

**A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL E A
MEDIAÇÃO JUDICIAL NO TRIBUNAL DO TRABALHO DO REINO UNIDO**

***THE EMPLOYMENT MEDIATION IN BRAZIL AND THE JUDICIAL
MEDIATION AT UK EMPLOYMENT TRIBUNALS***

Michele Pedrosa Paumgarten

Mestre em Direito UNESA/RJ. Professora da pós-graduação UNESA e UCAM. Advogada. Email: michelepaumgarten@gmail.com Artigo recebido em 05/09/2014 e aprovado em 29/11/2014.

Resumo: O PL 7169/14 vem institucionalizar a utilização da mediação no sistema judicial ou particular. Contudo, esse avanço não é bem recebido pelo sistema jurisdicional trabalhista e pela doutrina tradicional, que não admitem a mediação para tratar as controvérsias originadas no trabalho, diante da presunção de hipossuficiência do trabalhador brasileiro, alijando-o de qualquer resquício de poder negocial. Caminho diferente seguiu o Reino Unido. A resolução *alternativa* de conflitos é prioridade para o governo britânico. Ao publicar *The Employment Tribunals Regulations* em 2013, a mediação passou a integrar as opções para a resolução de conflitos trabalhistas, constituindo importante passo no sentido do aprimoramento e adequação da resolução dos conflitos, inclusive os sensíveis conflitos trabalhistas.

Palavras-chave: Processo do Trabalho. Mediação. Conciliação. Brasil. Reino Unido.

Abstract: The Bill nº 7169/14 rules the usage of mediation in the judicial system or private field. However, the most of the Brazilian traditional labor doctrine does not admit this possibility while treating the controversies arising at work, assuming that the Brazilian employees figure on a weaker position when are faced to the employers' powerful capital, shredding their negotiation power. The UK judicial system took a different path. The alternative dispute resolution is a priority to UK government and the judicial mediation is a way to achieve it. In the Employment Tribunals Regulation 2013,

mediation was included as an option for resolving work's conflicts and is an important step towards the improvement of the employment conflicts resolution.

Key words: Employment Law. Mediation. Conciliation. Brazil. UK.

Sumário: 1.Considerações iniciais 2. Panorama da mediação no Brasil 3. A mediação no processo do trabalho. 4. A mediação judicial nos Tribunais do Trabalho do Reino Unido. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas

1. Considerações iniciais

A resolução dos conflitos através da negociação, mediação, arbitragem e outros métodos da mesma jaez, é defendida como uma boa alternativa por serem mais baratos, mais consensuais e capazes de alijar os tribunais da excessiva carga que lhes é imposta, tornando-se uma estratégia governamental fundamental para garantir que as disputas sejam resolvidas de modo justo, rápido e eficiente, sem a necessidade de submissão às etapas de um processo judicial.

Uma gama de políticas e regras são lançadas e projetadas no intuito de aprimorar a resolução dos conflitos, e principalmente, acelerar o fluxo dos processos judiciais. No Brasil, destaque para a implementação da mediação judicial através da Resolução 125/2010 do CNJ, o renascimento do instituto no projeto do novo código de processo civil, o PL 7108/14 que pretende ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e o PL 7169/14 propondo regulamentar a mediação judicial entre particulares e no âmbito da Administração Pública.

A aceitação não é unânime. Condenam-se os resultados práticos da mediação, diz-se que há negação de acesso à justiça formal, desvantagens aos hipossuficientes, além dos riscos reais da sua institucionalização¹ e da obrigatoriedade de submissão ao método².

¹ Cf. PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Side-effects of the growing trend towards the institutionalization of mediation. *Panorama of Brazilian Law*, v. 01, p. 173-186, 2013.

² Cf. PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Soares, Fabiane Verçosa; Muniz, Joaquim Paiva; Pantoja, Fernanda; Almeida, Diogo Assumpção. *Arbitragem e Mediação*. Rio de Janeiro:

A mediação, particularmente, é essencialmente um mecanismo extrajudicial para resolver conflitos, que dever ser buscada espontaneamente pelas partes que se encontram envolvidas em um problema e não conseguem, por esforço próprio, resolvê-lo.

Através de técnicas que tem como objetivo a pacificação dos indivíduos, o mediador facilitará a abertura dos caminhos dialógicos para que os próprios protagonistas envolvidos no conflito envidem esforços para encontrar uma solução para o impasse, consensualmente, contribuindo assim, para a preservação de relacionamentos que precisam ser mantidos.

Essa é a ideia que envolve a matriz de uma justiça coexistencial. A solução do conflito volta-se para o futuro, ou seja, o princípio da primazia do relacionamento, tem como escopo direcionar a ação dos personagens envolvidos no conflito para a reconstituição e compreensão do passado, afastando situações controversas, com o cuidado de preservar o nexos que os une para o futuro, efetivamente, evitando com todas as suas forças, a ruptura definitiva das relações humanas³.

Apesar das qualidades, a mediação não é a panaceia para solucionar qualquer conflito e para resolver a crise do judiciário⁴. Cada caso detém características peculiares e o primeiro desafio para resolvê-los, é justamente encontrar o mecanismo adequado dentro do leque de opções disponíveis à sociedade.

Quando nos deparamos com as relações de trabalho, percebemos que também nestes casos, é imprescindível a preocupação com a preservação dos relacionamentos, projetando sobre os conflitos laborais, frequentemente envolvidos em um contexto complexo, os princípios da justiça coexistencial.

Apesar do sistema processual trabalhista brasileiro ser conhecido por funcionar, desde o seu nascimento, em uma estrutura dedicada à rapidez e ao despojamento formal das suas normas, a utilização da mediação para resolver conflitos trabalhistas é majoritariamente rechaçada pela magistratura e doutrina trabalhistas, seja no ambiente

Forense, 2014. e PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação na Itália após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XI, p. 404-419, 2013.

³ TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 155.

⁴ Cf.: PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto D. Bernadina de. A institucionalização da mediação é a panaceia para a crise do acesso à justiça?. In: Monica Bonetti Couto, Delton Ricardo Soares Meirelles, Eneas de Oliveira Matos. (Org.). *Acesso à justiça*. 01ed., Florianópolis: Funjab, 2012, v. , p. 370-396.

jurisdicional ou privado, sob o argumento de que os direitos dos trabalhadores são irrenunciáveis.

Além de demonstrar inescusável falta de conhecimentos básicos, conceituais e principiológicos acerca da mediação, a doutrina juslaboral retira autoritariamente do leque de opções disponíveis aos empregados e empregadores, um mecanismo que poderia ser extremamente útil a ensejar inclusive, a manutenção do vínculo de trabalho ao invés de sua ruptura, superando-se a controvérsia.

A mediação (judicial) é uma opção que está disponível aos empregados e empregadores britânicos desde 2013. Um conjunto de regras foi elaborado a partir dos resultados do projeto-piloto executado nas cidades de Newcastle, Londres e Birmingham. A mediação judicial não é obrigatória, mas deverá ser incentivada pelo juiz, em todos os casos que ela for possível e adequada. Com isso, abre-se um novo palco de discussões sobre a adequação da resolução dos conflitos trabalhistas no Reino Unido, área de pouco avanço no Brasil, sobretudo quando tratamos de dissídios individuais.

2. Panorama da mediação no Brasil

A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo em todo o mundo, que parte, sobretudo, de uma dependência social dos tribunais, estabelecida por uma cultura demandista fomentada pelo Estado⁵, que temendo a perda do monopólio⁶, manipula a ideia de que somente o Poder Judiciário é capaz de proporcionar uma solução eficaz para os conflitos intersubjetivos. Por esta razão, desencadeou-se a forte tendência de institucionalização destes mecanismos, promovendo a incorporação das ADRs aos Tribunais⁷, o que legitimaria o seu uso.

⁵ Cf. CHASE, Oscar G., American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. *American Journal of Comparative Law*. Nov., 2001. Apesar do texto se referir a cultura norte-americana de solução de conflitos, a leitura é válida para entendermos o uso do termo *cultura*, e seus conceitos se adequam a outras sociedades. Recomenda-se também: CHASE, Oscar G. Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context. *New York University Press*, 2005. Examinando a questão pelo ângulo do direito europeu: TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 63-92.

