



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS – UFT
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO –PROPESQ
CURSO DE MESTRADO PROFISSIONAL E INTERDISCIPLINAR EM
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS – MPIPJDH**

MURILO BRAZ VIEIRA

**MEDIAÇÃO: A SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS NA
COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA À LUZ DA AÇÃO COMUNICATIVA**

**Palmas
2015**

MURILO BRAZ VIEIRA

**MEDIAÇÃO: A SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS NA
COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA À LUZ DA AÇÃO COMUNICATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, da Universidade Federal do Tocantins inserido na linha de pesquisa “Instrumento da jurisdição, acesso à Justiça e Direitos Humanos” como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Issa Haonat

**Palmas
2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

V658m Vieira, Murilo Braz.

Mediação: a solução de conflitos trabalhistas individuais na comissão de conciliação prévia à luz da ação comunicativa. / Murilo Braz Vieira. – Palmas, TO, 2015.

92 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2015.

Orientadora : Angela Issa Haonat

1. Acesso à justiça. 2. Ação comunicativa. 3. Mediação. 4. Conflitos trabalhistas. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizada desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

MURILO BRAZ VIEIRA

**MEDIAÇÃO: A SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS
NA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA À LUZ DA AÇÃO
COMUNICATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins-UFT, defendida em 09 de dezembro de 2015.

Banca de Avaliação

Prof.ª Dr.ª Ângela Issa Haoná – PJDH/UFT
Orientadora e Presidente

Prof.ª Dr.ª Renata Rodrigues de Castro Rocha – PJDH/UFT
Avaliadora

Prof. Dr. Geraldo da Silva Gomes – UNITINS/MPE-TO
Membro Externo

Aprovado com média DEZ (10), Conceito A

Palmas (TO), 09 de dezembro de 2015.

DEDICATÓRIA

Dedico às pessoas de Espírito que contribuem
diariamente com a pacificação social...

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me apresentou este caminho na vida acadêmica e que me proporcionou esta vivência com saúde, disposição e sabedoria.

Agradeço à minha família, meu pai Alberto, minha mãe Zenaide e meus irmãos Marcelo, Vinícius e Rogério, que sempre me apoiaram e vibraram comigo a cada conquista. Agradeço por eles compreenderem que esta realização tem sacrificado o nosso convívio físico, mas o convívio espiritual nos mantém em total conexão.

Agradeço de forma carinhosa ao Leandro, meu companheiro que saboreou comigo o doce e o amargo desta caminhada, mas que sempre me motivou a alcançar meus projetos profissionais com muito amor, sempre em minha companhia.

De forma especial, eu agradeço à minha amiga e, com muito orgulho, Orientadora, Prof.^a Ângela Issa Haonat, que entre umas “canetadas” e outras, sempre me estimulou a produzir em minha vida acadêmica, além de compartilharmos momentos maravilhosos, nos compreendendo reciprocamente em todas as dificuldades que nos cercaram durante a execução deste trabalho.

Agradeço à minha sócia e irmã, Elisandra, que segurou “as pontas” neste período em que me dividi com o mestrado e a atuação profissional na advocacia, de forma que agora vou retribuir, assumindo uma posição mais presente, para deixá-la tranquila saboreando a delícia da maternidade e curtindo a tão esperada Bárbara.

Devo agradecer aos meus amigos de turma, que me proporcionaram momentos de alegrias, de reflexões e demonstraram tanto companheirismo nesta empreitada.

Agradeço ao Prof. Dr. Tarsis Barreto, Coordenador do programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, que contribuiu para amadurecer minhas percepções sobre ação comunicativa.

Em fim, agradeço à Escola Superior da Magistratura do Tocantins, e na pessoa do Des. Marco Antony Villas Boas, agradeço ao seu corpo docente. Ao corpo administrativo, agradeço a todos na pessoa da querida Marcela.

“A desvalorização do mundo humano aumenta em proporção direta com a valorização do mundo das coisas.”

Karl Marx

RESUMO

VIEIRA, Murilo Braz. Mediação: a solução de conflitos trabalhistas individuais na Comissão de Conciliação Prévia à luz da ação comunicativa. 2015. 93 f. Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos – MPIPJDH), Universidade Federal do Tocantins. Palmas -TO, 2015.

Esta Dissertação está inserida na linha “instrumentos de jurisdição, acesso à justiça e direitos humanos” do Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins – UFT, em parceria com a Escola de Magistratura do Estado do Tocantins – ESMAT. O objeto desta pesquisa é a mediação e tem como tema delimitado quanto à sua aplicação nos conflitos individuais trabalhistas por meio da atuação do Poder Judiciário via Comissões de Conciliação Prévia intersindicais para reduzir a prática do ajuizamento de ações, recursos e execuções trabalhistas. A pesquisa aborda a prática da mediação através do diálogo à luz da Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas como forma de democratização do acesso à justiça. A partir da previsão contida na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, analisa-se a viabilidade de uma reformulação das CCP's para que o Poder Judiciário trabalhista utilize estas entidades como núcleos permanentes de mediação pré-processual. O problema que se apresenta nesta investigação é sobre a forma como a Comissão de Conciliação Prévia pode ser um instrumento efetivo de acesso à justiça no âmbito do direito individual do trabalho, e uma possível solução para reduzir a quantidade de ações trabalhistas individuais no Poder Judiciário. O principal objetivo da pesquisa é caracterizar a mediação como um instrumento alternativo efetivo para a solução dos conflitos trabalhistas individuais evidenciando a necessidade de reformulações nas Comissões de Conciliação Prévia intersindicais para servirem aos cidadãos como um dos meios de acesso à justiça. A pesquisa foi desenvolvida por meio de levantamentos bibliográficos e com o referencial teórico com obras sobre mediação e acesso à justiça na teoria do direito; afirmação dos direitos fundamentais sociais, especialmente os direitos trabalhistas que foram analisados diante do contexto histórico a partir do século XVIII e nas constituições brasileiras; sobre as características dos conflitos trabalhistas individuais e o surgimento do Poder Judiciário Trabalhista, e encontra suporte nas obras de Jürgen Habermas que permitem construir uma interação racional entre o agir comunicativo e a experiência da mediação na solução dos conflitos de interesses. Ao final faz-se a proposta de procedimentos para efetivar a mediação na Comissão de Conciliação Prévia para a solução de conflitos individuais trabalhistas.

