

A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - REFORMA TRABALHISTA *(Publicada no Juris Síntese nº 129 - DEZ/JAN de 2018)*

Adriano Jannuzzi Moreira

Graduado em Direito pela UFMG, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Doutorando em Direito na Universidad Castilla-La Mancha (Espanha), Especialista em Gestión Integrada de Prevención del Medio Ambiente Laboral, pela Universitat Politècnica da Catalunya (UPC), Professor da Faculdade Arnaldo, Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Gestão de Prevenção de Acidentes de Trabalho (IBGPAT).

Nota: Inserido conforme originais remetidos pelo autor.

RESUMO: O presente trabalho visa a analisar os pontos legislativos existentes referentes às regras de mediação e arbitragem e como estes serão aplicados no direito do trabalho com o advento da Lei nº 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista, bem como as novas aplicações decorrentes do negociado x legislado e a homologação de acordo extrajudicial.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução das relações trabalhistas; 2 Resolução de conflitos trabalhistas; 2.1 Transação; 2.2 Mediação; 2.3 Arbitragem; 2.4 Negociado x legislado; 2.5 Homologação de acordo extrajudicial; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O grande desafio do momento atual para implantar as mudanças é entender as regras e os riscos, pois a nova lei trabalhista é contrária a tudo o que foi apregoado até agora.

Para o empregador, um ponto de atenção sobre o futuro é o preparo do departamento de RH, bem como de toda a equipe de apoio operacional, *back office*, contabilidade, gestores etc., preparando todos para a nova fase. As empresas precisarão analisar o perfil dos profissionais da área. A lei, que até agora era rígida, terá uma grande margem de manobra para ser aplicada. Com a valorização do negociado, toda a gestão terá de ser mais estratégica e apta a negociar, e deverá se comunicar de forma eficaz.

Outra questão que terá que ser analisada refere-se à parte material da Reforma, Lei nº 13.457/2017, que será aplicada apenas aos novos contratos; caso contrário, deverão ser feitas alterações nos atuais contratos em consonância com os direitos adquiridos, a fim de se evitarem alterações lesivas.

No cenário antes da reforma, a operação das relações trabalhistas restringia-se apenas a estar atento à legislação, e o escopo de trabalho

resumia-se em assegurar o cumprimento das normas. Com a flexibilização, os gestores e operadores terão que, além de avaliar quais as regras que irão promover maior produtividade para o modelo de negócio, gerenciar toda a documentação envolvida e verificar constantemente o impacto para diferentes perfis de colaboradores.

A gestão terá que ser mais analítica e proativa, já que, além de coordenar o dia a dia, passará a ter papel fundamental nos investimentos da empresa, pois passará a ter controle e responsabilidade por todos os contratos, não só dos empregados como também de terceirizados, intermitentes, temporários.

O cenário de mudanças passa por diversas fases, acompanhando a evolução da técnica e da tecnologia envolvidas no ambiente de produção, evoluindo concomitantemente aos meios e formas de labor.

1 EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Durante a história da humanidade, as relações trabalhistas passaram por diversas transformações que alteraram profundamente a forma como o ser humano interage com o trabalho.

A primeira grande transformação - a transição da coleta para o cultivo de alimentos - aconteceu 10 mil anos atrás e foi possível graças à domesticação dos animais. A revolução agrária, mais tarde, combinou o esforço dos animais ao das pessoas para promover a produção, o transporte e a comunicação.

A revolução agrária foi seguida por uma série de revoluções industriais, que tiveram início na segunda metade do século 18, com movimentos entre 1760 e 1840. Impulsionadas pela construção das rodovias e pela invenção das máquinas a vapor, inauguraram a produção mecanizada.

A segunda revolução industrial, que começou entre o fim do século 19 e o início do 20, tornou possível a produção em massa, graças aos adventos da eletricidade e da linha de produção.

A terceira remonta à década de 1960 e é geralmente chamada de revolução digital, por ter sido catalisada pelo desenvolvimento dos semicondutores, *mainframes* e computadores pessoais, assim como pela internet, aí já nos anos 1990.

Atualmente, vivemos a quarta revolução industrial, que tem como marco a virada do milênio e se baseia na revolução digital, trazendo desafios e oportunidades para as empresas e seus líderes.