⁶ Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994.

⁷ “Sembra infatti che la tendenza dominante nelle società asiatiche sia una sorta di litigation aversion che ha come naturale consanguinezza di ADR, principalmente facendo ricorso alla mediazione e alla conciliazione. Questa preferenza viene solitamente spiegata con il riferimento alla persistenza – nello

A solução adjudicada revela-se, contudo, cada vez mais limitada, sendo por isso, percebida e sentida como ineficaz por quem a procura, pois protrai o fechamento da demanda a um futuro incerto e muitas vezes não resolve o problema, restringindo-se a agregar indiscutibilidade à decisão, ratificando a ideia de inaptidão do Judiciário para recepcionar e resolver eficazmente as lides.

Nesse cenário, conjectura-se com o uso da mediação judicial, a cura da ineficiência dos sistemas de justiça e, portanto, a superação dos entraves do acesso à justiça, tornando-a uma *boa alternativa* para a adjudicação.

Sabidamente a mediação não é um processo adequado a todos os casos e independente da circunstância em que se desenvolve. Na mediação procura-se fortalecer aqueles que são menos poderosos através de um balanceamento de poder, escuta mais ativa, gerando opções, criação de consciência sobre a disputa, negociação de soluções, retirando-se a máscara de demônio ou vítima criada pelo outro, permitindo que cada lado escolha a melhor alternativa para resolver a questão, chegando enfim, a um consenso⁸.

Todo esse processo se desenvolve num ambiente de acedência mútua e essencialmente voluntário, respeitando a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que um juiz, em papel coadjuvante, incentive a prática mediativa, sem contudo, obrigar a sua participação, seja em momento prévio ou incidental à demanda judicial⁹.

Inobstante sua existência desde os primórdios civilizatórios, a partir da década de 80 a mediação foi incorporada pela agenda judiciária, tornando-se uma das portas disponíveis para tratar o conflito quando inaugurada a ação judicial através de estruturas *pre-trial* ou durante a sua tramitação. O movimento institucionalizador da mediação foi desencadeado na doutrina jurídica norte-americana, que popularizou as *alternative*

stato profondo della cultura asiatica – dell'ideale confuciano dell'armonia sociale che non dovrebbe essere turbata e messa in crisi dal ricorso ai tribunali". TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturale della giustizia civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, dez, 2007, p. 1067.

⁸ Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. *Boletim Informativo Juruá*, v. 01, p. 11-14, 2013.

⁹ Cf.: PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; PAUMGARTTEN, Michele. Mediación obligatoria. Una versión moderna del autotitularismo procesal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. X, p. 210-225, 2012; *Id.*, Side-effects of the growing trend towards the institutionalization of mediation. *Panorama of Brazilian Law*, v. 01, p. 173-186, 2013.

dispute resolutions - ADRs¹⁰ em programas predominantemente erigidos sob um viés pragmatista, mais interessado no aspecto quantitativo e sem preocupações com o qualitativo.

Em países como o Brasil, onde predomina o culto ao Estado e às leis, a via judiciária reina na preferência dos indivíduos para resolver seus impasses, e por isso, a sociedade se manteve distante, observando com desconfiança a utilização das ADRs, já que a opção pelos métodos era arriscada, insegura, sem garantias. Sem outras opções *legítimas* para solucionar seus problemas, a decisão imposta pelo juiz seria a única via disponível, e, por isso, o jurisdicionado se acostumou a congestionar os tribunais para buscá-la, pois as supostas virtudes institucionais são indiscutíveis¹¹.

Anos depois da regulamentação da arbitragem e da conciliação ser apontada como a principal base do sistema de juizados especiais e experimentar o vilipêndio e desvirtuação de seus princípios norteadores, a mediação se torna pivô em meio aos demais métodos de resolução de conflitos, com a missão de se tornar um instrumento de política pública garantidor do acesso à justiça.

O Projeto de Lei 7169/14 não inova ao positivar a mediação, cujo interesse em sua institucionalização iniciou-se na década de 90, consubstanciada no PL 4827/98¹².

¹⁰ O epíteto *alternativo* integra a sigla ADR, referindo-se a um acrônimo para *Alternative Dispute Resolution* cunhado por Frank E. A. Sander, professor da School of Law de Havard. A doutrina moderna refere-se a mecanismos *adequados* e não mais *alternativos* afastando definitivamente a ideia de métodos coadjuvante à jurisdição no tratamento de conflitos. Cf.: NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Mediation Exceptionality. *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 78, n. 101, p. 101-118, nov. 2009. Etienne Le Roy também aponta a mediação é vista inadequadamente como um modo alternativo de resolução de conflitos em virtude daprovável influência dos trabalhos americanos produzidos em larga escala desde a Pound Conference, e dispara: “Ora, a noção de alternativa só é excepcionalmente aplicável porque a raiz latina *alter*, traduzida por um dos dois, supõe que devemos escolher entre uma ou outra fórmula, enquanto na experiência francesa, diferentemente dos países anglo-saxões, onde a aplicação da lei se negocia, aqui [na França] o culto ao Estado e do seu direito impunha até recentes reformas da década de 1990 a primazia da via judiciária.” LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*. Belo Horizonte. v.7. n.2. pp. 289-324. Jul-dez, 2012, p. 302.

O mesmo entedimento é compartilhado pelo Dep. Sérgio Zveiter, relator do PL 7169/14 no Senado Federal e que propôs o Substitutivo n. 01/14 e em seu voto alerta que “Do ponto de vista técnico a utilização do termo “alternativo” no caput do artigo 1º não se mostra a mais indicada para fazer referência à mediação como meio alternativo à solução da controvérsia. Nesse sentido, melhor seria sua substituição pelo termo “adequado”. No âmbito processual ou extrajudicialmente, os conflitantes devem ser encorajados a buscar a técnica mais adequada para resolver o impasse, ensejando maior probabilidade de produzir um resultado definitivo.

¹¹ Id., p. 311.

¹² O roteiro histórico legislativo pode ser detalhadamente estudado em: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *The legal framework of mediation in Brazilian Law*. Disponível em: <<http://www.adrmaremma.it/english/dallabernadina01.pdf>> Acesso em: 21/03/2014 e PINHO, Humberto

Após intenso trâmite legislativo, sem avanços em relação a aprovação do projeto, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125 em 2010 com o objetivo de compor uma política nacional judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, criando um elo anímico entre a mediação e a efetividade da prestação jurisdicional.

Inserida no contexto judicial, a mediação se torna instrumento a compatibilizar o dogma da efetividade da atividade jurisdicional, e passa a ter o dever de funcionar direcionada à justiça¹³. Jacques Faget observa que esta dinâmica conduz a mediação à dois modos de existência paralela. Uma prática, não oficial, que lhe confere uma concepção mais prescritiva do que normativa, na maioria das vezes criticada, pois gera um sentimento de insegurança por estar supostamente sujeita a equívocos, devido a ausência de regulamentos e da supervisão de um juiz (Estado); e outra prática, estabelecida à sombra de uma existência oficial, a qual desloca a mediação para realidade diferente que lhe confere uma posição de legitimidade, garantido-lhe maior aceitabilidade. A mediação passa a ter duas existências, ou *double vie*, uma mais legítima que a outra¹⁴.

Uma das principais razões para esse fenômeno reside na dificuldade de construção de uma problematização científica sobre estes mecanismos. A mediação é uma ferramenta útil, não há discordância relevante quanto a essa ideia, mas ao aproximá-la do Direito, o afastamento da sua essência é incontestável¹⁵. Certamente a mediação não responde a todos os problemas nem a todos os litigantes; tampouco precisa do Direito para dispor de modelos e formas adaptadas para lhe garantir suporte à

Dalla Bernardina de (org). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹³ Portanto, na medida em que o mediador é a sombra de um juiz, deixa de ser o elemento neutro do dogma da mediação e segundo Etienne Le Roy, sua atuação torna-se eticamente insustentável em caso de dúvida de funções. LE ROY, 2012, p. 308.

¹⁴ FAGET, Jacques. La double vie de la médiation. *Reveu Droit et Société*. Paris. n. 29. pp. 25-38. 1995, p. 26.

