

A MEDIAÇÃO INCIDENTAL COMO MEIO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS: A QUESTÃO DA DISPENSA DE TRABALHADORES DETENTORES DA GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO

INCIDENTAL MEDIATION AS A MEANS OF SOLVING INDIVIDUAL LABOR DISPUTES: THE ISSUE OF DISMISSAL OF EMPLOYEES HOLDING A PROVISIONAL GUARANTEE OF EMPLOYMENT

Carlos Henrique Bezerra Leite*
Ricardo Goretti Santos**

Resumo: Este artigo versa sobre a prática da mediação incidental no processo do trabalho e sua potencial contribuição para a efetiva solução de conflitos decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória do emprego. Acusa o uso desordenado da conciliação incidental, indiscriminadamente aplicada na solução de conflitos individuais situados no âmbito de relações trabalhistas, tanto circunstanciais quanto continuadas. Busca responder ao seguinte problema de pesquisa: a prática da mediação judicial incidental na Justiça do Trabalho pode contribuir para a efetiva solução de conflitos decorrentes da dispensa do trabalhador dotado de garantia provisória do emprego? Estabelece as bases do fenômeno da difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos, no contexto do movimento universal de acesso à justiça. Desenvolve considerações sobre particularidades da conciliação e da mediação, destacando os aspectos principais de distinção entre elas. Finalmente, avalia a aplicação dos métodos autocompositivos, considerando as particularidades das controvérsias decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória no emprego. Conclui que, por objetivar a exploração aprofundada dos interesses em jogo, o fortalecimento do diálogo e da relação entre as partes, além do empoderamento dos envolvidos, a mediação judicial incidental seria a via mais adequada para a administração de conflitos decorrentes da dispensa de trabalhadores com garantia provisória do emprego. Além disso, evidencia uma proposição legislativa sobre o tema, já submetida à apreciação da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei de Arbitragem e Mediação, do Senado Federal.

Palavras-chave: Resolução alternativa de conflitos. Mediação trabalhista. Conciliação trabalhista. Garantia no emprego. Despedida arbitrária.

Abstract: This article focuses on the practice of incidental mediation in the labor process and its potential contribution to the effective solution of conflicts which arise from the dismissal of employees with a provisional guarantee of employment. It reveals the disorderly use of incidental conciliation, being indiscriminately applied to the solution of individual conflicts, inserted within the context of labor relations, both circumstantial and continued. It seeks to answer the following research issue: can the use of incidental judicial mediation in the Labor Court contribute to the effective solution of conflicts that arise from the dismissal of the employee who has a provisional assurance of employment? It establishes the bases of the phenomenon of diffusion in the alternative methods of conflict resolution, in the context of the universal movement of access to justice. It develops considerations on particularities of conciliation and mediation, highlighting the aspects of distinction that exist between them. Finally, it evaluates the application of self-compositional methods, considering the peculiarities of the controversies that arise from the dismissal of employees with a provisional guarantee of employment. It concludes that, by targeting the in-depth exploitation of the interests at stake, the strengthening of a dialogue and of the relationship between the parties, besides the empowering of the parts involved, incidental judicial mediation would be the most appropriate way to administrate conflicts arising from the dismissal of these employees. Besides, it evidences a legislative proposition, about the issue, that has already been submitted to the Commission of Jurists in charge of the elaboration of the draft of the Arbitration and Mediation Law of the Federal Senate.

Keywords: Alternative dispute resolution. Labor mediation. Labor and worker conciliation. Guarantee of employment. Arbitrary dismissal.

* Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória; Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho 215, Santa Lúcia, 29056-295, Vitória, Espírito Santo; Brazil, chbezerraleite@yahoo.com.br

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória; Especialista em Resolução Alternativa de Conflitos, com ênfase em mediação pela Universidade de Buenos Aires, Argentina; Professor de Resolução Alternativa de Conflitos da Graduação e Especialização em Direito da Faculdade de Direito de Vitória; ricardogoretti@fdv.br

Introdução

Neste artigo versa-se sobre o emprego da mediação na solução de conflitos individuais trabalhistas e objetiva-se verificar se a prática da mediação incidental na Justiça do Trabalho pode contribuir para a efetiva solução de conflitos decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória do emprego (a exemplo do dirigente sindical, da mulher gestante e do trabalhador acidentado). Trata-se, pois, de ensaio sobre um método alternativo de solução de conflitos destacado por sua crescente projeção nacional, muito embora ainda seja pouco usual na Justiça do Trabalho.

O estudo do tema tem sua relevância e atualidade justificadas em razão de três pressupostos, que serão tomados como pontos de partida para efeito de desenvolvimento desta pesquisa.

O primeiro deles consiste na potencial contribuição que a mediação pode prestar no sentido da amenização dos efeitos da “[...] crise de administração da justiça” (SANTOS, 2005, p. 165) disseminada em *terrae brasílis*. Referimo-nos, aqui, à importância da mediação enquanto via alternativa (ao processo judicial) de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

O segundo reside na carência de investigações científicas voltadas ao aprofundamento das particularidades e potencialidades da mediação e de outras práticas alternativas de solução de conflitos. Estudos dessa natureza são importantes na medida em que evidenciam três constatações, extraídas da realização de estudos anteriores sobre o tema, quais sejam:

- a) que não há método ou técnica que se revele universalmente indicada à condução de toda e qualquer situação de conflito (trabalhista, de consumo, familiar, de dano, etc.);
- b) que o conflito é um evento único, irrepetível e concreto, motivo pelo qual a escolha do método mais adequado à sua solução deve resultar de um exercício prévio de identificação das peculiaridades a ele inerentes;
- c) que o emprego indiscriminado dos métodos alternativos de solução de conflitos, sem qualquer adequação às especificidades da relação conflituosa, pode levar à produção de resultados injustos.

O terceiro e último elemento de instigação ao desenvolvimento da pesquisa incide sobre uma peculiaridade da Justiça do Trabalho. Em matéria de resolução autocompositiva de conflitos individuais, impera nas Varas e Tribunais do Trabalho a prática da conciliação incidental (assim compreendida a modalidade exercida no curso do processo), sendo, portanto, raras ou praticamente inexistentes as experiências de utilização da mediação incidental trabalhista.

O fomento à conciliação judicial trabalhista tem proporcionado a manutenção de índices estatisticamente expressivos de acordos. Conforme o Relatório Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho 2012 (BRASIL, 2012), desde 1992 as taxas de acordos de conciliação têm se mantido estáveis, na faixa de 40%. O Relatório indica que, em 2012, o percentual médio nacional de conciliações realizadas nas Varas do Trabalho foi de 43,38%. A 19ª Região Judiciária (AL) apresentou índices médios mais elevados (53,47%). Já o menor percentual nacional (25,44%) foi identificado na 20ª

Região Judiciária (SE). Do total de Varas instaladas no País, 390 (26,82%) apresentaram índices de acordo de conciliação igual ou superior a 50%. Destas, 93 Varas apresentaram índices de 60% a 70%. Percentuais superiores a 70% foram identificados em 22 Varas.