Estamos observando simultaneamente ondas de avanços em diversas áreas, que vão do sequenciamento genético à nanotecnologia. É a fusão dessas tecnologias e a interação com as dimensões física, digital e biológica que tornam o fenômeno atual diferente de todos os anteriores. Tecnologias emergentes e inovação em ampla escala têm se difundido mais rapidamente e de maneira mais ampla do que em movimentos do passado.

Além disso, os ganhos de escala com a inovação são assombrosos e algumas tecnologias disruptivas parecem demandar muito pouco capital para prosperar. Negócios como o Instagram e o WhatsApp, por exemplo, não requerem um financiamento vultoso para iniciar suas operações, o que representa uma importante mudança no papel do capital.

Entretanto, algo que sempre caracterizou as relações humanas, bem como as relações de trabalho, é o conflito. O conflito é uma parte inevitável da vida. Mesmo a pessoa mais equilibrada, resiliente e com alto grau de inteligência emocional experimenta algum grau de turbulência interpessoal.

A inteligência emocional (“I.E.”) é definida como “a capacidade de identificar e gerenciar suas próprias emoções e as emoções dos outros”. Uma baixa I.E. geralmente leva a uma incapacidade de manter a calma, resultando em mais conflito, enquanto que uma alta I.E. leva a menos conflito e a capacidade de manter a calma sob pressão.

2 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

Para a melhor compreensão do tema, as formas de solução dos conflitos trabalhistas podem ser classificadas em autotutela, autocomposição e heterocomposição.

Na *autotutela*, uma das partes impõe a decisão à outra, sendo admitida apenas em casos excepcionais na sociedade civilizada, com destaque, nas relações coletivas de trabalho, à greve, atualmente assegurada como direito humano e fundamental, nos planos constitucional e internacional.

Na *heterocomposição*, por sua vez, um terceiro impõe a decisão às partes, como forma de solução do conflito, merecendo destaques a jurisdição e a arbitragem.

Na *autocomposição*, diversamente, as próprias partes chegam ao consenso, ainda que com o auxílio de um terceiro, aproximando-as do diálogo, podendo, em alguns casos, apresentar sugestões.

A *negociação coletiva*, a *conciliação* e a *mediação* são as principais formas de solução consensual dos conflitos.

Nesse contexto, a mediação e a conciliação são formas autocompositivas de resolução de litígios extrajudicial, enquanto que a arbitragem e a jurisdição são formas heterocompositivas.

Na autocomposição, as partes entram em consenso criando suas próprias normas em concessões mútuas ou com a ajuda de um terceiro, que tem a exclusiva função de auxílio e aconselhamento das partes.

Na heterocomposição, as partes podem eleger um árbitro com a finalidade de decidir e pôr término a um litígio extrajudicialmente - esta é a arbitragem. Ou as partes podem solucionar conflitos na forma judicial ou jurisdicional, com a provocação do Estado através do juiz togado.

2.1 Transação

Na transação, instituto do direito civil, são expostas as diferenças para a busca de soluções, tendo como pressuposto a igualdade das partes. Os interesses são negociados pelas partes diretamente, enquanto que, na mediação, um terceiro neutro conduz o processo ativamente na busca de solução que mais se ajusta aos anseios dos interlocutores.

Dentre as soluções para lidar com os diversos tipos de conflitos na transação, a negociação é tida como a mais apropriada até por ser da natureza humana, existindo, inclusive, registros da ocorrência desta em tempos remotos. Trata-se do processo pelo qual duas ou mais partes decidem o que cada uma entregará e receberá no âmbito de seu relacionamento; é uma situação em que se busca equilíbrio de interesses.

Para estruturar uma negociação bem-sucedida, é necessário ter em mente que é preciso mapear todo o processo, bem como se preparar para a situação. Se não houver interesse no ganho mútuo, não há de se falar em negociação. É necessário ter controle para que seja possível gerenciar as situações difíceis e ter em mente que cada passo deve ser tido como aprendizado.

Grandes negociadores sabem o momento de se abster de seguir em frente, dando tempo e espaço para que a outra parte absorva e processe os novos fatos e argumentos, como também preparar uma alternativa que seja benéfica para ambas as partes caso a negociação atual não seja concluída.