¹⁵ Etienne Le Roy pontua que os principais temas recorrentes nas definições da mediação são de origem jurídica ou detem forte conotação jurídica: “autoridade, autonomia, responsabilidade, imparcialidade, independência, poder de decisão ou consultivo, prevenção ou regulamentação.”. Na mediação estes tópicos devem aparecer necessariamente associados a uma ideia dominante de justiça. Etienne afirma que “essa aproximação, geralmente, é aceita pelos práticos. No entanto, pode-se notar que tal interpretação não reconduz à essência da mediação. [...] a mediação não é justiça, nem mesmo de forma amena”. LE ROY, 2012, p. 297/301.

solução de controvérsias¹⁶, apesar de ser sistematicamente submetida a uma leitura jurídica a inspirar a superação da persistente crise jurisdicional.

As expectativas quanto a jurisdicionalização da mediação são variadas¹⁷, porém os resultados ainda se encontram, na maioria dos casos, em estágio latente¹⁸. Países como o Brasil ou a China que estão em processo de institucionalização da mediação, não possuem significativa experiência com a prática extrajudicial ou comunitária. Carrie Menkel-Meadow já prenunciava em 1991 algumas possíveis consequências, ainda que não intencionais, de reformas legais elaboradas com o objetivo de legitimar esforços voltados à libertação do jurisdicionado das limitações e rigidez do Direito e das suas instituições formais, e alertou que a submissão da mediação a uma racionalidade jurídica começava a desenvolver uma espécie de “*commom law*” ou “*jurisprudence*” de ADR¹⁹.

¹⁶ “Apesar de solucionar as controvérsias, ela não interfere num conflito, num litígio, que exige para ser tratado, e em razão de sua periculosidade, de uma neutralidade potencial declarada. Se ela é particularmente adaptada à gestão das relações sociais deterioradas ou em vias de desestabilização, ela é menos indicada para intervir nos problemas patrimoniais ou no caso de violência declarada. Id., p. 301.

¹⁷ Alguns países aderiram a institucionalização recentemente, como é o caso da República Popular da China, cuja primeira lei de mediação *popular* entrou em vigor em 1 de janeiro de 2011.

¹⁸ Na Flórida, o uso da mediação teve início com a mediação comunitária, que tinha como premissa o uso de mediadores voluntários. O primeiro centro de mediação comunitário da Flórida foi inaugurado em 1975 nas cidades de Miami e Jacksonville, intitulados “*Citizen Dispute Settlement – CDS*”. A iniciativa assume importância ao percebermos que ocorreu antes da Pound Conference, que assumiu importante papel na moderna ideia de ADR. O desenvolvimento da mediação comunitária na Flórida recebeu em 1977 importante apoio do Judiciário como relata Sharon Press: “*In 1977, the Florida Supreme Court received a federal grant to establish a state-level office responsible for providing technical assistance, research, and training to the courts relating to CDS and other dispute resolution alternatives. The Chief Justice also took the initiative to establish a Supreme Court Committee on Dispute Resolution Alternatives, which was chaired by a justice of the Court. This committee was very active, meeting eighteen times before concluding its works in 1981. During this time legislation was introduced for CDS centers and family mediation, a Citizen Dispute Settlement Guidelines Manual was published, a statewide conference on Dispute Resolution Alternatives was held, a public information film on citizen dispute settlement was produced, empirical evaluations were published, and a ‘package’ training program was created and offered, all with the support of the Florida Supreme Court.*”. PRESS, Sharon. Institutionalization of mediation in Florida. *PennState Law Review*. Pennsylvania. V. 108, pp. 43-66. 2013, pp. 46-48.

¹⁹ “*In this article I tell a tale of legal innovation co-opted. Put another way, this is a story of the persistence and strength of our adversary system in the face of attempts to change and reform some legal institutions and practices. In sociological terms, it is an ironic tale on unintended consequences of social change and legal reform. A field that was developed, in part, to release us from some – if not all – of the limitations and rigidities of law and formal legal institutions has now developed a law of its own... We are beginning to see the development of case and statutory law and, dare I say a ‘common law’ or ‘jurisprudence’ of ADR.*” MENKEL-MEADOW, Carrie. Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A tale of innovation co-opted or the law of ADR. *Florida State University Law Review*. n. 19. 1991, p. 2. Preocupado com a institucionalização da mediação, Timothy Hedeens alerta para as consequências na transformação dos seus propósitos e estrutura: “*In addition to problems of overbureaucratization, organizations often become diverted from their original goals Small claims*

Enfim, a incorporação da mediação pelo sistema jurisdicional Brasileiro reserva inúmeras implicações que merecerão dedicada pesquisa e acompanhamento, entretanto, o modo de implementação da lei no Brasil já indicará se a hipótese da jurisdicionalização será um sucesso ou um fracasso. Dois grandes desafios deverão ser enfrentados pela mediação nesse novo contexto: i. a iniciativa legislativa deverá ombrear um sério trabalho voltado a compreensão popular sobre o instrumento que estará à disposição de todos, bem como o aprimoramento dos profissionais do Direito acerca do método; ii. a remodelação da mediação à feição processual, sem que isto fulmine suas características principiológicas, compatibilizando-a com demais princípios constitucionais, processuais e com a garantia da realização de um processo justo, dogma da efetiva entrega da tutela jurídica.

3. A mediação no processo trabalhista

Desde que a Emenda Constitucional 45/04 conferiu status de direito fundamental à noção de duração razoável do processo, criou-se uma estreita ligação entre a efetividade da prestação jurisdicional e o tempo de tolerância para a sua entrega.

No entanto, percebemos que dentre os três grandes sistemas processuais (civil, trabalhista e penal), o civil desponta com razoável diligência na tentativa de sintonizar os princípios fundamentais com o conteúdo e a realidade da duração razoável do processo. O processo do trabalho, cuja estruturação desde a nascente foi dedicada à rapidez e ao despojamento formal de suas normas, enfrenta, por sua vez, um temeroso estágio letárgico, permitindo com isso, uma tumultuária personalização de decisões e posicionamentos, antitese de qualquer aspiração à razoabilidade de duração do processo²⁰.

Quando nos deparamos com a resolução de conflitos originados na relação de trabalho, encontramos poucas referências doutrinárias que admitem a utilização de

courts in many jurisdictions serve primarily as government funded collection agencies for merchants rather than as mechanisms for resolving the disputes of individual citizens. Neighborhood Justice Centers should carefully guard against similar transformation.” HEDEENS, Timothy. Institutionalizing Community Mediation: Can Dispute Resolution “of, by, and for the people” Long Endure? Penn State Law Review, Pensilvânia, v. 108, p. 265-276. 2003, p. 272.

²⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. O processo do trabalho e o princípio fundamental da duração razoável. *Revista do Advogado*, n. 110, v. 30, pp. 69-74, 2010, p. 71.

outros mecanismos além da jurisdição estatal para resolvê-los²¹. Nesta perspectiva, Carolina Tupinambá sublinha que este microssistema de solução de disputas que caracterizam a justiça coexistencial, serviria como meio de otimização do acesso à justiça laboral, pois configura “latente solução para superação ou minimização dos entraves que se colocam contra o acesso à justiça no que concerne aos conflitos derivados das relações de trabalho”.²². Entende a ilustre professora, que a aceitação dos meios alternativos no processo trabalhista seria extremamente salutar, já que a incorporação dos princípios de uma justiça coexistencial ensejaria o nascimento de um *novo processo do trabalho*, “cujos clientes não serão mais o típico desempregado *versus* o ex-empregador, mas agentes ou grupos coletivos em busca do aperfeiçoamento das relações e da continuidade da parceria entre capital e trabalho”.²³

No entanto, a omissão da Consolidação das Leis Trabalhistas ao prever a mediação para resolver conflitos individuais e a ausência de vedação expressa em sede constitucional quanto ao uso destes mecanismos, aliados aos novos ares trazidos por um pensamento mais contemporâneo acerca da resolução de disputas, não foram capazes de afastar, ou ao menos flexibilizar, a ideologia arraigada na doutrina tradicional que rejeita totalmente a utilização de qualquer meio alheio à jurisdição para resolver as controvérsias originadas no âmbito do trabalho.