Palavras-chave: acesso à justiça; ação comunicativa; comissão prévia; conflitos trabalhistas; mediação.

ABSTRACT

VIEIRA, Murilo Braz. Mediation: solving individual labor disputes in the Prior Conciliation Committee in the light of communicative action. 2015. 93 f. Thesis (Professional Interdisciplinary Master's degree of Services in Adjudication and Human Rights – MPIPJDH) Federal University of Tocantins. Palmas – TO, 2015.

This thesis is embedded in the "instruments of jurisdiction, access to justice and human rights", of the Professional Interdisciplinary Master's degree of Services in Adjudication and Human Rights of Federal University of Tocantins – UFT, in a partnership with the Magistrates School of the State of Tocantins – ESMAT. The object of this research is the mediation and has as its delimited theme its application in individual labor conflicts through the acting of the judiciary via inter-union Prior Conciliation Committee to reduce the practice of filing actions, resources and labor executions. The research addresses the practice of mediation through dialogue in the light of Communicative Action Theory of Jürgen Habermas as a means of democratizing access to justice. From the provision contained in Resolution No. 125/2010 of the National Council of Justice, it is analyzed the viability of an overhaul of CCP's so that the labor Judiciary power uses these entities as permanent cores of pre-procedural mediation. The problem presented in this research is about how the Prior Conciliation Committee may be an effective means of access to justice under the individual labor law, and a possible solution to reduce the amount of individual labor disputes in the Judiciary. The main objective of the research is to characterize mediation as an effective alternative instrument for solving individual labor disputes highlighting the need to reformulate the inter-union Prior Conciliation Committees to serve citizens as a means of access to justice. The research was conducted through literature surveys and has the theoretical framework with works on mediation and access to justice in theory of law; affirmation of fundamental social rights, specially workers' rights that have been analyzed facing the historical context from the eighteenth century and in the Brazilian constitutions; on the characteristics of individual labor conflicts and the rise of the Labour Judiciary Power, and finds support in the work of Jürgen Habermas that allow you to build a rational interaction between communicative action and the experience of mediation in the settlement of conflicts of interests. At the end it is made the propositure of procedures to actualize the mediation in the Preliminary Conciliation Committee for the resolution of labor individual conflicts.

Keywords: access to justice; communicative action; previous commission; labor disputes; mediation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CCP	Comissão de Conciliação Prévia
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
Dec.	Decreto
ENAM	Escola Nacional de Mediação e Conciliação
ESMAT	Escola Superior da Magistratura
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
Res	Resolução
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFT	Universidade Federal do Tocantins

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O ACESSO À JUSTIÇA E A CONQUISTA DOS DIREITOS TRABALHISTAS.....	16
2.1	Direitos Fundamentais Sociais.....	20
2.1.1	Noção conceitual de direitos fundamentais e direitos humanos	21
2.2	A eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplicada ao Direito do Trabalho.....	30
3	DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NA ORDEM INTERNACIONAL E NACIONAL	33
3.1	A Organização Internacional do Trabalho – OIT.....	34
3.2	A constitucionalização da proteção ao trabalho	37
4	JUSTIÇA DO TRABALHO E O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS.....	44
4.1	A evolução institucional da Justiça do Trabalho no Brasil	44
4.2	O papel das Comissões de Conciliação Prévia Intersindicais na solução de conflitos individuais de trabalho	48
5	A AÇÃO COMUNICATIVA E A MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	51
5.1	O acesso à justiça sob a perspectiva do direito fundamental social ao trabalho.....	53
5.2	A ação comunicativa e sua contribuição na composição de conflitos	58
5.3	A mediação como uma técnica de solução de conflitos individuais trabalhistas.....	64
5.3	Propostas de investimento e de reformulação das Comissões de Conciliação Prévia através da parceria com o Poder Judiciário trabalhista	74
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
	REFERÊNCIAS.....	87

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa está inserida na linha “instrumentos de jurisdição, acesso à justiça e direitos humanos” do Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins – UFT em parceria com a Escola de Magistratura do Estado do Tocantins – ESMAT.

Apresenta-se como tema a mediação como proposta alternativa para solução de conflitos trabalhistas individuais por meio da atuação do Poder Judiciário via Comissões de Conciliação Prévia intersindicais para reduzir a prática do ajuizamento de ações, recursos e execuções trabalhistas.

A análise prática do procedimento da mediação será realizada através da interlocução teórica com os elementos da Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas.

É notório que a prática judiciária e a sociedade têm exigido uma efetividade da justiça mais célere. Diante de tal circunstância, a mediação e a conciliação são vistas como instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios e são capazes de reduzir a excessiva judicialização, bem como a quantidade de recursos e execuções de sentenças.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹ editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Esta Resolução visa instrumentalizar o direito de acesso do cidadão a uma ordem jurídica justa e célere através da adoção de uma política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses individuais de forma a implementar os mecanismos consensuais da mediação para a solução destes litígios.