Em termos quantitativos, as estatísticas de acordos judiciais de conciliação revelam-se sedutoras. Especialmente quando considerados os reflexos proporcionados pelos referidos índices em termos de redução das taxas de congestionamento dos tribunais. Por essa razão, têm sido festejadas por agentes engajados no desenvolvimento de políticas públicas de redução do volume de processos no Brasil. Mas e do ponto de vista qualitativo? A indagação nos remete ao desenvolvimento de reflexões críticas sobre o uso inadequado da conciliação judicial incidental, hoje indiscriminadamente empregada na administração de conflitos individuais inseridos no contexto de relações trabalhistas circunstanciais e continuadas.

O império da conciliação judicial em matéria trabalhista em parte se justifica, pois no âmbito da Justiça do Trabalho predominam controvérsias envolvendo relações findas (ou circunstanciais, como preferimos designar), assim compreendidas as desprovidas de perspectivas futuras de manutenção de vínculos entre as partes litigantes. Relações dessa natureza, de fato, recomendam o emprego da conciliação: método autocompositivo mais indicado para situações limitadas ao reconhecimento de direitos adquiridos em relações jurídicas findas, nas quais a continuidade do vínculo entre as partes conflitantes não é considerada.

Disputas envolvendo trabalhadores e empregados que permanecem vinculados após o advento de uma sentença de mérito ou acordo judicial representam uma parcela minoritária das questões trabalhistas judicializadas, mas nem por isso devem ser desconsideradas no contexto de qualquer política de tratamento adequado de conflitos de interesses, por métodos alternativos ao processo. Apesar de predominantes, as relações circunstanciais não podem ser levadas a cabo para fins generalizantes, de padronização do tratamento dado a toda e qualquer questão posta em juízo.

Conflitos trabalhistas inseridos no contexto de relações continuadas demandam tratamento especial, em razão da frequente prática de atos discriminatórios por parte do empregador, de violação aos direitos da personalidade do empregado. Nesses casos, as tensões pós-reintegração (tão comuns nas disputas decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória do emprego) devem ser evitadas, mediante o uso de métodos e técnicas adequadas, como condição para que a continuidade da convivência dos litigantes no ambiente de trabalho ocorra de forma harmônica.

Os elementos suscitados neste texto introdutório motivam o surgimento do interesse pela busca de uma resposta para o seguinte problema de pesquisa: a prática da mediação judicial incidental na Justiça do Trabalho pode contribuir para a efetiva solução de conflitos decorrentes da dispensa do trabalhador dotado de garantia provisória do emprego?

A título de hipótese para a presente pesquisa, sustenta-se que a mediação judicial incidental seria a via mais adequada para a administração de conflitos dessa natureza, por proporcionar resultados importantes para a redução de tensões pós-reintegração, como o fortalecimento do diálogo e da relação entre partes inseridas no contexto das relações de trabalho continuadas, a exploração aprofundada dos interesses em jogo e o empoderamento das partes.

A confirmação da hipótese anunciada passa pelo percurso de quatro etapas sequenciais ao texto introdutório. Em um primeiro momento, serão traçadas as bases do fenômeno da difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos, no contexto da terceira onda do movimento universal de acesso à justiça. Na sequência, serão desenvolvidas algumas considerações teóricas e práticas sobre dois dos principais métodos alternativos autocompositivos de solução de conflitos: a conciliação e a mediação. Nessa etapa, ênfase especial será dispensada à exposição dos elementos de distinção entre as duas práticas. Em seguida, será discutida a aplicação dos métodos alternativos autocompositivos de solução de conflitos individuais trabalhistas. É nessa fase da pesquisa que se pretende delimitar os parâmetros legais para o emprego da conciliação e da mediação na Justiça do Trabalho e as particularidades dos conflitos decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória no emprego. Finalmente, para efeito de conclusão, a resposta ao problema de pesquisa será evidenciada, oportunidade na qual apresentaremos uma proposição legislativa sobre o tema, já submetida à apreciação da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei de Arbitragem e Mediação do Senado Federal durante a realização deste estudo.

1 Acesso à justiça e métodos alternativos de solução de conflitos

É indissociável a relação que se estabelece entre os obstáculos à efetivação do direito de acesso à justiça e a crescente utilização das práticas alternativas ao processo judicial. Uma relação de causa e efeito, que eleva a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem à condição de tendências em expansão no País.

O direito de acesso à justiça pode ser compreendido em três sentidos distintos. No primeiro (o “sentido geral”), o acesso à justiça seria “[...] concebido como sinônimo de *justiça social*.” O segundo (o “sentido restrito”), de modo formalístico, restringe o direito em questão ao “[...] aspecto dogmático de acesso à tutela jurisdicional”. O terceiro e último (o “sentido integral”) compreende os escopos jurídico, social e político do processo, abarcando, ainda, a extensão do direito de “[...] acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania.” (LEITE, 2011, p. 155-158, grifo do autor, grifo nosso).

O direito em questão também pode ser analisado sob os aspectos formal e material.

No primeiro caso (Acesso à Justiça material), este se constitui no verdadeiro fim almejado pelo Direito, ou seja, consubstancia-se no alcance por parte de alguém à verdadeira solução de um conflito social intersubjetivo, com equilíbrio, com igualdade (Justiça-valor). No segundo aspecto (Acesso à Justiça formal), o que se deve considerar é a possibilidade efetiva de uma pessoa conseguir reivindicar um direito violado perante o Estado, através da estrutura estatal competente para dirimir as controvérsias que, naturalmente, brotam da vida em comunidade (Justiça-instituição). (SCHUCH, 2006, p. 54).

Para efeito de desenvolvimento desta pesquisa, tomaremos o direito de acesso à justiça sob uma perspectiva integral ou material, a qual consideramos mais condizente com a magnitude do direito em questão: que é humano e fundamental.

É direito humano, porque previsto em tratados internacionais de direitos humanos e tem por objeto a dignidade, a liberdade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre as pessoas humanas, independentemente de origem, raça, cor, sexo, crença, religião, orientação sexual, idade ou estado civil. [...] O acesso à justiça é também direito fundamental em nosso País, porquanto catalogado no rol de direitos e deveres individuais e coletivos, constantes do Título II da Constituição da República de 1988. (LEITE, 2011, p. 154).