Importante destacar que a rejeição é reflexo da falta de interesse e aprofundamento da doutrina juslaboral sobre o tema, que em grande parte, limita-se, de modo perfunctório, a dizer simplesmente que tais mecanismos não são compatíveis com o processo do trabalho, e quando surge alguma explicação, são revolidas as mesmas questões, ou seja, a hipossuficiência do trabalhador frente ao *detentor do capital*, o que faz presumir a inexorável necessidade de *proteção* estatal deste agente.

²¹ Para citar alguns: Sérgio Pinto Martins, Carolina Tupinambá e Otávio Bueno Mangano.

²² TUPINAMBÁ, *op. cit.*, p. 153.

²³ Segundo a autora a ideologia adequa-se perfeitamente ao processo trabalhista na medida em que “(i) prestigia a solução do conflito no curso da relação, promovendo sua continuidade; (ii) preserva as partes que possam temer as reperussões psicológicas, muito mais definitivas e drásticas, derivadas do ajuizamento de uma ação perante o Estado; (iii) simplifica a discussão, facilitando o acesso das partes à ordem mais justa, (iv) pode ser mais rápido e facilmente suportável, máxime quando a lide é solucionada concomitantemente com a convivência das partes e (v) estimula a organização coletiva, sede naturalmente indicada a estimular este tipo de via solucionadora. *Id.*, p. 153-154.

Partindo deste entendimento, algumas alterações foram propostas ao PL 7169/14 que regulamenta a utilização da mediação entre particulares e a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

As modificações sugeridas nos artigos 3º e 46 do texto Substitutivo ao PL 7169/14 decorrem da aprovação da Emenda nº 5 da CCJC apresentada pelo Dep. Alessandro Molon, cujo objetivo era adicionar o inciso IV ao §3º do art. 3º do PL, impossibilitando a submissão de conflito de teor trabalhista à mediação, ressalvado os aspectos patrimoniais e os tópicos que admitam transação.

Como efeito, foi extraído o termo *trabalhista* do artigo 41 do PL 7169/14 (art. 46 no Substitutivo), ao incorporar a emenda nº. 5/2014 de autoria do Dep. Alessandro Molon, que atendeu a intervenção da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas)²⁴, para quem mediar no âmbito das relações de trabalho seria uma medida que afronta a essência do Direito do Trabalho.

O mesmo Deputado apresentou ainda, em julho de 2014, proposta de Emenda Aditiva ao Substitutivo do PL 7169/14 (ESB nº. 8), com o objetivo de excluir definitivamente qualquer possibilidade de realização de mediação privada ou obrigatória quando envolver direito individual do trabalho, especialmente durante a vigência do contrato de trabalho; torna defeso também, a mediação privada ou obrigatória, “com qualquer formato e sob qualquer circunstância”, em matéria de saúde e higiene do trabalho²⁵. Outra Emenda Aditiva ao Substitutivo (ESB nº. 9) foi apresentada em 13/08/2014 sugerindo nova redação ao artigo 43 do PL 7169/14 para ressaltar que a mediação extrajudicial entre particulares, em matéria trabalhista, poderá ter efeito *exclusivamente* quando o conflito submetido ao procedimento versar sobre

²⁴ A nota da ANAMATRA diz que: “A pretensão legislativa de aplicação da mediação no âmbito das relações de trabalho é medida que afronta a essência própria do Direito do Trabalho, bem como o patamar mínimo de dignidade conferido ao trabalhador. Tal inviabilidade decorre do fato de que as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública, assim consideradas porque estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito, sendo que a ordem pública interna denota a impossibilidade de disponibilidade pela vontade privada” Extraído de: < <http://www.anamatra.org.br/index.php/anamatra-na-midia/mediacao-de-conflitos-que-inclui-relacoes-trabalhistas-aguarda-parecer-na-ccj>> Consulta em: 25/07/14.

²⁵ Emenda Aditiva ao Substitutivo nº8 - Acrescenta os parágrafos 3º e 4º ao artigo 3º do Substitutivo ao PL 7169/14:

“Art. 3º.

§4º. Na hipótese do inciso IV do parágrafo 3º, não se admitirá mediação privada ou obrigatória em questões de direito individual do trabalho, nem durante a vigência de contrato de trabalho.

§5º. Na mesa hipótese, não se admitirá a mediação privada ou obrigatória, com qualquer formato ou sob qualquer circunstância, em matéria de saúde, segurança e higiene do trabalho.”

interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e serão mediados por órgãos do Ministério Público do Trabalho ou do Ministério do Trabalho; outra hipótese admitida seria na negociação coletiva cujo objeto é a participação dos empregados no lucro das empresas, onde o mediador será escolhido quando houver comum acordo entre as partes quanto a escolha do profissional e a submissão ao procedimento de mediação. Em todo caso, sugere que a mediação será facultativa e sem ônus para o trabalhador²⁶.

Justifica o aditivo, referindo-se ao caráter indisponível que reveste os direitos trabalhistas, direitos sociais previstos no art. 7º da CRFB e, portanto, nas palavras do Dep. Alessandro Molon, a utilização da mediação deve ser restrita “em razão do princípio da irrenunciabilidade que informa a base axiológica e epistemológica de toda a legislação brasileira”. Procura esclarecer que a mediação, quando utilizada, deverá ocorrer sob a coordenação de um Juiz do Trabalho, detentor da última palavra sobre procedimentos, métodos, atos ou acordos. Nunca poderia ser realizada na esfera privada ou de modo obrigatório, a última hipótese em razão do decreto de inconstitucionalidade do STF quanto a obrigatoriedade do empregado submeter-se a uma conciliação extrajudicial como condição da ação trabalhista (art. 625-D da CLT).

Acreditamos que os juristas trabalhistas estejam sofrendo com o trauma da obrigatoriedade das CCP e por isso, em pequenas doses, a Magistratura Trabalhista sugere hipóteses para proibir ou restringir o uso da mediação, especialmente nos conflitos individuais.

Um dos princípios estruturantes do processo do trabalho é a conciliação, que encontra amparo nos artigos 764, 831, 864, 850 e 852-E, todos da CLT. O princípio conciliador acompanha os órgãos trabalhistas desde a concepção mais basilar de formas de resolução de conflitos do trabalho organizado. Na Justiça do Trabalho, a finalidade

²⁶ Emenda Aditiva ao Substitutivo nº 9- Dá nova redação ao “caput” do artigo 43 do Substitutivo ao Projeto de Lei nº. 7.169, de 2014, e acrescenta dois incisos e um parágrafo único, com a seguinte redação: “Art. 43 Nos conflitos que versem sobre relações de trabalho ou direitos trabalhistas em geral, admitir-se-á mediação extrajudicial entre particulares, na forma e para os efeitos desta lei, exclusivamente nos seguintes casos:

I – Nos casos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando mediados por órgão do Ministério Público do Trabalho, ou quando uma das partes solicitar ao Ministério do Trabalho e Emprego a designação de mediador, que convidará as demais partes;

II – Na negociação coletiva tendente à participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, quando houver comum acordo entre as partes quanto à mediação e o mediador.

Parágrafo único. Em todo caso, a mediação prevista neste artigo terá caráter meramente facultativo, sem quaisquer ônus para os trabalhadores individualmente considerados, direta ou indiretamente”

era possibilitar que as próprias partes resolvessem seus problemas espontaneamente dentro de limites razoáveis. O conflito seria pacificado, encerrando eventuais repercussões na empresa, pois as forças produtivas deveriam manter a paz entre si, sobretudo quando a relação de trabalho precisava permanecer após a reclamação²⁷. Atualmente, o afastamento dos Juízes Trabalhistas do compromisso pacificador tem ocasionado o vilipêndio deste nobre princípio e não raramente, a sua desvirtuação.

Apesar da índole conciliatória institucionalmente utilizada na solução de conflitos coletivos ou individuais, quanto aos últimos, os demais métodos compositivos (especialmente a mediação e a arbitragem) não encontram melhor acolhida, conforme já reverberamos.