Da mesma forma, a Resolução nº 125 do CNJ incentiva a implementação do programa com a participação de uma rede constituída pelo Poder Judiciário e por

¹ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é órgão integrante do Poder Judiciário previsto na Constituição Federal brasileira no artigo 103-B. Sua previsão se deu com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Segundo a Constituição, ao CNJ compete controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, inclusive em sede de Correição dos atos praticados pelos magistrados e dos serviços judiciários. Visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Estas competências são externadas através dos seus atos normativos, como Resoluções, Recomendações, Portarias e Instruções Normativas.

entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituição de ensino.

No entanto, antes mesmo da Resolução nº 125/10, o instituto denominado Comissão de Conciliação Prévia (CCP) foi introduzido no ordenamento jurídico trabalhista, através da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000 que introduziu o Título VI-A com os artigos 625-A ao 625-H na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A finalidade precípua destas comissões é justamente tentar conciliar o conflito individual do trabalho previamente ao ingresso de uma ação judicial trabalhista. Isto é, foi estabelecida esta previsão de solução alternativa ao conflito trabalhista envolvendo empregador e empregado.

Assim, é cabível questionar como problema central de que forma a Comissão de Conciliação Prévia pode ser um instrumento efetivo de acesso à justiça no âmbito do direito individual do trabalho, e uma possível solução para reduzir a quantidade de ações trabalhistas individuais no Poder Judiciário.

Na forma como a mediação está prevista na Resolução nº 125 do CNJ, as Comissões de Conciliação Prévia podem funcionar sob uma nova perspectiva do diálogo entre os atores envolvidos para que estes tenham a possibilidade de se expressarem e de construírem a solução do conflito instaurado. O estabelecimento de um consenso possibilita a maior efetividade das CCP's como núcleos de mediação a serviço do Poder Judiciário trabalhista.

Pretende-se com este método, que o mediador estimule as partes litigantes para que, através de um diálogo racional, possam compreender o conflito em que estão envolvidas e reconhecerem espontaneamente os direitos que estão reivindicando para, através do consenso livre, construírem a solução mais adequada e que as satisfaça.

Os direitos trabalhistas são reconhecidamente direitos fundamentais sociais dos indivíduos com o especial caráter alimentar e que lhes proporcionam o desenvolvimento econômico familiar. O conflito no direito individual trabalhista possui bases históricas a partir da relação no prisma social e econômico que demanda sempre negociações e mediações de ordem política e jurídica para soluções de problemas derivados e consequentes.

No âmbito do direito individual do trabalho, é importante que a discussão sobre a intenção legislativa de prever a criação das Comissões de Conciliação

Prévia pelas empresas e sindicatos seja revista sob uma nova perspectiva de solução de conflitos através do diálogo e, que assegure o acesso à justiça e cultive uma pacificação da relação social existente. Assim, é exigível uma reformulação do papel das Comissões, sob a ótica do incentivo ao discurso de mediação, como solução dos conflitos trabalhistas individuais nos moldes previstos pela Resolução nº 125/2010.

O tema tem como ponto de partida o pressuposto de que o sistema de regramento jurídico-positivista atual é alvo constante de críticas por ser moroso, ineficiente e não ser pacificador das relações sociais. A pesquisa se justifica pela crescente preocupação do Poder Judiciário em criar instrumentos para evitar o ajuizamento de demandas judiciais e instituir métodos alternativos para a solução de conflitos.

O estudo focaliza as possibilidades para a solução alternativa de conflitos pela mediação, que é um instrumento de acesso à justiça e, para alcançar a efetividade de direitos fundamentais, em especial do trabalhador, deve ser utilizado pelo Poder Judiciário estimulando a capacidade da ação comunicativa existente nos indivíduos envolvidos.

A leitura de alguns ensaios sobre a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas estimulou o desenvolvimento desta investigação, pois permitiu a refletir sobre a necessidade de reaproximar a razão comunicativa do conteúdo valorativo das normas para que as pessoas sejam orientadas para promover o discurso para o entendimento.

A partir da leitura sobre a ação comunicativa de Habermas, percebe-se a importância da promoção de uma reestruturação das Comissões de Conciliação Prévia para solucionar demandas trabalhistas pela mediação e a possível reformulação destas para contribuir com a redução da quantidade de ajuizamento de ações para a discussão de direitos fundamentais sociais.

A influência do agir comunicativo pode proporcionar a solução alternativa dos conflitos trabalhistas individuais nas Comissões de Conciliação Prévia através da técnica da mediação com o diálogo. Assim, a pesquisa se desdobra na busca da justiça diante de um contexto pós-moderno que de certa forma defende uma reaproximação do direito com a filosofia e a sociologia, como é o caso do contato com a teoria do agir comunicativo de Habermas.

Também, o presente estudo advém da experiência direta em conflitos trabalhistas individuais ao envolverem direitos fundamentais do trabalhador. Ou seja, é importante estabelecer uma solução de forma a não destruir a relação social que foi estabelecida entre empregador e empregado, porque antes de tudo é algo que se processa entre pessoas e, que futuramente poderão construir outros tipos de vínculos sociais.

É possível, assim, estabelecer uma busca efetiva de soluções alternativas de conflitos como instrumentos de pacificação social e de acesso à justiça e aos direitos humanos.

O principal objetivo da pesquisa é caracterizar a mediação como um instrumento alternativo efetivo para a solução dos conflitos trabalhistas individuais evidenciando a necessidade de reformulações nas Comissões de Conciliação Prévia intersindicais para servirem aos cidadãos como um dos meios de acesso à justiça, e desta forma auxiliar o Poder Judiciário na prestação jurisdicional.