Tratados internacionais de direitos humanos, assim como a Constituição Federal de 1988, conferem ao Estado o encargo de atuar positivamente no sentido de proporcionar os meios e condições necessários para que os conflitos sociais sejam processados e pacificados de forma adequada, efetiva e tempestiva. O cumprimento dessa missão esbarra, todavia, em um complexo emaranhado de obstáculos que dificultam ou tornam inacessível o acesso à justiça.

Os contornos dessa crise são delimitados pelo próprio Estado, por meio de controle estatístico relativo à movimentação de processos no Judiciário Brasileiro. O Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça 2013 (BRASIL, 2013) revela que é crescente o número de processos em trâmite no Judiciário Brasileiro. No quadriênio 2009-2012, o crescimento médio do volume de ações em tramitação foi de 10,6%.

O referido crescimento decorre, em grande parte, do aumento no número de casos novos levados ao Judiciário Brasileiro. No período compreendido entre os anos 2009 e 2012, esse crescimento foi de 14,8%. Somente em 2012, ingressaram 28,2 milhões de novos casos. Somado ao aumento do número de casos novos, outro fator justifica o crescimento do volume de ações em trâmite: o acúmulo de casos pendentes de julgamento.

O Relatório Justiça em Números 2013 indica que, no ano 2012, houve um aumento tanto no número de processos baixados (27,8 milhões de casos) quanto no número de sentenças ou decisões proferidas (24,7 milhões). A produtividade dos magistrados também cresceu em 2012 (1,4% em relação ao exercício anterior). Em média, 1.450 sentenças foram proferidas por magistrados. Mas, apesar dos esforços e dos avanços alcançados, o estoque de casos pendentes de julgamento permanece crescente ano a ano, em razão do crescimento dos casos novos (de 14,8%), que se mantém superior ao de processos baixados e de sentenças e decisões proferidas. No quadriênio 2009-2012, o estoque de casos pendentes atingiu um aumento de 8,9%.

Somente no ano 2012, tramitaram no Judiciário Brasileiro 92,2 milhões de ações. Destas, 28,2 milhões (31%) correspondem a casos novos que ingressaram naquele ano. Os outros 64 milhões de processos em trâmite (69%) iniciaram o referido exercício como estoque acumulado de anos anteriores.

Do total de ações em trâmite no Judiciário em 2012 (92,2 milhões), 72 milhões foram processadas na Justiça Estadual; 11.2 milhões, na Justiça Federal; 7.1 milhões, na Justiça do Trabalho; 989.6 mil, nos Tribunais Superiores; 819.6 mil, na Justiça Eleitoral; 12.9 mil, na Justiça Militar Estadual; e 3.6 mil, na Auditoria Militar.

Dos 28.2 milhões de casos novos levados ao Judiciário no mesmo período, 20 milhões ingressaram na Justiça Estadual; 3.8 milhões, na Justiça do Trabalho; 3.1 milhões, na Justiça Federal; 734.9 mil, na Justiça Eleitoral; 458.2 mil, nos Tribunais Superiores; 6.5 mil, na Justiça Militar Estadual; e 1.6 mil, na Auditoria Militar. Observa-se, portanto, que a maior taxa de litigiosidade se concentra na Justiça Estadual, que corresponde, respectivamente, a 71% e 78% do total de processos ingressados e em tramitação no Judiciário brasileiro.

O Relatório Justiça em Números 2013 aponta, ainda, que a maior taxa de congestionamento (o percentual de processos não baixados em relação ao total em tramitação no mesmo período), está concentrada na Justiça Estadual (73,3%), seguida da Justiça Federal (65,3%), da Justiça Eleitoral (53,6%), da Auditoria Militar (53,4%), dos Tribunais Superiores (52,6%), da Justiça do Trabalho (46,8%) e da Justiça Militar Estadual (41,9%). O percentual médio da taxa de congestionamento nacional é de 69,9%.

No âmbito da Justiça do Trabalho, tanto a carga de trabalho dos magistrados quanto os índices de produtividade em 1º e 2º graus aumentaram no quadriênio 2009-2012 (6,6% e 12,6%, respectivamente). Mas a taxa de congestionamento manteve-se constante em relação ao ano anterior.

De acordo com o Relatório Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho (BRASIL, 2012), o aumento no número de casos novos no ano 2012 afetou as três instâncias da Justiça do Trabalho. As varas receberam 2.239.671 novos casos em 2012 (quantitativo 6,11% maior que o observado no ano anterior). Nos Tribunais Regionais, foram recebidos 639.827 casos novos (número 12,39% superior ao de 2011). Já no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, 183.303 ingressaram novos casos (7,94% a mais que no ano anterior).

Consequentemente, o número de processos recebidos por magistrado, em 2012, também aumentou nas três instâncias da Justiça do Trabalho. Nas Varas, cada juiz recebeu em média 807 processos (média de 67 por mês). Nos Tribunais Regionais, 1.517 (média de 126 por mês). No Tribunal Superior do Trabalho, 10.777 (média de 1.078 por mês).

Em termos globais, a inaptidão do processo enquanto instrumento adequado, efetivo e tempestivo de solução de conflitos decorre de um ciclo vicioso: de explosão de litígios, não acompanhada pela capacidade do Estado de processá-los no exercício do poder jurisdicional. Essa crise de efetividade não é recente, nem exclusiva do Brasil. Ela é universal e foi agravada na década de 1970,

[...] período em que a expansão econômica terminava e se iniciava a recessão, para mais uma recessão com caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e sua crescente incapacidade de dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior (FANO et al., 1983). Uma situação que se dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestado nas mais diversas áreas de actividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça. (SANTOS, 2005, p. 167).

Esse contexto de crise fez emergir, em meados da década de 1960, um movimento universal de acesso à justiça, comprometido não somente com a investigação das principais causas e efeitos

produzidos pelos obstáculos (econômicos, organizacionais e processuais) à efetivação do referido direito fundamental, mas, também, com a proposição de medidas de amenização desses entraves. Os desafios do movimento em questão assim foram sintetizados por Cappelletti e Garth (1988, p. 31, grifo do autor):

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que podemos chamar simplesmente de “*enfoque de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo.

O combate aos obstáculos processuais, impeditivos da efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, ocorre mediante a realização de duas frentes complementares de ação: o desenvolvimento de reformas de simplificação e adequação do processo e a difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Na sequência do presente artigo, abrimos espaço para o desenvolvimento de considerações teóricas e práticas sobre dois dos principais métodos autocompositivos utilizados no Brasil: a conciliação e a mediação.