A mediação é aceita sem polêmica, como um meio de solução de conflitos *coletivos* do trabalho, além de ser um método conveniente na busca de solução para um *conflito econômico*, mas que, por outro lado, não se adapta aos conflitos jurídicos²⁸. As partes comparecem no órgão designado por elas ou instituído oficialmente que viabilizará ou poderá até propor soluções, que será ou não acatada por elas. Voltamos neste ponto a destacar o descaso conceitual doutrinário no que tange às diferenças entre a conciliação e a mediação. Quando nos referimos ao tratamento de conflitos patrimoniais ou econômicos, a técnica utilizada é a conciliação e não a mediação do conflito.

No campo do direito *individual* do trabalho, Claudia Pisco (assim como grande parte da doutrina juslaboral) entende que a mediação não seria possível, pois o empregado não teria a mesma capacidade de negociação que dispõe o detentor do capital, nem mesmo o seu sindicato de classe nos conflitos coletivos do trabalho. O trabalhador estaria numa situação de presumida hipossuficiência frente ao contratante, o que faz com que recaia sobre a negociação individual a necessidade de controle estatal²⁹.

Nesse contexto, há alguns dispositivos na legislação trabalhista prevendo a mediação de conflitos coletivos. No entanto, como mais de uma vez evidenciado, a

²⁷ Cf. LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Fundamentos do processo do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

²⁹ PISCO, Claudia de Abreu Lima. *Princípios Gerais do Processo do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2010, p. 43.

mediação é em todos os casos confundida com a conciliação. Espera-se (equivocadamente) do mediador uma atuação ativa, iniciativa e com a função de apresentar alternativas para que os contendores avaliem. Essa atividade surgiu como um procedimento compulsório para os casos em que havia a recusa à negociação pelos sindicatos representativos de categoria econômicas, profissionais ou pelas empresas, que neste caso, deveriam comparecer ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho, onde é desempenhada a atividade mediadora³⁰.

Diante das recomendações previstas nas Convenções nº. 98 e 154 da OIT³¹ ratificadas pelo Brasil, fomentou-se o estímulo à utilização de instrumentos adequados para a negociação e resolução de conflitos coletivos. A Portaria do Mtb nº. 3.122 de 05/07/1988 dispôs inicialmente sobre regras para a composição de conflitos coletivos prevista no texto consolidado, atribuindo a condução do procedimento aos Delegados Regionais do Trabalho que poderiam delegá-las a servidor do Ministério do Trabalho, permitindo ainda ao Secretário de Relações do Trabalho, conduzir a conciliação ou a mediação em sede de conflitos coletivos do trabalho, através da instauração da popular *mesa redonda*. A Portaria não se limitou à composição de conflitos coletivos e permitiu que as instituições atuassem também na composição de conflitos individuais.

Em 28 de julho de 1995 foi publicado o Decreto nº. 1.572, que passou a regulamentar a mediação nas negociações coletivas de natureza trabalhista, atribuindo ao Ministério do Trabalho e Emprego o exercício da atividade. Frustrada a negociação

³⁰ CLT: “Art. 616. Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

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

³¹ Convenção nº 98 OIT ratificada pelo Brasil em 18/11/52: “Art. 4. Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.”

Convenção nº. 154 OIT ratificada pelo Brasil em 10/07/92: “Art. 5 - 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva. Art. 6. As disposições da presente Convenção não obstruirão o funcionamento de sistemas de relações de trabalho, nos quais a negociação coletiva ocorra num quadro de mecanismos ou de instituições de conciliação ou de arbitragem, ou de ambos, nos quais tomem parte voluntariamente as partes na negociação coletiva.”

direta, antes da instauração do dissídio coletivo, é facultado às partes a escolha, em comum acordo, de um mediador para a composição do conflito³². Diferente do que preceitua o dispositivo consolidado, a composição não será obrigatória. Quando uma das partes não se sentir em situação de equilíbrio aos demais envolvidos no conflito para negociar, ou não havendo consenso na escolha do profissional, poderão solicitar ao Ministério do Trabalho a indicação de um mediador. Quando o profissional for escolhido dentre aqueles cadastrados no MTE, o pagamento dos honorários proposto pelo mediador seria arcado pelas partes; quando o mediador for servidor do MTE, as partes estariam dispensadas do ônus³³. Não alcançando o acordo, o mediador lavrará ata contendo as causas motivadoras do conflito e listará as reivindicações de natureza econômica que originaram o impasse.

Atendendo a delegação prevista no art. 7º do Dec. 1.572/95, a Portaria nº. 817 de 20 de agosto de 1995 estabeleceu os principais critérios para a participação do mediador na negociação de conflitos coletivos de natureza trabalhista. Mais uma vez, dá uma conotação conciliatória ao exercício da mediação, quando integra a prática ao processo de negociação coletiva, com o objetivo de oferecer às partes informações sobre as consequências do conflito, exigindo do mediador uma postura de conciliador, devendo formular propostas e recomendações às representações em litígio, estimulando-as para chegar a um acordo³⁴.

O Decreto nº. 5.063 de 03 de maio de 2004 passou a estruturar como competência da Secretaria de Relações do Trabalho, a promoção do planejamento, coordenação, orientação e promoção da prática de negociação coletiva, mediação e arbitragem³⁵. O órgão publicou a Portaria SRT nº 1 em 25 de maio de 2006 relacionando algumas ementas contendo instruções para a participação dos contendores na mediação, a abrangência da matéria sujeita ao procedimento realizado no Ministério do Trabalho e a necessidade do mediador ser servidor integrante do

³² Conferir também o artigo 11 da Lei nº. 10.192/01.

³³ A Portaria SRT 01/06 aprovou ementa orientando que a função de mediador prevista no Dec. 1.572/95 só pode ser exercida por servidor integrante do quadro funcional do MTE.

³⁴ Os critérios para credenciamento do mediador pelo Ministério do Trabalho estão previstas na Portaria Mtb 818/1995.

³⁵ Dec. 5.063/04: “Art. 17. À Secretaria de Relações do Trabalho compete: (...) III - planejar, coordenar, orientar e promover a prática da negociação coletiva, mediação e arbitragem”

quando funcional do MTE³⁶, o que afasta a necessidade de pagamento de honorários ao mediador pelas partes.

Todo esse arcabouço legal admite o uso da mediação em conflitos coletivos. Para a composição dos conflitos individuais foram instituídas as Comissões de Conciliação Prévia pela Lei 9.958 em 12 de janeiro de 2000, com atuação em âmbito extrajudicial, às quais foram atribuídas a natureza de mediação³⁷. Neste caso até conseguimos admitir que as comissões podem abarcar dupla função, de conciliar e mediar. Podem ser constituídas na empresa, servindo aos seus empregados; por grupo de empresas, servindo para todos os empregados pertencentes ao grupo de empresas, mesmo que tenham atividades distintas; sindical, quando será estabelecida por acordo coletivo entre o sindicato profissional e a empresa(s) interessada(s), porém sua validade é restrita ao âmbito das empresas acordantes; intersindical, quando é criada em convenção coletiva por sindicato dos trabalhadores e empregadores, sendo a comissão válida para utilização de toda a categoria; em núcleos de conciliação intersindical, em que a comissão poderá ser criada a partir de negociação coletiva entre sindicatos pertencentes a categorias diversas³⁸.

O objetivo das comissões poderá variar conforme o caso que lhe for submetido. Poderá conciliar ou mediar conflitos individuais. A composição das comissões será

³⁶ Portaria SRT 01/06: “Ementa nº. 28. Capacidade sindical. Comprovação.

A capacidade sindical, necessária para a negociação coletiva, para a celebração de convenções e acordos coletivos do trabalho, para a participação em mediação coletiva no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego e para a prestação de assistência à rescisão de contrato de trabalho, é comprovada, exclusivamente, por meio do registro sindical no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais deste Ministério.”.

“Ementa nº 35. Mediação de conflitos coletivos de trabalho. Abrangência.

A mediação de conflitos coletivos de trabalho, realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, abrange controvérsias envolvendo a celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho, descumprimento e divergências de interpretação desses instrumentos normativos ou de norma legal e conflitos intersindicais relativos à representação legal das categorias.”.