Como objetivos específicos, têm-se:

1. Compreender, pelo contexto histórico, os pilares para a conquista dos direitos fundamentais sociais inerentes à dignidade humana do trabalhador;
2. Analisar o avanço na proteção ao trabalhador nos âmbitos brasileiro e internacional a partir da constitucionalização do direito do trabalho e discutir a efetividade dos direitos fundamentais sociais e sua eficácia horizontal no direito do trabalho;
3. Refletir sobre a evolução do Poder Judiciário do Trabalho e o contexto da criação e instalação das Comissões de Conciliação Prévia para a solução de demandas trabalhistas individuais;
4. Conceituar a mediação e contextualizar o seu surgimento para apresentar suas características e a partir de então estabelecer os pontos distintos entre mediação e conciliação como formas alternativas de solução de conflitos;
5. Propor a aplicação de elementos da teoria da ação comunicativa habermesiana numa nova perspectiva para a prática da mediação de conflitos trabalhistas através de uma reformulação nas Comissões de Conciliação Prévia e o momento necessário de ocorrência da mediação.
6. Propor ações para conversão das Comissões de Conciliação Prévia Intersindicais em núcleos de mediação prévia através da parceria com o Poder

Judiciário trabalhista.

Para realizar a pesquisa e atingir os objetivos propostos, os seguintes procedimentos e etapas foram realizados:

Realização de levantamento bibliográfico e documental com especial ênfase em: Leis, Resoluções, doutrinas John Rawls, Alf Ross; nas áreas do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho de autores como Amauri Mascaro Nascimento, Arnaldo Sussekind, Mauricio Godinho Delgado, Rodolfo Pamplona Filho; bem como doutrinas do Direito Constitucional e de Direitos Fundamentais como Ingo Wolfgang Sarlet, André Ramos Tavares, e sobre mediação e acesso à Justiça a partir de Mauro Cappelletti e do Manual de Mediação Judicial organizado por André Gomma de Azevedo. Realizou-se ainda a leitura das obras: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*; *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*; *Consciência moral e agir comunicativo*; *Técnica e ciência como “ideologia”*, todas de Jürgen Habermas.

Os materiais foram trabalhados tanto em fontes impressas físicas e digitais, por meio da *internet*.

A existência da premissa de que o diálogo praticado na mediação pode servir como o caminho para uma solução adequada de um conflito trabalhista, exigiu uma abordagem dedutiva para analisar os escritos de Jürgen Habermas sobre a teoria da ação comunicativa na construção do consenso pelas próprias partes envolvidas em um conflito.

Diante de uma abordagem histórica, realizou-se um levantamento sobre as bases da evolução dos direitos fundamentais sociais do trabalhador a partir do Século XVIII, nas ordens internacional e brasileira como forma para apresentar a construção e a consolidação do Poder Judiciário trabalhista no Brasil.

Em razão do caráter propositivo do programa de Mestrado Profissional, os levantamentos e as análises do referencial teórico permitirão apresentar uma proposta ao Poder Judiciário trabalhista para utilizar as Comissões de Conciliação Prévia em núcleos de mediação prévia de conflitos trabalhistas individuais.

Assim, o trabalho está subdividido em capítulos, de forma sistematizada e que permitem explorar a temática e, a partir dos conhecimentos apreendidos, se chegar à conclusão propositiva esperada.

No primeiro capítulo trabalhou-se o acesso à justiça com enfoque no conceito de Justiça e na ideia de igualdade e abordaram-se os direitos fundamentais

sociais e seu posicionamento dimensional.

No segundo capítulo, dedicou-se a apresentar a evolução da proteção do trabalhador a partir do século XVIII, o que permitiu expor a afirmação destes direitos fundamentais trabalhistas nos cenários brasileiro e internacional, a partir da sua constitucionalização, destacando a preocupação com a preservação da dignidade humana do trabalhador no debate sobre a prestação jurisdicional. Ainda, explorou-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais trabalhistas e a atuação do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, realizou-se uma análise da evolução do Poder Judiciário trabalhista brasileiro, com destaque em sua transformação conforme a crescente complexidade dos conflitos trabalhistas, o que exigiu a sua integração ao aparelhamento do judiciário. Analisou-se ainda como o surgimento e a instalação das Comissões de Conciliação Prévia contribuíram para a solução alternativa de conflitos trabalhistas individuais. O surgimento da mediação, sua definição e as características que a distingue da conciliação também foram abordados neste capítulo.

Na última parte apresentou-se a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas aplicada diante da racionalidade humana como forma de transformação da sociedade no que se refere à solução de conflitos. Avaliaram-se também o acesso à justiça e a proposta de reformulação da Comissão de Conciliação Prévia para ser utilizada pelo Poder Judiciário, com base na adoção da técnica do diálogo para a promoção da mediação como solução de conflitos.

A conclusão apresentou os resultados respondendo à problematização proposta sobre como a mediação pode ser efetiva nas Comissões de Conciliação Prévia e solucionar os conflitos trabalhistas individuais, assegurar o acesso à Justiça mais célere e adequada sob os princípios da ação comunicativa racional dos atores envolvidos, bem como formulou-se uma proposta de ação do Poder Judiciário trabalhista para alcançar a efetividade da mediação prévia através destas Comissões.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E A CONQUISTA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

A evolução histórica do Direito a partir das teorias filosóficas de Platão e Aristóteles provoca nos pesquisadores e estudiosos a reflexão sobre a efetividade da Justiça em razão dos valores que conquistaram uma tutela especial no ordenamento jurídico. Considera-se que a Justiça é um vetor fundamental do Direito.

Na Antiguidade Clássica, Platão construiu sua teoria sob a ideia de que a Justiça seria a virtude que atribui a cada um a sua parte, sendo que o senso de Justiça partiria da prática racional de cada indivíduo tendo como finalidade a construção de um bem comum (República). Este filósofo afirma que a realização da Justiça exige uma atuação moral do indivíduo, e com base nesta afirmação, Paulo Nader afirma que: “A semente do justo se acha presente na consciência dos homens.” (2005, p.124).

Aristóteles também possui vasta contribuição sobre a Justiça. Mas na obra *Ética a Nicômaco* (1992) se encontra uma definição de Justiça bem abrangente, na qual aponta a Justiça geral e a Justiça particular, de onde sobressai a realização desta virtude.