Outro ponto fundamental é a prática da empatia. Tal fator permite que os interlocutores sintam-se e demonstrem-se no lugar do outro, devendo ouvir mais do que falar, demonstrando real compreensão da outra parte. Esse fator, associado com o respeito com o outro, permite que as diferenças sejam deixadas de lado e a conclusão da negociação mais efetiva e satisfatória para ambas as partes.

No fechamento, o “sim” pode ser uma proposta criativa, clara e construtiva, que atenda aos seus interesses e leve em conta os deles, e que seja praticável e realista. O maior poder como negociador é o poder de mudar o jogo, de tal forma que ambas as partes se sintam ganhadoras!

2.2 Mediação

A mediação é “técnica de composição dos conflitos caracterizada pela participação de um terceiro, suprapartes, o mediador, cuja função é ouvir as partes e formular propostas” (Nascimento. 1999, p. 13), podendo ela ocorrer extrajudicialmente ou no curso de um processo judicial. Impera a vontade das partes, pois o mediador apenas auxilia, não podendo interferir na vontade dos participantes; estes ajustam suas vontades de forma a fazer um acordo para a benesse de ambos.

O mediador, portanto, não impõe a decisão, mas apenas dialoga, auxilia e aproxima as partes.

O serviço de mediação também pode ser caracterizado pela imparcialidade, voluntariedade, orientação técnico-jurídica, em que os interlocutores sociais poderão apresentar-se desprovidos de procuradores jurídicos.

Diferentemente do árbitro e do juiz, o mediador não tem poderes para decidir o impasse instaurado, uma vez que sua atividade limita-se a *recomendar, orientar e sugerir soluções* que poderão ser ou não aceitas pelas partes.

Assim, as partes comparecem perante um órgão ou uma pessoa, designados por elas ou instituído oficialmente, o qual propõe uma solução, que pode ou não ser por elas acolhida. Não é uma decisão. O mediador não substitui a vontade das partes.

A mediação tem três métodos, ou escolas, mais conhecidos de atuação: a chamada Escola Tradicional, o Modelo Transformativo e a Escola Circular-Narrativa.

O primeiro método serve como base para os demais, tendo um viés mais pragmático e focado na obtenção do acordo. O segundo foca no empoderamento e no reconhecimento das partes, afirmando que a mediação vai além de formar acordos, pois ela transforma a vida das pessoas. Já a terceira prega que o conflito deriva da narrativa, da forma como nos comunicados; assim, a atuação do mediador deve ser como redator que possa inserir algum texto de modo a permitir que as partes enxerguem o caso de um ângulo novo.

Rogério Neiva conclui:

[...] Assim, a diferença entre conciliação e mediação é dada pelo critério relacionado ao nível de atuação do terceiro neutro que atua para buscar a autocomposição. Fazendo propostas, estamos diante de conciliação. Se não faz propostas e somente procura estimular o diálogo, trata-se de mediação. (Neiva, 2015)

2.3 Arbitragem

A *arbitragem* é um meio alternativo de solução de conflitos por meio do qual as partes elegem um terceiro, que exercerá o poder decisório sobre as partes, que será irrevogável e não tem natureza jurisdicional, por ser externa ao Poder Judiciário. Prevista no texto constitucional, como forma alternativa de solução dos conflitos trabalhistas (art. 114, §§ 1º e 2º, da CF), foi efetivada no ordenamento jurídico pátrio com a Reforma Trabalhista.

Georgenor de Sousa Franco Filho aduz que:

Através da solução arbitral dos conflitos trabalhistas poderá se ter condições de encontrar almejada convivência pacífica entre os fatores de produção, a partir de que o capital e trabalho em comum acordo, atribua a um terceiro, privado, independente e isento, a busca dos remédios para sarar seus desentendimentos. *É forma válida para se obter a composição das divergências entre categorias econômica e profissional*, e aperfeiçoar a distribuição da riqueza. Não é mecanismo utópico. Ao contrário, com a sua

boa implementação e o conhecimento acurado de suas técnicas, poderá ser a fórmula que se busca para o perfeito entendimento entre os parceiros sociais. (Franco Filho, 1990)

Pode-se, ainda, nas palavras de Pinto (1998), conceituar arbitragem como “um processo de solução de conflitos jurídicos pelo qual o terceiro, estranho aos interesses das partes, tenta conciliar e, sucessivamente, decide a controvérsia”.