2 Conciliação e mediação: semelhanças e diferenças

As culturas do litígio, da heteronomia, da sentença ainda permanecem arraigadas no Brasil. Mas, mesmo assim, não se pode negar as evidências de uma forte e aparentemente irreversível tendência de “informalização da justiça”, marcada pelas seguintes características:

1. Ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez da estreita obediência normativa.
2. Preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor-perdedor).
3. Reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios interesses e conduzir a sua própria defesa num contexto institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum.
4. Escolha como terceira parte de um não-jurista (ainda que com alguma experiência jurídica), eleito ou não pela comunidade ou grupo cujos litígios se pretendem resolver.
5. Diminuído ou quase nulo poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome. (SANTOS, 1990, p. 16).

A superação de um paradigma cultural adversarial reinante é uma utopia que apenas pode ser idealizada mediante a conjugação de inúmeros esforços por parte da sociedade e do Estado. Como ainda estamos distantes de uma aproximação espontânea com a cultura do consenso, da coexistência, da autonomia, é inevitável concluir que a crescente busca por métodos alternativos de solução de conflitos não poderia mesmo ser espontânea. Trata-se de uma busca induzida, que se estabelece por conta de uma necessidade: ampliar as vias de acesso à justiça.

No Brasil, a exemplo do que já se observou em diversos outros países latino-americanos, a percepção dessa necessidade vem sendo impulsionada por dois vetores de força: a sociedade (que se vê forçada a buscar alternativas à jurisdição estatal em crise) e o próprio Estado (que busca amenizar o acúmulo de processos judiciais, mediante o desenvolvimento de políticas de incentivo ao uso da conciliação e da mediação). Exemplo de atuação estatal explícita nesse sentido é a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 (BRASIL, 2010) do Conselho Nacional de Justiça (alterada pela emenda n. 01 de 31 de janeiro de 2013), editada com o objetivo de instituir uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, dedicada a promover a difusão da mediação e da conciliação.

Essas duas práticas costumam ser bastante confundidas, por conjugarem características comuns, como: a voluntariedade na escolha ou aceitação do método; a não adversariedade; a consensualidade; a autoridade das partes para decidir; o sigilo; a flexibilidade; e a informalidade dos procedimentos. Mas em que pese as semelhanças, algumas distinções também devem ser acentuadas.

As considerações de ordem teórica e prática sobre os institutos da conciliação e da mediação serão realizadas na sequência, com base em estudos anteriores sobre o tema (SANTOS, 2012).

2.1 Conciliação

Vocábulo derivado do latim *conciliatione*, a conciliação representa o ato ou o efeito de conciliar, unir, compor ou combinar; um ajuste, acordo ou harmonização entre pessoas e situação de conflito (MEDINA, 2004, p. 31).

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes. (CALMON, 2007, p. 144).

Já para Highton e Álvarez (2008, p. 120), “[...] consiste na tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo mútuo, que pode ser auxiliada por um terceiro que intervém entre os contendores de modo informal e não estruturado, para conduzir a discussão sem um papel ativo.”

Praticada nas modalidades extrajudicial ou judicial, espontânea ou induzida, a conciliação tem por finalidade conduzir as partes ao caminho do entendimento, ou seja, à obtenção de um acordo mútuo e voluntário. Na conciliação, esse encargo recai sobre a figura do conciliador: um terceiro imparcial que se utiliza do encaminhamento de propostas de soluções como estratégia de facilitação do acordo.

2.2 Mediação

O vocábulo mediação nos remete à ideia de intervenção por um terceiro imparcial, que se coloca entre as partes conflitantes com o propósito de facilitar a resolução negociada de uma dada controvérsia.

Na lição de Highton e Álvarez (2008, p. 122), a mediação assim foi conceituada:

A mediação é um procedimento não adversarial no qual um terceiro imparcial ajuda as partes a negociar para chegar a um acordo mutuamente aceitável. Constitui um esforço estruturado para facilitar a comunicação entre os contrários com o qual as partes podem voluntariamente evitar se submeter a um longo processo judicial – com o desgaste econômico e emocional que este comporta – podendo acordar uma solução para seu problema de forma rápida, econômica e cordial. Considera a resolução em termos de cooperação, com enfoque no futuro e com um resultado no qual, os dois ganham, mudando as atitudes que adotam no litígio no qual a postura é antagonica, porque uma parte ganha e outra perde.

Para Moore (1998, p. 22-23), a mediação seria:

[...] um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-autoritário. Esta pessoa ajuda as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa. Da mesma forma que ocorre com a negociação, a mediação deixa que as pessoas envolvidas no conflito tomem as decisões. A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda do interventor se sua função for ajudá-los a lidar com suas diferenças – ou resolvê-las.

Já para Warat (2004, p. 57), a mediação é “[...] um procedimento indisciplinado de auto-e-cocomposição assistida (ou terceirizada) de vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades.” O conceito ganha corpo nas considerações que o autor apresenta para justificar o emprego das expressões significativas e esclarecedoras que ele próprio utiliza.

A mediação é um procedimento, “[...] na medida em que responde a determinados rituais, técnicas, princípios e estratégias que em nome da produção de um acordo tenta revisitar, psicosemoticamente, os conflitos para introduzir uma novidade nos mesmos.” Seu procedimento é indisciplinado “[...] por sua heterodoxia, já que do mediador se requer a sabedoria necessária para poder se mover, sem a obrigação de defender teorias consagradas, um feudo intelectual ou a ortodoxia de uma capela de classe ou do saber.” Entende-se que o procedimento indisciplinado é assistido ou terceirizado, por requerer a intervenção de um terceiro imparcial “[...] que ajude as partes em seu processo de assumir os riscos de sua autodecisão transformadora do conflito.” (WARAT, 2004, p. 57). Finalmente, a mediação é considerada ecológica, por duas razões:

A primeira porque ela pode ser considerada como uma forma de realização da autonomia, na medida em que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças (produção do tempo com o outro), que modificam as divergências. [...] Em segundo lugar, a mediação é uma forma ecológica de autocomposição na medida em que, ao procurar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida. (WARAT, 2004, p. 59).

Por ser ecológica no sentido exposto, a mediação tem seu emprego indicado para a resolução de conflitos que se estabelecem no contexto de relações continuadas, sendo assim consideradas as que antecedem ao evento conflituoso e que, geralmente, prolongam-se no tempo, em razão do interesse ou da necessidade de perpetuação dos vínculos entre os indivíduos inter-relacionados.

São exemplos de relações tipicamente continuadas as de natureza: familiar (em razão das relações parentais); de vizinhança (em razão da inevitável convivência entre pessoas que compartilham um mesmo espaço de convivência); comercial (em razão dos interesses econômicos futuros que possam persistir); e internacional (por motivos de questões de direito e política exterior). Mas também há algumas de natureza trabalhista, especialmente aquelas decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória do emprego (a exemplo do dirigente sindical, da mulher gestante e do trabalhador acidentado).