Afirmou Aristóteles:

[...] Com efeito, a justiça é forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesmas como também em relação ao próximo. (1992, p. 93).

Aristóteles enxerga a Justiça vinculada às ações individuais praticadas nas relações sociais. Sejam as ações individuais praticadas pela moral que há internamente em si, ou seja para aplicar as ações justas em cada caso. Neste cenário, na Justiça particular ainda se encontra na definição aristotélica a Justiça distributiva e a Justiça comutativa.

Nader (2005, p. 131) explica cada uma delas e afirma que a Justiça distributiva “[...] apresenta o Estado como agente, a quem compete a repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade.” Esta distribuição atende a uma “igualdade proporcional” de acordo com os diferentes graus de necessidade.

A Justiça comutativa é apresentada como “[...] a forma de justiça que preside às relações de troca entre os particulares.” (NADER, 2005, p. 131). Aqui a

“igualdade quantitativa” impera na distribuição dos bens de forma aritmética para que um receba exatamente o mesmo quinhão que o outro.

As diversas teorias sobre a Justiça provocam reflexões sobre a sua realização através do Direito. Para a doutrina, a Justiça é eixo essencial do Direito e cada vez mais as pessoas no meio social buscam experimentar a concretização do justo quando estão envolvidas em conflitos sobre violação de um direito.

Ao refletir sobre essa sensação de alcançar a igualdade, o Direito se faz presente com suas várias formas insculpidas em normas e princípios que permitem a distribuição justa dos elementos sociais para solucionar os conflitos. É o sentido de justiça que vai atribuir legitimidade às normas.

Paulo Nader afirmou que “a ideia de Justiça faz parte da essência do Direito. Para que a ordem jurídica seja legítima, é indispensável que seja a expressão da Justiça.” (2005, p. 125). Corroborando com esse entendimento, Siqueira Jr. afirma que “a Justiça é o fundamento, é o alicerce do sistema jurídico, e ao mesmo tempo a finalidade do sistema jurídico é alcançar a Justiça.” (2011, p. 354).

Nesse sentido, a Justiça deve ser incorporada nas normas jurídicas para garantir a estabilidade das relações sociais sempre visando alcançar a finalidade justa da norma e assegurar a sua validade de forma permanente. Os indivíduos traçam a estratégia para alcançarem a Justiça utilizando-se do Poder Judiciário que atua em seu indiscutível papel de aplicador do Direito para concretizar a finalidade das normas jurídicas e garantir o respeito ao princípio da igualdade perante a lei.

Nader (2005) apresenta uma classificação da justiça onde reflete a forma como esta pode ser concretizada diante do ordenamento jurídico e suas normas. Existem a Justiça Convencional e Justiça Substancial. A primeira decorre da pura e direta aplicação das normas jurídicas ao caso concreto e desta forma, não se cuida a avaliar se a lei é efetivamente boa, mas somente que a lei se destine ao caso em que está sendo aplicado. Para o autor, esta é pura conotação de justiça admitida pelos positivistas.

A Justiça Substancial encontra fundamento nos princípios do Direito Natural, não se contentando somente com a aplicação da lei, mas promovendo, sobretudo valores morais. Esta justiça pode ou não estar consagrada em lei, mas permite a investigação valorativa do Direito.

É diante deste cenário que se verifica a necessária evolução do pensamento

jurídico. Quando se está em uma pura dogmática positivista², inegável que existirá uma segurança de acordo com o que está previsto nas normas, no entanto se corre o risco de um distanciamento dos valores sociais que permitam a concretização de uma justiça substancial.

O Direito contemporâneo tem sido a ferramenta para a concretização da Justiça em seu sentido substancial, atribuindo aos valores e à moral uma posição de prioridade em face aos diversos conteúdos normativos. Um fator que predomina para esta nova reflexão no Direito é o fortalecimento do pós-positivismo que busca aperfeiçoar a forma de alcançar a justiça através da aplicação das normas jurídicas.

Em linhas gerais, extrai-se da lição de Luís Roberto Barroso que a fundamentação do pós-positivismo é a superação da ideia de que o Direito se faz apenas com as normas postas e impostas pelo Estado e, conseqüentemente, prevê que as normas objetivamente elaboradas possam ser sopesadas pelos valores e princípios, empreendendo uma leitura moral do direito, inspirada por uma teoria da justiça. (2007, p. 133).

Reconhece-se assim a ideia de que a Justiça presente nas normas jurídicas que são as regras de conduta no meio social tornam estas normas legítimas. A Justiça, desta forma, estará transitando no aspecto concreto da norma positivista e não poderá se afastar das dimensões valorativas e finalísticas destas normas.

A Justiça se encontra neste eixo de realização de um sistema jurídico composto de regras de conduta, fatos e valores sociais que atribuem a legitimidade para solucionar os conflitos sociais. Ela está ligada à exigência de igualdade entre todos, mas a norma poderá atribuir um tratamento diferente para aqueles que possuem circunstâncias distintas.

Extrai-se nas palavras de Alf Ross que um dos requisitos da Justiça é “haver distinções de maneira tal que as vantagens e as cargas, os direitos e os deveres, sejam distribuídos levando-se em conta as circunstâncias condicionantes.” (2000, p.

² Há várias formas distintas para conceituar o Positivismo e que se encontram nas leituras de Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Herbert Hart, Ronald Dworkin, José Afonso da Silva, e tantos outros. O sentido utilizado para o Positivismo nesta parte se insere no conceito do Positivismo jurídico de Kelsen, onde a norma está posta pelo Estado como um produto para regular a vida humana e não está condicionada a valores sobre a justiça ou aspectos políticos, sociais e culturais do Direito. Contudo, surgem novos sentidos no final do século XX que preveem uma abertura para a aplicação do direito para além da legalidade estrita, empreendendo uma leitura moral das normas, promovendo uma reaproximação do Direito e da filosofia, sendo reconhecido como pós-Positivismo. (SIQUEIRA JR., 2011, p. 201).