“Ementa nº 36. Mediação de conflitos coletivos de trabalho. Condição funcional do mediador público.

A mediação prevista no Decreto Nº 1.572, de 1995, somente pode ser exercida por servidor integrante do quadro funcional do Ministério do Trabalho e Emprego.”.

“Ementa nº 37. Mediação de conflitos coletivos de trabalho. Transação de direitos indisponíveis. Vedação.”.

Na mediação decorrente de descumprimento de norma legal ou convencional, os direitos indisponíveis não poderão ser objeto de transação. Caso as partes não compareçam ou não cheguem a um acordo para a regularização da situação, o processo poderá ser encaminhado à Seção de Fiscalização do Trabalho para as providências cabíveis.

³⁷ Por exemplo Luis Carlos Moro e Sergio Pinto Martins. Cf.: MORO, Luis Carlos. Meios alternativos de resolução de conflitos trabalhistas: avanço ou retrocesso? *Revista do Advogado*, n. 66, v. 22, 2002, pp. 92-113.

³⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

paritária, logo deverá sempre existir representantes de empregados e empregadores. A sua instituição não é obrigatória, no entanto, a obrigatoriedade de passar pela comissão, caso estivesse instalada na empresa ou sindicato, abalou esse importante “caminho para um processo do trabalho coexistencial”³⁹. Mas o “furo” da lei, como se refere Carolina Tupinambá, além da submissão compulsória que foi afastada com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, foi a absoluta falta de previsão de requisitos mínimos para a constituição e operação regular de uma comissão de conciliação prévia, facilitando a inauguração de entidades fraudulentas sem consistência ou preparação para a realização de tentativas conciliatórias legítimas e conscientes⁴⁰. Menos ainda estariam estruturadas para um procedimento de mediação. Todos esses problemas comprometeram e praticamente fulminaram o ideal do instituto.

4. A experiência com a mediação judicial nos Tribunais do Trabalho do Reino Unido.

O novo *Employment Tribunals Regulation (constitution and rules of procedure)* foi publicado em 28 de maio de 2013 e está em vigor desde 29 de julho de 2013 no Reino Unido, e deverá ser aplicado em todos os processos em que o réu receber uma cópia do *employment tribunal claim form* após esta data.

Entre as inúmeras alterações às regras procedimentais trabalhistas que ocorreram a partir de 2013, está a maior ênfase dada à mediação como meio de resolução de conflitos. Os juízes do trabalho são obrigados, sempre que possível e apropriado, a encorajar as partes na utilização da conciliação, da mediação judicial, extrajudicial ou outros meios que possam viabilizar a celebração de um acordo entre as partes⁴¹.

No Reino Unido acontece o mesmo fenômeno que assola quase a totalidade dos Tribunais no mundo: a crescente escalada da quantidade de processos judiciais em tramitação e, em contra-ataque, o empenho de esforços no sentido de redirecionar para

³⁹ TUPINAMBÁ, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁰ Carolina Tupinambá adverte ainda que, na prática, várias comissões são constituídas independentemente de acordo ou convenção coletiva, fazendo uso de símbolos nacionais para intimidação de participantes e cobrando taxas sem qualquer controle sobre acordos e operações efetuadas, o que tem chamado a atenção do Ministério Público do Trabalho, atento para a correção deste tipo de práticas irregulares. *Id.*, p. 174.

⁴¹ “*Alternative dispute resolution*

3. *A Tribunal shall wherever practicable and appropriate encourage the use by the parties of the services of ACAS, judicial or other mediation, or other means of resolving their disputes by agreement.*”. Cf.: The Employment Tribunals Regulations 2013.

outros ambientes, jurisdicionais ou não, a solução de determinados casos, enobrecer a celebração do acordo e com isso, reduzir o fluxo de processos, permitindo a aceleração daqueles em que é imprescindível tramitar judicialmente.

A mediação judicial, em particular, está amplamente disponibilizada no Reino Unido há cerca de dez anos, apesar do método não ter atingido os propósitos arquitetados pela *Lord Woolf's review* do Código de Processo Civil que ocorreu em 1996.

Em 2006 foi implementado projeto-piloto em três regiões da Inglaterra (Newcastle, Londres e Birmingham) para utilizar a mediação no tribunal trabalhista em casos de discriminação e assédio ocorridos entre 2006 e 2007, com o objetivo de reduzir a quantidade de processos em tramitação e melhorar as relações entre empregados e empregadores⁴². Considerado bem sucedido, a partir de 1 de outubro de 2010 a mediação judicial passou a ser oferecida às partes nos tribunais do trabalho, com participação voluntária, para resolver questões relacionadas à discriminação e assédio no ambiente de trabalho, desde que o vínculo empregatício ainda existisse, estimulada pela *Equality Act* 2010.

As queixas que envolvem estes temas constituem o arcabouço mais complexo e delicado de controvérsias que podem surgir no ambiente de trabalho. O tratamento diferenciado do empregador à mulher quando o empregador tem notícia da sua gravidez, a percepção de que uma avaliação de desempenho com repercussão na carreira do empregado foi influenciada pela etnia ou orientação sexual, o assédio sobre o empregado para o alcance de metas ou o tratamento preconceituoso praticado por outro colega de trabalho e não apenas pelo superior hierárquico, abalam as relações de convivência laboral. Além disso, o empregado pode estar realmente sofrendo alguma ação discriminatória ou pode acreditar que tenha sido discriminado, quando de fato, não ocorreu. O componente emocional envolvido nestes casos é bem expressivo.

Quem defende a participação dos envolvidos em caso de discriminação em sessões de mediação, apontam maior eficiência na reversão da atitude discriminatória já

⁴² O objetivo do projeto-piloto era: “(i) gauge the extent to which judicial mediation was able to resolve these cases without the need for a formal hearing; (ii) whether this resulted in a lower cost to the ETS [Employment Tribunal Services]; and (iii) if this had benefits for claimants and employers, both in terms of outcomes and improved process.”. Ministry of Justice. Evaluating the use of judicial mediation in Employment Tribunals. Ministry of Justice Research Series 7/10 March 2010, p. II. Disponível em: www.justice.gov.uk/publications/research.htm

que a disputa tem um contexto mais pessoal do que financeiro, possibilitando até mesmo a continuidade do relacionamento laboral. Por outro lado, há severas críticas, pois não há ainda um estudo mais aprofundado que esclareça quais as práticas discriminatórias podem ser adequadamente submetidas a um processo de mediação, ou se a melhor solução será alcançada apenas na seara judicial. Há casos graves de discriminação ou perseguição (que pode até mesmo constituir crime) em que a mediação pode não ser a via mais adequada a ser disponibilizada para resolver a contenda. Ademais, alegam os críticos, que os acordos não criam jurisprudência nem tem valor de precedente, permitindo que as práticas discriminatórias sejam perpetuadas, se a resolução dos problemas ocorrer no âmbito de sessões de mediação⁴³.

Com a publicação das novas regras procedimentais em 2013, não há qualquer restrição a aplicação da mediação apenas aos casos de discriminação ou assédio, pelo contrário, o juiz e as partes decidirão se o seu caso pode ser adequadamente resolvido através da mediação. Mesmo que as partes expressem o desejo de utilizar a mediação, se não for possível devido a limitação de recursos e inadequação da matéria à mediação, as partes serão notificadas pelo tribunal que a mediação não será possível.

