resposta é fundamental para a validade desta pesquisa.

1- Sobre motivos que levaram você a NÃO fazer o acordo, marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para nenhuma influência do fator apontado e 10 (dez) para grande influência.

a) Não fiz acordo apenas porque a outra parte (reclamado) não quis

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma							grande
influência							influência

b) Não fiz o acordo porque a outra a parte não fez nenhuma concessão, não abriu mão de nada

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma							grande
influência							influência

c) Não fiz acordo porque prefiro aguardar a decisão da justiça, mesmo sabendo dos riscos do processo

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma							grande
influência							influência

d) Não fiz acordo porque acredito que posso receber bem mais do que poderia conseguir na negociação

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma							grande
influência							influência

e) Não fiz acordo porque a outra parte (reclamado) não merecia uma solução amigável, quero levar o processo até o fim

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

nenhuma
influência

grande
influência

f) Não fiz acordo porque a outra parte (reclamado) NÃO me valorizou ou NÃO reconheceu os erros que cometeu

0 1 2 3 4 5 6 7
() (((((((()
))))))))

nenhuma
influência

grande
influência

g) Não fiz acordo porque NÃO compreendi bem as questões discutidas, riscos, possibilidades, vantagens e desvantagens, e não me senti seguro (a) para tomar a decisão

0 1 2 3 4 5 6 7
() (((((((()
))))))))

nenhuma
influência

grande
influência

h) Não fiz o acordo porque meu advogado era contra.

0 1 2 3 4 5 6 7
() (((((((()
))))))))

nenhuma
influência

grande
influência

2- **Marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para o caso de você NÃO CONCORDAR nem um pouco com a afirmação da frase e 07 (sete) para o caso de CONCORDAR COMPLETAMENTE com a afirmação**

- e) É importante que a mediadora (pessoa que faz a reunião) seja uma especialista em direitos trabalhista. Isso ajuda no procedimento.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

**Não
concordo**

**Concordo
plenamente**

- f) É importante que as partes estejam acompanhadas por seus advogados no procedimento

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

**Não
concordo**

**Concordo
plenamente**

- g) É importante a garantia de sigilo da reunião e a proibição de levar para o processo o que conversamos.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

Não concordo

**Concordo
plenamente**

- h) É importante que a mediadora faça considerações sobre os direitos que estão sendo discutidos e dê sugestão de solução.

0 1 2 3 4 5 6 7
() () () () () () () ()

**Não
concordo.**

**Concordo
plenamente**

3. Mesmo não tendo feito acordo, sobre o procedimento que você participou: qual o grau da sua satisfação com a forma como a reunião foi feita?

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
Totalmente INSATISFEITO							Muito SATISFEITO

4- Se quiser nos falar mais alguma coisa sobre o procedimento de mediação que participou, sua opinião ou uma sugestão, escreva abaixo.

Obrigada pela participação!

QUESTIONÁRIO DE PESQUISA – AC/RTE

Sr.(a) entrevistado (a), agradecemos sua participação. Lembramos que a sinceridade da resposta é fundamental para a validade da pesquisa.

1- Sobre motivos que levaram você a fazer o acordo, marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para nenhuma influência do motivo apontado e 07 (sete) para grande influência:

a) Fiz o acordo porque é uma solução mais rápida que a decisão de um juiz

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

b) Fiz o acordo porque pude falar sobre as coisas ocorridas e participei da construção da solução

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

c) Fiz o acordo por me sentir melhor com uma solução amigável, inclusive pela relação que tive com a outra parte (empregador) durante o contrato de trabalho

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

d) Fiz o acordo porque compreendi bem as questões discutidas, os riscos, as possibilidades, as vantagens e desvantagens e me senti seguro para tomar a decisão.

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

e) Fiz o acordo porque a mediadora foi clara e levei em conta as questões que ela informou

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

f) Fiz o acordo porque era um resultado certo e não quis correr os riscos do processo.

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

g) Fiz o acordo porque meu advogado era favorável ou me aconselhou a fazer

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

h) Fiz o acordo porque precisava do dinheiro imediatamente e preferi o acordo, mesmo sabendo que talvez conseguisse um resultado melhor com a decisão do juiz.

0	1	2	3	4	5	6	7
()	()	()	()	()	()	()	()
nenhuma influência							grande influência

2- **Marque uma das opções na escala de 0 (zero) a 07 (sete), sendo 0 (zero) para o caso de você NÃO CONCORDAR nem um pouco com a afirmação da frase e 07 (sete) para o caso de CONCORDAR COMPLETAMENTE com a afirmação**

a) É importante que a mediadora (pessoa que faz a reunião) seja uma especialista em direitos trabalhistas. Isso ajuda no procedimento.

0	1	2	3	4	5	6	7
---	---	---	---	---	---	---	---

() () () () () () () ()

**Não
concordo**

**Concordo
plenamente**

b) É importante que as partes estejam acompanhadas por seus advogados no procedimento

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

**Não
concordo**

**Concordo
plenamente**

c) É importante a garantia de sigilo da reunião e a proibição de levar para o processo o que conversamos.

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

Não concordo

**Concordo
plenamente**

d) É importante que a mediadora faça considerações sobre os direitos que estão sendo discutidos e dê sugestão de solução.

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

**Não
concordo.**

**Concordo
plenamente**

3. Sobre o procedimento que você participou, a oportunidade de solução da questão por meio de uma negociação com a outra parte, e a forma como a reunião foi feita, qual o grau da sua satisfação:

0 1 2 3 4 5 6 7

() () () () () () () ()

**Totalmente
INSATISFEITO**

**Muito
SATISFEITO**

4- Se quiser nos falar mais alguma coisa sobre o procedimento de mediação que participou, sua opinião ou uma sugestão, escreva abaixo.

Obrigada pela participação!