315).

Vê-se que quando a filosofia do direito busca um conceito de justiça, o conteúdo da igualdade e de concretização do conteúdo normativo das regras são empregados como elementos para caracterizar a sociedade como um sistema cooperativo.

Para John Rawls, a compreensão de igualdade deve ser analisada do ponto de vista de cidadãos iguais exigindo que a própria sociedade política seja concebida como um sistema equitativo de cooperação social para que a justiça seja equitativa. Explica o autor:

Tudo isso nos permite dizer que numa sociedade bem ordenada pelos princípios da justiça como equidade, os cidadãos são iguais no mais alto grau e nos aspectos mais fundamentais. A igualdade está presente no mais alto grau no fato de que os cidadãos se reconhecem e se vêem uns aos outros como iguais. (2003, p.186).

Desta forma, compreende-se que a justiça se realiza baseada em uma ideia de reciprocidade existente entre os cidadãos que se relacionam como iguais e dependerá da concepção política de justiça concebida pela sociedade bem ordenada na qual os cidadãos livres e iguais são visualizados em um sistema equitativo de cooperação.

De maneira crítica a Rawls, o filósofo Habermas construiu o seu modelo de justiça através da teoria discursiva que fundamenta a aplicação prática do direito centrada em procedimentos ético-morais. Desta forma tem-se que a justiça se extrai de contextos concretos, a partir da fundamentação das normas e que garante a imparcialidade nos interesses dos atores envolvidos em uma relação.

Habermas afirma que diante de um critério de racionalidade, a teoria construtiva do direito vigente deve ser reinterpretada seguindo o modelo procedimentalista de forma a “transpor as exigências idealizadoras, que acompanham a formação da teoria, para o conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários do discurso jurídico.” (HABERMAS, 2010, p. 297).

Assim que se tem a igualdade, a equidade e a reciprocidade como conteúdos idealizadores da efetividade da justiça.

Ferraz Júnior (2003, p. 356) apresenta a bondade equitativa como um princípio máximo da justiça. Afirma o autor que “o princípio da igualdade imprime à justiça um caráter de racionalidade que preside permanentemente e constantemente

o sentido do jogo sem fim do direito. O direito é um jogo de igualdades e desigualdades.”.

A igualdade contida na Justiça é tida como um elemento que se opõe à arbitrariedade e exige a correta aplicação de uma regra geral. Se uma regra geral é aplicada a todos que pertencem a uma mesma classe de forma correta, estar-se-á diante do ordenamento jurídico justo e legítimo.

A igualdade entre as pessoas é identificada quando se verifica que todas têm pelo menos em um grau mínimo essencial as faculdades morais necessárias para se envolver na cooperação social como cidadãos iguais. Esta igualdade é vista como o princípio da justiça. Assim, John Rawls apresenta os princípios que compõem o sistema de cooperação e aloca a igualdade como fundamento de realização da justiça. Expõe este autor:

- (a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença), (RAWLS, 2003, p. 60).

A ideia de igualdade ganha força no sistema jurídico quando se verifica as crescentes lutas contra o poder arbitrário e pela conquista dos direitos sociais de igualdade. Depara-se com o ápice destas lutas na Revolução Francesa no século XVIII onde se encampou o movimento pela liberdade, igualdade e fraternidade.

O princípio da igualdade orienta que todas as pessoas devem receber o tratamento equânime na medida em que vivem em sociedade e são dotadas da mesma dignidade humana e atribui ao Estado o papel de interventor para assegurar os programas sociais que garantam esta igualdade, sem qualquer discriminação, compondo o elemento dos Direitos Fundamentais sociais que asseguram as condições para que todos sejam tratados sem discriminação e que tenha acesso às prestações estatais como forma de concretização da Justiça.

2.1 Direitos Fundamentais Sociais

A expressão “direitos fundamentais” revela os direitos naturais de liberdade,

igualdade, propriedade e que decorrem da própria natureza humana. Os direitos fundamentais decorrem da inspiração jusnaturalista³ e consagraram a ideia de que os homens são iguais e livres por natureza e que vivendo em sociedade não poderão dispor destes direitos naturais. É importante expor alguma problematização sobre os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos para compreender a sua construção histórica e identificar a sua aplicabilidade.

2.1.1 Noção conceitual de direitos fundamentais e direitos humanos

É possível afirmar as variações conceituais entre direitos fundamentais e direitos humanos. A princípio se demonstram como simples questão de terminologia uma vez que o que importa é a essência que compõe o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos.

Os direitos fundamentais são de certa forma direitos humanos a partir de uma análise sobre a sua titularidade como sendo o ser humano, mesmo que esteja sendo representado por um ente coletivo. Adotar uma ou outra terminologia não significa que um conceito é mais abrangente ou equivalente, mais correto ou mais adequado, ou se são substancialmente diferentes.

Sarlet, no entanto, apresenta uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos a partir do elemento espacial. Explica o autor:

[...] “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (2003, p. 33-34).

A exploração da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos encontra suporte na característica histórica, isto porque os direitos humanos

³ Em breve explicação, o jusnaturalismo (direito natural) é visto modernamente como fundamento ao direito positivo. Segundo o entendimento de Siqueira Jr., “o direito natural é o conjunto mínimo de preceitos dotados de caráter universal, imutável, que surge da natureza humana e que se configura como um dos princípios de legitimidade do direito. Os direitos naturais são inerentes aos indivíduos, devem estar em qualquer sociedade e precedem a formação do Estado e do direito positivo.” (2011, p. 42).

possuem um fundamento de validade anterior ao Estado uma vez que são enquadrados como direitos naturais de qualquer ser humano e integrando uma espécie de moral jurídica universal, conforme afirmou Otfried Höffe citado por Sarlet (2003, p.35).