2.3 Principais diferenças entre a conciliação e a mediação

A conciliação assemelha-se à mediação quanto aos seguintes atributos ou características, voluntariedade, informalidade, flexibilidade, autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis, não adversariedade, e atuação imparcial de um terceiro interventor. Nada obstante as similitudes, os dois métodos alternativos não se confundem. Mediação e conciliação diferenciam-se em quatro critérios básicos: indicação, propósito principal, profundidade da apreciação do conflito, e modo de atuação do terceiro interventor.

O primeiro elemento de diferenciação diz respeito à *indicação* de cada método a determinadas espécies de conflitos. Segundo Bacellar (apud TAVARES, 2002, p. 48), a conciliação seria mais indicada para a condução de relações circunstanciais, nas quais as partes conflitantes não se fazem ligadas por vínculos afetivos, familiares, comerciais, trabalhistas, entre outros que justifiquem a necessidade de aplicação de técnicas de restabelecimento e de fortalecimento de relações estremecidas pelo conflito. A título de exemplificação das chamadas relações circunstanciais, destacamos os conflitos decorrentes de acidentes de trânsito, que vinculam as partes conflitantes, circunstancialmente, por divergências acerca da responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos materiais ou morais produzidos.

Relações circunstanciais, geralmente, não requerem maiores atenções em relação à continuidade de relacionamentos, eis que limitados ao evento ou à circunstância geradora do conflito. Não havendo continuidade no relacionamento entre as partes, desnecessário se torna falar na necessidade de preservação do diálogo entre os envolvidos no conflito. O interesse das partes conflitantes, nessas situações, restringe-se à resolução da controvérsia por meio de acordo: objetivo imediato da conciliação. No mesmo sentido, asseverou Vezzula (apud SALES, 2004, p. 40):

A conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamento entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro de suas vidas.

Já a mediação tem sua indicação recomendada para a condução de conflitos entre indivíduos inseridos em relações qualificadas pela existência de múltiplos vínculos que, por serem continuadas, não devem ser interrompidas após a resolução de uma controvérsia. As relações conflituosas de natureza familiar e de vizinhança figuram entre as que tradicionalmente fazem transparecer a continuidade das relações entre os conflitantes; particularidade que requer do mediador uma atua-

ção mais complexa do que a de simples facilitação do acordo. Esse tipo de relação “[...] pode se referir a um vínculo comercial entre indivíduos ou empresas, que também se beneficiariam com a possibilidade de continuar com seu nexos depois que uma mediação resolvera exitosamente um conflito em particular.”¹ (HIGHTON; ALVAREZ; JASSAN, 1996, p. 143, tradução nossa).

Em se tratando de relações continuadas, o fortalecimento ou o restabelecimento da comunicação é pressuposto fundamental para que os conflitantes possam estruturar acordos condizentes com os seus mais lícitos interesses, necessidades e possibilidades. T tamanha relevância justifica a preocupação do mediador com o desenvolvimento de um trabalho de priorização do diálogo e da harmonia entre os mediados, considerados propósitos imediatos da mediação. Na mediação, ao contrário do que se observa na conciliação, o acordo deve ser visado como objetivo secundário, ou seja, uma “[...] consequência da real comunicação entre as partes.” (SALES, 2004, p. 38) A esse respeito, o autor elucidou o segundo elemento de diferenciação, qual seja: o *propósito principal*.

Na conciliação, resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de formar um acordo. Na mediação, é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, trabalhando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro. (SALES, 2004, p. 38).

A partir da identificação dos principais propósitos dos métodos autocompositivos em referência, depreende-se o terceiro ponto de diferenciação, a saber: a *profundidade da apreciação do conflito*. Por objetivar o acordo, nada mais natural que a apreciação do conflito, pelo conciliador, seja mais rasa ou superficial. O mesmo não procede no exercício da mediação. Seu principal escopo (mais abrangente do que o propósito principal da conciliação) é a pacificação restauradora das relações conflituosas e não das circunstâncias pontuais, motivadoras do conflito. Sendo o acordo uma consequência natural do desenvolvimento da comunicação produtiva, a apreciação do conflito, necessariamente, deve ocorrer de forma mais aprofundada na mediação.

O quarto e último elemento diferenciador entre a mediação e a conciliação (o *modo de atuação do terceiro interventor*) é a forma de atuação do terceiro interventor. Na mediação, a atuação do terceiro interventor ocorre de maneira um tanto quanto passiva, por não lhe ser permitido opinar incisivamente, lançando propostas pessoais de soluções para as situações que lhe sejam apresentadas.

Mas a passividade do mediador no que se refere à formulação de propostas de acordo não deve ser interpretada como uma exigência de absoluta passividade ou inércia. Nesse sentido, Highton, Alvarez e Jassan (1996, p. 42-43) delimitam os limites da atuação desse terceiro ao esclarecerem que “[...] o mediador induz as partes a identificar os pontos da controvérsia, a reconhecer seus interesses por cima das posições, a explorar fórmulas de acordo que transcenda o nível da disputa, a ter do conflito uma visão produtiva para ambas.”

¹ Para conferir credibilidade, segue texto original: “El término ‘relación’ puede referirse a un vínculo comercial entre individuos o empresas, que también se beneficiarían con la posibilidad de continuar con su nexos después de que una mediación resolviera exitosamente un conflicto en particular.”

Passivo na formulação de propostas, o mediador deve desenvolver com seus mediados um papel de escuta ativa. Escutar os conflitantes é tarefa primordial para que o desenvolvimento de um diálogo produtivo entre eles (objetivo primário da mediação), e a identificação e discussão de manifestações não verbalizadas da controvérsia (os conflitos latentes) façam do acordo uma consequência natural.

Já na conciliação, a intervenção do terceiro ocorre de forma mais ativa ou participativa. Em outras palavras, o conciliador não se preocupa tanto com a manutenção de vínculos entre os conflitantes ou com os aspectos não manifestados do conflito. Por ser a obtenção do acordo seu propósito principal e imediato, após ouvir as declarações das partes conciliadas, o conciliador lança suas propostas de soluções consensuais e declara o que considera ser vantajoso ou desvantajoso para as partes conciliadas, desconsiderando, muitas vezes, elementos velados do conflito.

Conferindo destaque à função ativa desse terceiro interventor, Garcez (2002, p. 48) destacou: “[...] o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.”

Essa atuação propositiva do conciliador, apesar de indicada para relações circunstanciais, deve ser vista com ressalvas nas continuadas. O perigo da propositura de soluções está no fato de que o que pode lhe ser mais vantajoso ou desvantajoso poderá não ser para os conflitantes. Por essa razão, consideramos mais importante do que o intuito imediato de obter o acordo, a criação de condições para que ele possa ser formulado, sem que as partes sejam induzidas ao consenso, de maneira que sejam atendidos os reais interesses, necessidades e possibilidades dos envolvidos.