As novas regras procedimentais indicam que o processo iniciará quando o tribunal do trabalho recebe a reclamação proposta individualmente pelo empregado (requerente) narrando seu caso de modo detalhado; o empregador ou ex-empregador (requerido) terá vinte e oito dias para responder⁴⁴. O caso será analisado por um juiz trabalhista que poderá lhe dar prosseguimento, ou decidir no âmbito de um *case management discussion (CMD)* a possibilidade de encaminhamento do caso para

⁴³ A Suprema Corte Americana se pronunciou sobre vários casos envolvendo práticas discriminatórias, estabelecendo importante precedente para ser seguido pelas instâncias inferiores: decisões proferidas nos casos *Brown vs. Board of Education* e *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. Segundo Floyd D. Weatherspoon e Kendall Isaac, se a questão fosse mediada e não submetida à apreciação judicial, a segregação racial analisada e condenada nestas emblemáticas decisões judiciais não teria formado a importante jurisprudência que os demais tribunais federais norte-americanos seguem nos dias de hoje. WEATHERSPOON, Floyd D.; ISAAC, Kendall D. Resolving race discrimination in employment disputes through mediation: a win-win for all parties. *American Journal of Mediation*, v. 5, 2011, p. 07. Nos Estados Unidos as empresas tem implementado programas de mediação de participação voluntária e, em alguns hipóteses, obrigatória, com o intuito de diminuir o orçamento destinado aos litígios trabalhistas. Para maiores informações sobre o desenvolvimento da mediação nas relações trabalhistas nos Estados Unidos, conferir: DUNLOP, John T.; ZACK, Arnold M.. *Mediation of employment disputes*, 2005. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu>.

⁴⁴ O requerimento e a resposta devem ser feitos através de formulários adequados: ET1 e ET3, respectivamente.

audiência⁴⁵, para a mediação judicial, extrajudicial ou outro meio que considere mais adequado para resolver aquela disputa⁴⁶.

Desde 1970 a ACAS (*Arbitration and Conciliation Advisory Service*)⁴⁷ tem o dever de promover os encontros para a conciliação de casos que tramitam nos tribunais em um prazo determinado, exceto quando se tratar de casos de discriminação. Em todos os casos incluídos no projeto-piloto, foi oferecido às partes o serviço de conciliação prestado pela ACAS; quando as partes manifestavam interesse em participar da mediação judicial, era determinado o cumprimento de um período obrigatório de duas semanas para que a ACAS promovesse a conciliação antes do caso ser encaminhado para a mediação judicial. Ocorrendo o encaminhamento, a conciliação era suspensa enquanto durasse a mediação⁴⁸. Durante ou ao final da mediação judicial, o tribunal pode, após prévio consentimento das partes, entrar em contato com um dos escritórios da ACAS para reativar a conciliação.

Informações gerais sobre o procedimento (mediação, conciliação ou outro método) e a escolha da intervenção são acertadas no CMD. Se as partes concordarem em participar de uma mediação, o juiz analisará a habilitação e qualificação do caso

⁴⁵ *Following the receipt of an employment tribunal claim, a tribunal judge decides whether a case management discussion (CMD) is needed. CMDs are usually only conducted in more complex cases, such as those with multiple claims or about discrimination issues. They are used to sort out matters of procedure or case management early, so that the hearing itself runs as smoothly and efficiently as possible. At the CMD, the parties come together before the judge to outline and clarify the legal claims and salient issues of the case and establish the remedy being sought by the claimant. The judge may use the discussion as an opportunity to give directions for any further preparation towards the full hearing, estimate its length and to agree the number of witnesses required. Many cases that have a CMD can go on to have relatively lengthy full tribunal hearings. As such, they can be emotionally stressful and financially costly to both parties, and it's often in everybody's best interests to find a resolution before going to tribunal.* Disponível em: <http://www.acas.org.uk>.

⁴⁶ “INITIAL CONSIDERATION OF CLAIM FORM AND RESPONSE. Initial consideration

26. (...) (2) Except in a case where notice is given under rule 27 or 28, the Judge conducting the initial consideration shall make a case management order (unless made already), which may deal with the listing of a preliminary or final hearing, and may propose judicial mediation or other forms of dispute resolution.

PRELIMINARY HEARINGS. Scope of preliminary hearings.

(...) (e) explore the possibility of settlement or alternative dispute resolution (including judicial mediation).”. Cf.: The Employment Tribunals Regulations 2013.

⁴⁷ *Acas' free Conciliation service is available even after a CMD and continues to be available until all matters of liability and remedy have been determined by the tribunal. It won't interfere with the tribunal process and nothing discussed can be used as evidence in the tribunal hearings, nor later on in court actions.* Disponível em: <http://www.acas.org.uk>.

⁴⁸ Para o projeto-piloto, a mediação era conduzida por voluntários do tribunal treinados por representantes das ACAS em juho de 2006. Cf. BOON, Andrew; URWIN, Peter; KARUK, Valéria. *What Difference Does it Make?: Facilitative Judicial Mediation of Discrimination Cases in Employment Tribunals*. Nov., 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1829925>.

para o procedimento. A proposta para a mediação judicial é normalmente feita através de uma *audiência preliminar* por telefone com as partes, momento em que o calendário para os encontros serão acordados e agendados. Também ajustarão as questões que serão alcançadas pela mediação judicial (que pode ser mais abrangente do que aquela determinada pelo tribunal na audiência), quem participará da mediação (que deverá incluir pessoas com poderes para tomar decisões e celebrar acordos) e demais requerimentos das partes para a condução da mediação judicial. Em no máximo dois dias a mediação será iniciada.

Na fase da mediação, os esforços estarão voltados para: identificação das questões em jogo, criação e avaliação de opções, decisão sobre uma ou mais alternativas e o desenvolvimento de um plano para a implementação das soluções. Em uma reunião privada e confidencial com as partes, o mediador explicará sobre o processo de mediação e orientará sobre a possibilidade da oitiva de cada uma das partes separadamente ou, em conjunto, quando será ofertado a cada um dos envolvidos a oportunidade de expressar-se, sem ser interrompido pelos outros participantes. Após, as partes poderão negociar, com o auxílio do mediador, que utilizará mecanismos para viabilizar a celebração do acordo.

Na experiência britânica, a função do mediador será exercida por um juiz do trabalho⁴⁹, inobstante, as contestações acerca do controle exercido pelo mediador e as deficiências quanto a participação das partes em outros modelos de mediação judicial já existentes. A atuação de juízes em programas de mediação conectada ao tribunal são constantemente criticados sob o argumento de que as partes são coagidas para firmar acordos e que os juízes agem como se fossem árbitros e não mediadores, desnaturado a essência da mediação e sua realização em um ambiente consensual⁵⁰. Numa tentativa de amenizar esses problemas, durante o projeto-piloto, os juízes receberam treinamento específico para atuar como mediadores e as partes eram informadas que o terceiro que

⁴⁹ “Practice directions

11. (1) The President may make, vary or revoke practice directions about the procedure of the Tribunals in the area for which the President is responsible, including
(...) (b) practice directions about the provision by Employment Judges of mediation, in relation to disputed matters in a case that is the subject of proceedings, and may permit an Employment Judge to act as mediator in a case even though they have been selected to decide matters in that case.”. Cf.: The Employment Tribunals Regulations 2013.

⁵⁰ BOON, Andrew; URWIN, Peter; KARUK, Valéria. *op.cit.*, p. 5-6.

participaria do processo seria um membro do tribunal preparado para o exercício da técnica, neutro, cujo objetivo era ajudá-las a resolver o dissenso que havia entre elas, ressaltando que o mediador não decidiria ou estaria autorizado a emitir qualquer parecer sobre o mérito do caso.

Até entrar em vigor o novo regulamento processual em 2013, não era exigido o pagamento de qualquer valor para participar de uma mediação judicial. A partir de junho de 2013, no entanto, passou a vigorar uma tabela com taxas que variam de acordo com o tipo de ação proposta pelo empregado⁵¹, mas a mediação judicial, quando houver, no processo trabalhista, será paga pelo requerido⁵².

5. Considerações finais

Percebe-se que a legislação trabalhista brasileira sofre com a prescrição inadequada dos principais métodos compositivos e, por isso, a rejeição contumaz à utilização da mediação nas relações trabalhistas. A transação é utilizada como sinônimo de conciliação, que por sua vez, equivale a mediação. Não é incomum a arbitragem ser indicada na literatura trabalhista como um método autocompositivo⁵³.

⁵¹ *Interpretation*

1. (1) *In these Rules. (...) 'Tribunal fee' means any fee which is payable by a party under any enactment in respect of a claim, employer's contract claim, application or judicial mediation in an Employment Tribunal.*

Non-payment of fees

40. (...) (d) *where the Tribunal fee is payable in relation to judicial mediation, the judicial mediation shall not take place.* Cf.: The Employment Tribunals Regulations 2013.