Outro conceito pertinente, esclarece Nascimento (1999), é que “a arbitragem é uma forma de composição extrajudicial dos conflitos, por alguns doutrinadores considerada um equivalente jurisdicional”.

Ao colocar a arbitragem como recurso legal para a solução de conflitos trabalhistas no art. 507-A da CLT, a Reforma impôs condições para esse uso. Pela nova lei, apenas trabalhadores que ganhem mais de R\$ 11 mil de salário e possuam ensino superior completo poderiam optar pela arbitragem. Presume-se que o indivíduo nessa situação seja hipersuficiente, estando em igualdade com o empregador para as devidas negociações.

Quando ocorrer essa decisão, as partes apenas se comprometem a cumprir o que foi decidido, pois esta não tem força executiva, devendo a parte que seja prejudicada pelo descumprimento submeter a questão ao Judiciário para a execução.

2.4 Negociado x legislado

No novo cenário criado pela Reforma, as formas alternativas de resolução de conflitos terão força excepcional e deverão ser profundamente estudados.

Os itens que serão tratados nas negociações coletivas passarão a prevalecer sobre o previsto na legislação dentro dos limites previstos no art. 611-A da CLT.

Por tratar de questões econômicas importantes, tanto para empregados quanto para empregadores, o diálogo será de fundamental importância e o sucesso das negociações estará intrinsecamente ligado às qualidades e habilidades dos negociadores, devendo ser empregadas todas as técnicas brevemente apontadas neste texto para que o acordo seja favorável para ambas as partes.

Contrario sensu da extinção da contribuição sindical obrigatória, essa previsão traz aos sindicatos força e responsabilidades que jamais tiveram.

1.5 Homologação de acordo extrajudicial

Também foi inserido por meio da alínea *f* do art. 634 a competência das Varas do Trabalho para homologarem os acordos extrajudiciais em matérias de competência da Justiça do Trabalho.

As partes agora têm condições e capacidades de negociarem as questões pertinentes à relação de emprego, bem como existe agora a figura do termo

de quitação anual, que terá eficácia liberatória das parcelas nele especificadas e constará nas negociações a serem tratadas entre as partes para a resolução de problemas decorrentes da relação.

O estudo e aprimoramento das técnicas mostra-se cada vez mais necessário para que os conflitos possam ser solucionados antes das etapas processuais.

CONCLUSÃO

Conforme apontado acima, o Brasil ainda carece de experiência na seara da mediação e da arbitragem para que estas passem a ser ferramentas efetivas no auxílio da Justiça e como instrumentos essenciais para a resolução de conflitos e desafogamento do Judiciário.

Entretanto, diversos passos e passos essenciais já foram dados e agora, inseridos no âmbito trabalhista, tais instrumentos passarão a fazer parte do cotidiano de empresas, empregados e advogados que deverão aperfeiçoar e praticar suas habilidades negociativas para a construção de um país que possa atender, de forma equilibrada, aos anseios e necessidades de todos os agentes envolvidos nas relações trabalhistas.

Com a Reforma Trabalhista inserindo as figuras do termo de quitação anual e da homologação de acordo extrajudicial (que poderão ser precedidos de uma mediação extrajudicial, sendo então validados entre empregador e empregado frente ao sindicato ou ao próprio Poder Judiciário, que tratará, então, de questões indisponíveis), as formas autocompositivas terão maior efetividade, bem como a conciliação extrajudicial por meio da utilização da mediação novas facetas e novas utilidades consoante a Resolução nº 125 da CNJ e o preceituado no novo CPC.

É necessária a prática e apuração dos resultados consequentes para que seja definida a efetividade das novas perspectivas negociais. Com os sindicatos empoderados da forma como ficaram, o cenário - que, para os mais céticos, traduz-se em abuso e descaso pelo poder econômico - passa a ter uma linha prateada que mostra que o equilíbrio ainda existe e poderá ser utilizado de forma persistente nas relações trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. Caixa de ferramentas em mediação: técnicas e procedimentos, operacionalização das intervenções e impactos esperados. Disponível em: <<http://mediare.com.br/artigos>. Acesso em 11/06/2011>.