Superadas as considerações sobre os elementos de definição e distinção da conciliação e da mediação, na sequência, passamos à análise do uso dos métodos alternativos na Justiça do Trabalho, oportunidade na qual problematizamos o cabimento das referidas práticas na condução de conflitos decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória no emprego.

3 A aplicação dos métodos alternativos na solução de conflitos individuais trabalhistas

Em matéria trabalhista, por força da condição de hipossuficiência do empregado e da consequente necessidade de se estabelecerem mecanismos de proteção aos seus direitos, ainda há muita resistência quanto ao cabimento de métodos alternativos de solução de conflitos trabalhistas no Brasil. Oposição maior recai sobre a arbitragem, regulada pela Lei n. 9.307/96.

A Constituição consagra expressamente (artigo 114, § 1º) a possibilidade de escolha de árbitros quando frustrada a negociação coletiva. Mas, no âmbito do direito individual do trabalho, as discussões sobre o cabimento da arbitragem em matéria trabalhista ainda são polêmicas. De um lado, parte majoritária da doutrina especializada se apoia na indisponibilidade de direitos individuais e no caráter protetivo do direito do trabalho para defender o não cabimento dessa prática no âmbito do direito individual do trabalho. De outro, uma doutrina mais permissiva, capitaneada por Carmona (2004, p. 61), defende o emprego da arbitragem na solução de conflitos envolvendo direitos coletivos e individuais, seja nesse caso a controvérsia atinente à relação jurídica finda ou em

curso. Entendimento mais moderado é defendido por Sacavone Junior (2008, p. 39), que se apoia na irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos no curso da relação jurídica trabalhista, para restringir o uso do processo arbitral quando o conflito em discussão envolver direitos coletivos ou individuais decorrentes de relação jurídica finda.

No plano da autocomposição, também não se observa a consolidação da cultura de resolução de conflitos trabalhistas por mediação (nas esferas extrajudicial e judicial), fato que atribuímos à falta de informações sobre as peculiaridades, vantagens e potencialidades desse instituto ainda pouco difundido no País. Por outro lado, já são bastante disseminadas as práticas de conciliação na solução de conflitos trabalhistas.

O princípio da indisponibilidade (que emana do princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade do direito material do trabalho) tem sua aplicação no âmbito do direito processual do trabalho justificada em razão de dois fatores: o interesse social subjacente ao exercício da atividade jurisdicional em matéria trabalhista e, especialmente, a ampla gama de normas de ordem pública que regem o direito material do trabalho. O imperativo da consagração dos direitos sociais (função finalística do processo do trabalho), todavia, não afasta a incidência da conciliação na Justiça do Trabalho. Ainda que o artigo 114, *caput*, da Constituição (alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004) estabeleça que “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar”, não mais prevendo a competência para “conciliar” as partes, o princípio da conciliação não foi desnaturado, pois foi contemplado pela legislação infraconstitucional (LEITE, 2013a, p. 742-743). No mesmo sentido, Gemignani (2013, p. 131-132) asseverou:

Ao reconhecer a importância com que os demais ramos do Poder Judiciário também passaram a tratar o instituto da conciliação, incorporando-a aos diversos trâmites processuais, considerou o legislador que se tornava desnecessária tal explicação, por ter deixado de ser apenas uma questão de competência, ante o novo patamar constante do inciso LXXVIII, do artigo 5º, em que a exigência de “razoável duração” do processo foi alçada a direito fundamental, garantindo ao trabalhador brasileiro em relação a qualquer lide trabalhista ou não. [...] Assim, esta nova leitura constitucional considera que o exercício da jurisdição não está direcionado apenas à proferição de uma decisão, mas à busca efetiva de uma solução.

O artigo 764 da CLT estabelece que “[...] os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação jurisdicional serão sempre sujeitos à conciliação.” Mais que permitida, a tentativa de conciliação é obrigatória, por se tratar de condição de validade para a sentença, sem a qual não poderá ser proferida, nos termos do artigo 831 da CLT. O termo de conciliação lavrado e homologado produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, torna a decisão das partes irrecurável, fazendo coisa julgada, “[...] salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhes forem devidas”, conforme previsto no parágrafo único do referido artigo. Além desses dois dispositivos, também versam sobre a incidência do princípio da conciliação no processo do trabalho os artigos 846, 847, 850, 852-E, 862, 863 e 864, todos da CLT (BRASIL, 1943).

Ao conciliar as partes, sob o amparo da legislação infraconstitucional brasileira, o juiz afirma a incidência do princípio da conciliação na Justiça do Trabalho. Ao fazê-lo, coopera, ainda, para a redução do volume de demandas que se acumulam nos Tribunais, em observância ao princípio

da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), bem como para a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII, da Constituição). Disso resulta concluir que as práticas de incentivo à solução pacífica dos conflitos, além de legais, são desejáveis para a efetivação e ampliação de sentido do direito de acesso à justiça.

Em tempos de crise de efetividade, o exercício da atividade jurisdicional deve ser pautado pela busca incessante, por parte do magistrado, de um ponto de equilíbrio entre a razoável duração do processo e a afirmação de todas as garantias constitucionais e processuais asseguradas às partes. Essa tensão entre celeridade e segurança jurídica recai sobre o magistrado como um dos maiores desafios da atualidade, pelo seguinte motivo: se, por um lado, a celeridade do processo é um objetivo que pressupõe certa carga de informalidade no tratamento dispensado ao caso concreto, por outro, a segurança jurídica é uma finalidade que exige a observância de aspectos formais inerentes ao processo, aos quais se costuma atribuir parcela da responsabilidade pela morosidade processual.

É salutar lembrar que o processo do trabalho tem por função a realização dos direitos fundamentais sociais, que devem ser preservados contra atos de violação ou renúncia, sob pena de comprometimento do resultado justo do processo. Por essa razão, ao propor a conciliação, o juiz “[...] deve ter em mente a conjugação de dois valores fundamentais do processo: a celeridade e a justiça. Do contrário, será insuficiente disponibilizar para a parte fraca um processo célere se o direito fundamental nele vindicado não for plenamente atendido pelo Estado-Juiz.” (LEITE, 2013a, p. 755). No plano da efetivação do segundo valor fundamental que se deve ter em mente (a justiça), é também necessário que o método autocompositivo aplicado seja adequado às particularidades do conflito debatido em juízo. Sendo a conciliação mais indicada para relações circunstanciais, enquanto a mediação, para relações continuadas, é necessário que esse critério de indicação seja obedecido. Caso o conflito não seja tratado de forma adequada, resultados justos não serão efetivamente produzidos.