"Application fees

(...) ☐ *Judicial mediation*

SECTION 2 – Fee levels and types of fees payable. Claim types and fee levels

In broad terms Wages Act/refusals to allow time off/appeals etc will be defined in the Order as Type A claims, and attract the level 1 fee, as stated in the consultation response. Discrimination/detriment / dismissal claims will be defined in the Fees Order as Type B claims and consequently allocated to the higher level 2 fees." Cf.: Employment Tribunal and Employment Appeal Tribunal Fees Stakeholder factsheet. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk>.

⁵² Nas ações classificadas no grupo "A" não há taxa a ser paga em caso de mediação judicial; se a ação for classificada no grupo "B", a taxa será de £600. Cf.: *Employment Tribunal and Employment Appeal Tribunal Fees Stakeholder factsheet*.

⁵³ Octavio Bueno Magano considera tanto a mediação quanto a arbitragem como meios autocompositivos, tomando por base o fato de que as próprias partes é que escolherão uma pessoa para dirimir seus conflitos. MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho: direito individual. São Paulo: Ltr, 1992, p. 214. Amauri Mascaro Nascimento também alerta sobre a imprecisão doutrinária trabalhista quanto a indefinição da natureza da mediação e da arbitragem. Contudo o autor rejeita a ideia de que na arbitragem a solução seja autocomposta, admitindo-a na mediação. NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 15.

Transação é um negócio jurídico bilateral em que as partes extinguem suas obrigações mediante concessões recíprocas⁵⁴. A conciliação é um método mais adequado a solucionar questões em que não há maior preocupação com a preservação de vínculos eventualmente existente entre os envolvidos no conflito; o terceiro, conciliador, exerce uma postura mais ativa na condução do procedimento, adotando metodologia que lhe permite incentivar, auxiliar e até apresentar proposições que serão avaliadas pelas partes. É prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas e será conduzida pelo juiz que obrigatoriamente deverá buscá-la em dois momentos: antes da contestação e após as razões finais. A mediação, ao contrário do que se propaga no ambiente trabalhista, não é adequada para negociar direitos, tampouco, para infligir algum prejuízo ao trabalhador hipossuficiente e coagido pelo contrato de trabalho. Seu objetivo é restaurar vínculos e permitir que a relação subjacente ao conflito perpetue no tempo.

A mediação não afronta a essência do Direito do Trabalho e nem se presta a negociação de direitos, ainda mais em uma estrutura em que seus órgãos praticam a conciliação obrigatória e a arbitragem compulsória de conflitos econômicos e patrimoniais, e não raras vezes, também de conflitos de direito.

Tampouco deveria ser excluída toda e qualquer possibilidade de realizá-la durante a vigência do contrato de trabalho. Ao contrário, a prática seria bem recebida para resolver conflitos de relacionamento interpessoal durante a vigência do pacto laboral, como por exemplo, em casos de assédio moral entre empregados de mesmo nível ou, até mesmo, entre o empregado e o seu superior hierárquico. Após a deflagração da ação judicial, a mediação também seria útil no processo de reintegração do empregado à empresa, momento em que a sentença judicial é muitas vezes cumprida com descaso, trazendo transtornos para a empresa e para o empregado que já sofreram sérios abalos em suas relações.

A restrição à prática da mediação nas relações trabalhistas pelo PL 7169/14 segue na contramão da política judiciária atual. A Justiça do Trabalho sofre com um persistente e prejudicial desvirtuamento do seu princípio conciliatório e apaziguador. Ademais, a obrigatoriedade é um termo muito desejado quando se legisla acerca da

⁵⁴ MARTINS, *op. cit.*, p. 61

utilização de meios de solução de conflitos, mas o ideal é que os mesmos sejam incentivados. Seja na esfera privada ou jurisdicional, a mediação nunca deve ser compulsória. Por outro lado, é dispensável tornar expressa a vedação de composição de matéria relacionada à saúde e higiene do trabalho por se tratar de questão de ordem pública, bem como outras matérias não mencionadas no dispositivo proposto na Emenda Aditiva ao Substitutivo do PL 7169/14, já que por sua natureza, não admitem a negociação.

O Reino Unido busca utilizar o programa de mediação judicial, que como já escrevemos, está em vigor há cerca de dez anos, em uma área sensível. As relações trabalhistas são realmente complexas. Alguns estudos apontam no sentido de que a utilização da mediação para resolver os conflitos deflagrados no ambiente de trabalho, particularmente os casos de assédio e prática discriminatória, são bem sucedidos. Contudo, há severas críticas, especialmente por se tratar de uma matéria que envolve um componente psicológico tão profundo. Tratando-se de um novo cenário, ao menos nos tribunais do trabalho britânicos, devemos observar os rumos e, principalmente, se o método (mediação) é realmente adequado para resolver tais questões.

Os passos seguidos pela política de tratamento dos conflitos laborais britânico devem servir de inspiração ao Brasil, pois é um caminho, no qual a doutrina juslaboral brasileira não avança, estancada em justificativas perfunctórias e sem uma investigação mais refinada e precisa que indique a possibilidade (ou não) de mediar nossos dissídios trabalhistas, quais as matérias suscetíveis ao método e quem estaria apto a atuar como mediador.

6. Referências bibliográficas

BOON, Andrew; URWIN, Peter; KARUK, Valéria. *What Difference Does it Make?: Facilitative Judicial Mediation of Discrimination Cases in Employment Tribunals*. Nov., 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1829925>.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York University Press, 2005.

_____. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. *American Journal of Comparative Law*. Nov., 2001.

DUNLOP, John T.; ZACK, Arnold M.. *Mediation of employment disputes*. 2005.
Disponível em: <http://www.law.harvard.edu>.

FAGET, Jacques. La double vie de la médiation. *Reveu Droit et Société*. Paris. n. 29.
pp. 25-38. 1995.

HEDEENS, Timothy. Institutionalizing Community Mediation: Can Dispute Resolution
“of, by, and for the people” Long Endure? *Penn State Law Review*, Pensilvânia, v. 108,
p. 265-276. 2003.

LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*. Belo Horizonte. v.7.
n.2. pp. 289-324. Jul-dez, 2012.

LIMA, Francisco Gerson Marques. *Fundamentos do processo do trabalho*. São Paulo:
Malheiros, 2010.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito individual*. São
Paulo: Ltr, 1992.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A tale of
innovation co-opted or the law of ADR. Florida. *Florida State University Law Review*,
n. 19. 1991.

MORO, Luis Carlos. Meios alternativos de resolução de conflitos trabalhistas: avanço
ou retrocesso? *Revista do Advogado*, n. 66, v. 22, 2002, pp. 92-113.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São
Paulo: Saraiva, 2009.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Mediation Exceptionality. *Fordham Law Review*,
Nova Iorque, v. 78, n. 101, p. 101-118, nov. 2009.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *The legal framework of mediation in Brazilian Law*. Disponível em: <http://www.adrmaremma.it/english/dallabernardi_na01.pdf>
Acesso em: 21/03/2014.

_____. (org). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. *Boletim Informativo Juruá*, v. 01, p. 11-14, 2013.

_____. Mediación obligatoria. Una versión moderna del autoritarismo procesal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. X, p. 210-225, 2012.

_____. Side-effects of the growing trend towards the institutionalization of mediation. *Panorama of Brazilian Law*, v. 01, p. 173-186, 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O processo do trabalho e o princípio fundamental da duração razoável. *Revista do Advogado*, n. 110, v. 30, pp. 69-74, 2010.

PISCO, Claudia de Abreu Lima. *Princípios Gerais do Processo do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2010.

PRESS, Sharon. Institutionalization of mediation in Florida. *PennState Law Review*. Pennsylvania. V. 108, pp. 43-66. 2013.

_____. Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation? *Florida State University Law Review*. vol. 24, 1997, p. 903.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 63-92.

_____. Dimensioni transculturale della giustizia civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, dez, 2007, p 1065-1094.

TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2014.

WEATHERSPOON, Floyd D.; ISAAC, Kendall D. Resolving race discrimination in employment disputes through mediation: a win-win for all parties. *American Journal of Mediation*, v. 5, 2011