A própria ideia de que os direitos humanos decorreram da existência moral jurídica universal contribui para a distinção de que os direitos humanos são pré-estatais e possuem um alcance universal para todo ser humano. Já os direitos fundamentais que também têm como titular o ser humano e inspirados no direito natural foram positivados em um sistema jurídico constitucional interno.

Estabelecida esta distinção, importante destacar que os direitos fundamentais foram afirmados internamente em várias delimitações. Ao traçar de forma objetiva esta distinção, busca-se identificar os Direitos Fundamentais Sociais como uma categoria especial diante da amplitude dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão previstos no ordenamento constitucional brasileiro vigente consistindo em um fundamento de constituição de uma sociedade livre e justa voltada para a dignidade da pessoa humana e garantindo a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Os direitos sociais também restaram assegurados e receberam o *status* de Direitos Fundamentais de forma que o Estado passou a exercer uma prestação positiva para concretizar o fundamento da igualdade entre os indivíduos reivindicada entre as classes menos favorecidas (SARLET, 2003, p.53).

Faz-se necessário contextualizar os Direitos Fundamentais Sociais apresentando uma breve exposição sobre a evolução histórica destes direitos considerando as suas dimensões de proteção das liberdades humanas e reconhecendo a limitação do poder e a proteção da dignidade da pessoa humana como objetivos precípuos destes direitos.

Sobre as terminologias “geração” ou “dimensão” dos direitos fundamentais, a utilização da expressão “geração” é criticada por parte da doutrina brasileira por abranger uma compreensão de substituição de uma geração de direitos por outra nova geração. A expressão “dimensão” se demonstra mais adequada porque expõe a conquista e o reconhecimento amplo de direitos conforme a necessidade complementar dos direitos fundamentais. Por todos, Tavares:

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão.” (2013, p.350).

Assim, há uma preferência pela adoção da expressão “dimensão” dos direitos fundamentais reconhecendo que na evolução histórica não houve substituição de direitos, mas sim a complementação destes direitos através da ampliação com os reconhecimentos sucessivos.

Os direitos fundamentais se inserem historicamente em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, embora sejam encontrados na doutrina apontamentos da quarta e até quinta dimensão.

A primeira dimensão de direitos fundamentais possui característica da atuação negativa do Estado na liberdade do indivíduo considerando o movimento do Estado Liberal do século XVIII⁴, englobando os direitos políticos e individuais. Estes direitos são reconhecidos tendo como fundamento o princípio da liberdade. É caracterizada pela oposição do indivíduo aos desmandos arbitrários do Poder na luta pela inviolabilidade dos direitos de liberdade, propriedade, reunião, domicílio.

Para elucidar, cita-se a explicação de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (2012, p. 172).

A crescente inspiração do Estado absentéista acabou por gerar outros problemas de ordem social. O afastamento da influência do Estado na vida do indivíduo associado ao crescimento demográfico provocou o surgimento de reivindicações por parte da sociedade visando à concretização de um Estado de

⁴ Ingo W. Sarlet explica que “os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas no final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.” (2003, p. 51).

bem estar social.

Este cenário propiciou no século XIX um grande avanço no processo de industrialização com o acréscimo da exploração da mão de obra, mas sem valorização aos aspectos sociais, o que gerou amplos movimentos reivindicatórios por parte da classe trabalhadora e da burguesia.

Posteriormente foram reconhecidos os direitos sociais com de segunda dimensão de forma que o Estado passaria a prever um conjunto de ações e programas para consolidar os anseios de toda coletividade fundada na igualdade entre os indivíduos. Há uma necessária intervenção das ações do Poder estatal a título de prestação positiva para garantir os direitos que consolidam a Justiça social. Para Mendes e Branco:

Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pleora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. (2012, p. 173).

Essa gama de direitos sociais compõe os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, pois foram reconhecidos de forma sucessiva e complementar à liberdade individual na busca para estabelecer a igualdade entre os indivíduos.

O princípio da igualdade fundamenta os direitos fundamentais de segunda dimensão, pois foi reconhecido como a forma de o Estado promover ações sociais e garantir a máxima isonomia entre os indivíduos como corolário da prática da Justiça social reivindicada. (SARLET, 2003, p. 52).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são, portanto, reconhecidamente os direitos sociais à assistência social, ao trabalho, à moradia, à saúde, à educação, à previdência, ao lazer etc.

Avançando na esfera da tutela fundamental dos direitos do homem, na evolução histórica dos direitos encontram-se os direitos fundamentais de terceira dimensão reconhecendo a proteção dos interesses de caráter coletivo, como o meio ambiente, o direito do consumidor, a paz, considerando o homem em relacionamento com a coletividade. Mendes e Branco elucidam que os direitos de terceira dimensão “peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade,

de grupos.” (2012, p. 173).

A previsão de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais encontra respaldo doutrinário de Paulo Bonavides (2006) ao afirmar que nesta dimensão estão inseridos os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, reconhecendo a ideia de uma globalização política.

Tavares defende que parece mais acertado ao falar da quarta dimensão dos direitos fundamentais que é “uma diferenciação de tutela quanto a certos grupos sociais, como por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afro-descendentes etc..” (2013, p. 355).

Este autor conclui que a aplicação do princípio da igualdade na quarta dimensão dos direitos fundamentais de forma mais qualificada para estes grupos sociais específicos confere legitimidade às ações afirmativas.

Desta forma, a quarta dimensão dos direitos fundamentais não encontra um conteúdo claramente definido nestas doutrinas, mas pode-se concluir preliminarmente que são interesses decorrentes de novas tecnologias, de novas concepções sociais e políticas e de novas garantias de participação do indivíduo no Estado diante do cenário da globalização.