Em se tratando de conflitos decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória no emprego, o respeito ao destacado critério de indicação se justifica ainda mais, em razão da presença de um traço não tão comum às lides trabalhistas: a manutenção do vínculo entre as partes, que permanecem vinculadas mesmo após o advento de um acordo ou sentença de mérito. Na sequência, versamos sobre essa particularidade.

3.1 Particularidades da dispensa de trabalhadores detentores da garantia provisória no emprego

○ instituto da garantia no emprego

[...] concerne aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas de valorização do trabalho humano e geração de empregos, como o princípio fundamental do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII).

Guarda sintonia, ainda, com a garantia da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos do art. 7º, I, da CF, podendo, ainda, ser compreendida como “[...] um direito

fundamental conferido ao empregado que protege a sua relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa apurada em processo administrativo ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado.” (LEITE, 2013b, p. 467).

A estabilidade no emprego objetiva a proteção e manutenção da relação de emprego, ainda que contra a vontade do empregador (salvo por justo motivo, incompatibilidade de permanência ou força maior), podendo ser definitiva ou provisória. A primeira (também chamada de absoluta ou decenal) é destinada ao “[...] empregado que, não tendo feito opção pelo regime do FGTS, contasse com dez anos ou mais de serviço na mesma empresa (CLT, art. 492).” Já a segunda (relativa ou especial) seria destinada aos “[...] trabalhadores em situações especiais, como os dirigentes sindicais, os representantes do Conselho Curador do FGTS, a empregada gestante, os empregados eleitos para a CIPA – Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, o empregado acidentado etc.” (LEITE, 2013b, p. 468).

Na presente pesquisa, conforme já anunciado, consideramos a situação do empregado dotado da garantia provisória no emprego, qual seja: aquele que se encontra, por um dado período temporal, em uma situação especial de proteção contra a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa. É o caso, por exemplo: do dirigente sindical (art. 8º, VIII, da CF), do empregado acidentado (art. 118 da Lei n. 8.213/91), da empregada gestante (art. 10, II, “b”, ADCT) e do empregado eleito de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (art. 482 da CLT). Em todas essas situações, a perpetuação do vínculo é uma particularidade presente, que deve despertar no juiz uma preocupação sobrelevada quanto aos efeitos decorrentes da sua decisão ou dos encaminhamentos por ele realizados em termos de incentivo à autocomposição.

A dispensa do empregado estável sem justo motivo “[...] é nula e comporta reintegração.” (BARROS, 2012, p. 770). Nos casos em que for desaconselhável, o juiz poderá converter a obrigação de reintegrar em indenização (CLT, art. 496). Em regra, recai sobre o juiz a decisão pelo cabimento da reintegração (uma forma de inclusão) ou da indenização (um mecanismo de compensação). Mas não seriam as partes as detentoras das melhores condições para decidir, de forma autônoma, o caminho mais indicado para o caso concreto? O questionamento nos remete à lição de Bussinguer (2013) sobre o papel do excluído enquanto sujeito ativo determinante na conquista ou construção da sua própria inclusão social.

Falar sobre inclusão social numa sociedade capitalista e, por isso mesmo, essencialmente excludente significa andar na contracorrente do mercado e da lógica do sistema. Significa humanizá-lo, trazendo para o centro das discussões valores intangíveis e não comercializáveis. Significa entender o homem como ser dotado de dignidade e, por isso mesmo, acima de qualquer preço. [...] Dessa maneira, pensamos que certas condições mínimas de exigência devem ser asseguradas à população e à sociedade de modo geral, a fim de que as particularidades e as escolhas dos indivíduos enquanto sujeitos possam ser tomadas autonomamente e não sejam o mero resultado de necessidades vitais a contingenciar seus atos volitivos. (BUSSINGUER, 2013, p. 26-27).

Como toda forma de inclusão social e humanização, a reintegração deve ocorrer espontaneamente, a partir da conjugação de vontades entre aquele que reintegra (o empregador) e aquele que é reintegrado com dignidade (o empregado). A ausência de autonomia nesse processo decisório

pode ser desastrosa para ambas as partes, caso sejam levadas a perpetuar um vínculo já estremecido, sem condições mínimas de diálogo e convivência. É prejudicial para o empregador, por ser forçado a manter provisoriamente nos seus quadros um trabalhador desmotivado, que não contribuirá com sua força de trabalho para o desenvolvimento da atividade econômica exercida pela empresa. É também prejudicial para o empregado, quando reintegrado sem a vontade do seu empregador. Reintegrações não precedidas de um trabalho de prevenção quanto ao surgimento de conflitos, que futuramente possam surgir, podem acarretar a prática de assédio moral, enquanto perdurar o vínculo de uma convivência indesejada.

Não pode o magistrado enfrentar um conflito envolvendo uma relação continuada sem considerar os desejos das partes e a condição de hipossuficiência do trabalhador no contexto da relação de emprego. Nesse sentido, é necessário que o juiz atue na prevenção das tensões que futuramente possam surgir.

Por ser essencialmente indicada para a condução de conflitos nos quais a continuidade do vínculo entre as partes não é posta em cogitação, a conciliação não se aplica às controvérsias decorrentes da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória do emprego. Conflitos dessa natureza demandam o exercício de funções típicas da mediação, a saber: a busca do empoderamento das partes, a exploração dos interesses em jogo, o reestabelecimento da comunicação, e o fortalecimento da relação que se pretende entender.

Conclusão Propositiva

Ao considerarmos que, geralmente, o que se busca na Justiça do Trabalho é o reconhecimento de direitos após a extinção da relação do emprego (ou seja, a maior parte dos conflitos trabalhistas judicializados envolve relações findas e de natureza circunstancial), conclui-se que, ao menos em regra, o emprego da conciliação pode ser adequado à solução da maior parcela das controvérsias manifestadas à Justiça do Trabalho.

Mas é necessário considerar que uma menor quantidade dos conflitos trabalhistas judicializados se enquadra em outra categoria de relação (de natureza continuada), qualificada pela conjugação de dois fatores característicos, a saber: a existência de um histórico de vinculação pretérita entre as partes, anterior à manifestação do conflito, e a perspectiva de manutenção do vínculo pró-futuro, após a superação da controvérsia. Nesses casos, além da pacificação do conflito manifesto, as partes devem desenvolver condições básicas para a preservação da convivência, prevenindo, assim, o surgimento de futuras disputas.

Relações dessa natureza não recomendam o emprego das técnicas de conciliação, pois são insuficientes para proporcionar a consagração de quatro objetivos importantes nesses casos: o fortalecimento do diálogo, a exploração aprofundada dos interesses em jogo, o restabelecimento do relacionamento entre as partes e o empoderamento destas.