BRASIL. Lei da Mediação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>

BUSH & FOLGER. The promise of mediation. The transformative approach to conflict. San Francisco: Josey-Bass, 2005.

CARBONE, Adriana. Terapia familiar sistêmica. Breve histórico. Origem e desenvolvimento.

- CASTANÓN, Gustavo Arja. Construcionismo social: uma crítica epistemológica. Disponível em: <http://www.sbponline.org.br/revista2/vol12n1/art07_t.pdf>.
- COBB, Sara. El modelo circular narrativo y los sistemas familiares. In: *Apostila do Programa Internacional de Mediação Familiar*, ministrado em 11, 12 e 13 de agosto de 2011, Argentina.
- _____. Empowerment and mediation: a narrative perspective. In: *Negotiation Journal*, v. 9, (3), 1993 245-259.
- _____. Espaços liminares nos processos de negociação. In: *Apostila do Programa Internacional de Mediação Familiar*, ministrado em 11, 12 e 13 de agosto de 2011, Argentina.
- _____. *Narrative "braiding": negotiating identity and transforming conflicts*. (no prelo).
- _____. Resolución de conflictos: una nueva perspectiva. In: *Acta Psiquiátrica Psicológica América Latina*, 1991, 37 (1) 31-36.
- COMISSÃO de Mediação e Arbitragem da OAB/MG. *Cartilha de mediação*. Belo Horizonte: OAB/MG, 2009.
- COSTA, Junia Teixeira da. Atendimento de multifamílias de dependentes químicos: um estudo das narrativas na visão sistêmica dos novos paradigmas. 2010. 108f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Belo Horizonte.
- DARTIGUES, A. *O que é a fenomenologia?* Trad. Maria José J. C. de Almeida. Rio de Janeiro: Livraria Eldorado, 1979.
- DIEZ F. Y Tapia G. *Herramientas para trabajar em mediación*. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. 5. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1992.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015 - Principais modificações*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GOMES, Pilar Minuera. *El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas*.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas: comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.
- MOORE, Christopher, W. *O processo de mediação*. Estratégias práticas para resolução de conflitos. 2. ed. São Paulo: Artes Médicas, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NEIVA, Rogério. *Direito e processo do trabalho aplicados à Administração Pública e Fazenda Pública*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

PEARCE, Barnett Pearce. Novos modelos e metáforas comunicacionais: a passagem da teoria à prática, do objetivismo do construcionismo social e da representação à reflexividade. Diálogo: W. Barnett Pearce, Enerst Von Glasersfeld, Sara Coob. In: SCHNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PORTULARIA. Volume VII, n. 1-2, p. 85-106, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

RAMOS, Augusto Cesar. Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2620>>. Acesso em: 22 out. 2009.

RISKIN, Leonard L. Understanding mediator's orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, Spring 1996.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções de arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SLUZKI, Carlos E. Atractores extrâneos y la transformación de las narrativas. In: *The handbook of constructive therapies*. San Francisco: Joe Bass, 1988.

SOFISTAS. *Testemunhos e fragmentos*. Trad. Ana. A. A. Souza e M. José V. Pinto. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005.

STEIN, Ermildo. A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica. In: *Mais, Caderno Especial de Domingo da Folha de São Paulo*, 24.03.02. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>>.

SUARES, Marinés. *Mediación*. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2008.

TOLEDO, Patrícia Therezinha de. *Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

TULA, Antônio Ricardo. Desarrollo del caso de Maria y Roberto. Dissertação apresentada na matéria Prática e teoria da prática no curso de Maestria em Psicoterapia sistêmica. Facultad de psicología. Universidad del Aconcagua, 2007.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

VIEIRA, Adriano J. H. Humberto. Maturana e o espaço relacional na construção do conhecimento. In: *Humanitates*, Universidade Católica de Brasília, v. I, n. 2, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.humanitates.ucb.br/2/maturana.htm>>.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. *A globalização e as relações de trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

YOSHIDA, Márcio. A arbitragem no âmbito do direito do trabalho. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.