É o caso dos conflitos envolvendo o dirigente sindical, a mulher gestante, o trabalhador acidentado, entre outros detentores da garantia provisória no emprego. Eles estão inseridos no âmbito

de relações continuadas. As ações judiciais propostas por esses sujeitos visam, basicamente, ao reconhecimento do direito à estabilidade e à consequente reintegração no emprego. Ou seja: o que se busca não é a ruptura, mas, sim, a retomada ou a continuidade da relação entre empregador e trabalhador.

Em casos como o dos trabalhadores detentores da garantia provisória no emprego, tensões pós-reintegração (como a prática de atos discriminatórios por parte do empregador, violadores de direitos da personalidade do empregado) tendem a surgir se não houver, por parte do julgador, uma preocupação com a geração de condições mínimas para que empregador e empregado possam voltar a conviver no período em que perdurar o cumprimento do período da estabilidade. O caráter continuado desse tipo de relação pressupõe o desenvolvimento de condições mínimas (de diálogo e relacionamento entre as partes), sem as quais empregado e empregador não conseguirão manter uma relação de interação profissional, saudável para o primeiro e produtiva para o segundo.

A natureza adversarial, posicional e heterônoma do processo judicial não favorece o desenvolvimento das referidas condições de continuidade do vínculo, motivo pelo qual as tensões pós-reintegração do trabalhador são tão frequentes. O mesmo pode ser dito em relação à conciliação, que por ser uma prática voltada para a condução de conflitos manifestados em relações circunstanciais, dificilmente dará conta dos desafios impostos pela necessidade de manutenção da convivência entre empregado e empregador. Disso, resulta concluir que a Justiça do Trabalho carece de instrumentos adequados ao processamento de conflitos em relações continuadas, a exemplo daqueles que decorrem da dispensa de trabalhadores dotados de garantia provisória do emprego.

A busca por alternativas tecnicamente aptas a proporcionar a superação dos desafios que cercam a temática em estudo nos leva a confirmar a hipótese de que a mediação judicial incidental seria a via mais adequada para a administração de conflitos decorrentes da dispensa, não apenas do trabalhador destinatário da garantia no emprego, mas também dos trabalhadores dispensados arbitrariamente por motivos discriminatórios (Lei n. 9.029/1995, arts. 1º e 4º, I).

A tese aqui defendida tem por fundamento a potencial contribuição que a mediação pode proporcionar para a consecução dos objetivos que, a rigor, não são objeto de preocupação do processo judicial ou da conciliação. Entendemos que a mediação incidental poderia ser praticada sempre que o juiz ou Tribunal identificasse a presença de um sinal indicativo da possibilidade de manutenção do vínculo entre as partes conflitantes, como ocorre nos casos de dispensa de trabalhadores destinatários da garantia no emprego. Feita a constatação, o magistrado suspenderia o feito, por tempo não superior ao exaurimento do período de estabilidade, para submeter ao crivo de um mediador judicial o encargo da facilitação do processo de resolução do conflito, que poderia resultar em um acordo que defina duas possíveis soluções: o reingresso do trabalhador ao posto de trabalho antes ocupado (quando ainda cabível, considerando que, à data da realização da mediação, a estabilidade provisória já pode ter se exaurido) ou a fixação de indenização decorrente da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Essa mediação seria, portanto, incidental, pois praticada no curso do processo (a qualquer tempo e grau de jurisdição), antes ou até mesmo após a decisão judicial que determina a reintegração do trabalhador ao emprego, cargo ou função por ele desempenhada na empresa. As sessões de mediação seriam presididas por um mediador judicial, registrado e capacitado pelo Tribunal.

As conclusões firmadas no presente estudo motivaram a elaboração e encaminhamento (ao Senado Federal) de uma proposição legislativa² sobre o tema, estruturada nos termos seguintes:

Art. 1º Nas reclamações trabalhistas que versem sobre reintegração de trabalhador detentor de garantia no emprego ou dispensado por motivos discriminatórios, o juiz poderá suspender o processo, a qualquer tempo, por prazo não superior ao esgotamento do período da estabilidade discutida em juízo, e submeter o conflito à mediação judicial incidental.

Art. 2º Obtido o acordo de mediação, o mediador lavrará o termo de mediação, que deverá ser assinado pelas partes e pelo mediador, e encaminhado, por este, à homologação do juiz da causa.

Art. 3º Não sendo alcançado o acordo de mediação, ou superado o prazo a que se refere o artigo 1º, sem que a mediação seja concluída, o mediador lavrará o termo de impasse, que será encaminhado ao juiz da causa, prosseguindo-se o andamento do processo judicial no estado em que se encontrava na ocasião da sua suspensão.

Art. 4º As sessões de mediação referidas no artigo 1º devem ser presididas por um mediador judicial.

Parágrafo único. Considera-se mediador o portador de registro próprio junto ao Tribunal, que tenha realizado, com aproveitamento, curso de capacitação promovido pela mesma instituição.

Art. 5º A escolha do mediador se dará por sorteio, do qual participarão todos os inscritos no rol de mediadores do Tribunal.

§ 1º As partes, por mútuo consentimento, poderão escolher outro mediador judicial.

§ 2º O mediador que se considerar impedido ou suspeito para atuar deverá solicitar ao juiz da causa a sua substituição, mediante a realização de um novo sorteio.

Art. 6º As sessões de mediação serão realizadas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos do Tribunal.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2013*. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2013.

² Proposição legislativa concebida como sugestão ao Anteprojeto de Lei de Arbitragem e Mediação, que tramita no Senado Federal, em Comissão de Juristas presidida pelo Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão. O encaminhamento ocorreu por intermédio do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em resposta ao ofício de n. 144/2013-CJRLAN do Senado Federal, por meio do qual se solicitou à presidência do TRT-17 a apresentação de sugestões à referida Comissão.

- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *JusBrasil*, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 nov. 2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/54de5978-1794-4632-bf9a-fb494ea5f306>>. Acesso em: 24 nov. 2013.
- BUSSINGUER, Marcela de Azevedo. *Política pública de inclusão social*. São Paulo: LTr, 2003.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de negociação: resolução alternativa de conflitos: adrs, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A conciliação e a função promocional do direito: uma leitura constitucional. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013.
- HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Conciliar é legal? Para quem? Análise do instituto da conciliação na justiça do trabalho. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013a.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013b.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- SALES, Lília Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais, n. 30, p. 13-43, 1990. Disponível em: <www.boaventura-desousasantos.pt>. Acesso em: 14 mar. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?* Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

Data da Submissão: 25 de fevereiro de 2014
Avaliado em: 18 de junho de 2015 (Avaliador A)
Avaliado em: 18 de junho de 2015 (Avaliador B)
Aceito em: 12 de outubro de 2015