Diante desta breve exposição sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, é possível constatar que vários valores e direitos ainda estão sendo reconhecidos e poderão receber o *status* de norma fundamental, ainda que os atuais direitos fundamentais já reconhecidos encontram obstáculos para a sua concretização.

Este levantamento sobre a evolução dos direitos fundamentais e suas dimensões possui relevância desta pesquisa para, a partir de então, destacar os contornos dos Direitos Fundamentais Sociais que estão inseridos na segunda dimensão e que possuem como conteúdo os direitos trabalhistas que são reconhecidamente direitos inerentes à humanidade.

Cita-se a definição de José Afonso da Silva:

[...] os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (2010, p.286).

As Constituições do século XX passaram a dar uma dimensão jurídica

especial aos direitos sociais ao disciplinar as situações individuais ou coletivas visando à tutela dos mais fracos para proporcionar maiores condições de efetivamente exercer a liberdade.

Na segunda dimensão foram reconhecidos os direitos fundamentais aos trabalhadores como salário mínimo, férias, descanso, limitação de jornada de trabalho, etc. de forma que tais direitos passaram a integrar o texto constitucional de vários países. Como exemplo, a Constituição brasileira vigente traz expressamente no título dos Direitos e Garantias Fundamentais os direitos sociais em seu artigo 6^o, incluído ali o trabalho como forma de atender ao princípio do Estado social.

A par de estarem expressamente previstos no texto constitucional, é possível extrair a ideia de que os direitos sociais são direitos fundamentais que exigem do Estado uma prestação positiva para promover a segurança e reduzir as desigualdades. Mas também são sociais fundamentais porque exigem uma tutela específica a alguns grupos da sociedade que por sua maior vulnerabilidade em face ao poder do estado e ao poder econômico carecem de ser reconhecidos como corolário da dignidade da pessoa humana.

Sarlet expõe sobre os direitos sociais fundamentais:

[...] o qualitativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de igualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo para uma vida digna (...) são também sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou menos dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores [...].(2009, p. 220).

Ainda, com a contribuição de Pansieri:

[...] pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais Sociais a prestações diversamente dos Direitos de Defesa, buscam a possibilidade de uma

⁵ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

igualdade material, que possibilitará uma liberdade paritária que somente será possível por intermédio de medidas que possibilitem a igualdade de oportunidades, oportunidades estas expressas na realização dos Direitos Sociais. (2012, p. 64).

Desta forma, os direitos sociais são fundamentais tanto em razão do seu aspecto formal pela previsão do texto constitucional no elenco dos Direitos e Garantias Fundamentais como também material ao ser justificado pela proteção fundamental à redução das desigualdades através da promoção de oportunidades para que os grupos mais vulneráveis se oponham ao Poder Estatal, Social e Econômico.

Abordar os direitos sociais como Direitos Fundamentais também provoca a discussão sobre a sua aplicabilidade conforme previsto no § 1º do artigo 5º da Constituição que prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em uma interpretação restritiva, poder-se-ia pensar que somente os direitos e garantias previstos no artigo 5º teriam aplicação imediata, excluindo assim o rol de direitos sociais previstos nos demais artigos. No entanto, em se tratando de direitos fundamentais, é bastante prejudicial para a ordem jurídica-constitucional privilegiar uma interpretação que cria obstáculos à aplicação de um direito social.

Este é o entendimento Ingo Sarlet para o qual não há que ser feita esta distinção entre o regime de direitos sociais e os demais direitos fundamentais quanto à sua aplicabilidade em razão da relevância material daqueles direitos. Cita-se:

Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido no âmbito da doutrina hoje aparentemente majoritária, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. (2009, p. 226).

Os Direitos Fundamentais Sociais são reconhecidamente a esfera de proteção do indivíduo que vive em coletividade assegurando o seu direito de viver em um Estado que promova a justiça social sendo sua aplicabilidade plena e imediata.

Cumpra ainda debater sobre a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais previstos na ordem jurídica. Os direitos sociais são dotados de exigibilidade e estas normas necessitam que sua finalidade seja cumprida.

Como referência, adota-se a explicação de Ferraz Jr. (2003) sobre a efetividade ou eficácia social das normas. Inicialmente, explica este autor que a efetividade da norma corresponde à sua capacidade de produzir efeitos no mundo, mas que esta capacidade depende de requisitos de natureza fática ou de natureza técnico-normativa. Reconhece-se assim que nem todas as normas possuem o mesmo grau de eficácia.

Sobre a natureza fática, explica Ferraz Júnior que “a presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos.” (2003, p. 199).

Assim, quando a norma exige algum elemento para sua eficácia que não existe no mundo real, a capacidade de produzir os seus efeitos ficará suspensa até o momento em que este elemento for criado para concretizar a eficácia social.

Por outro lado, é possível admitir a eficácia ideológica de uma determinada norma. Como explica Ferraz Júnior:

São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de satisfação ideológica. (2003, p. 200).

O autor cita como exemplo desta norma de eficácia ideológica o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal brasileira que prevê um valor de salário mínimo para assegurar o atendimento a várias necessidades sociais do trabalhador e que se esta norma fosse literalmente efetivada causaria este tumulto econômico-social, mas mesmo assim, ideologicamente, está garantido pela Constituição o direito fundamental ao salário mínimo para todos trabalhadores.

Outra forma de eficácia é no sentido técnico na qual a norma transfere para outra norma a sua condição para produção dos efeitos. Assim, esta norma regulamentadora poderá atribuir mais ou menos extensão aos efeitos jurídicos da norma definidora dos direitos sociais.

Sobre estes requisitos técnico-normativos, explica Ferraz Júnior que “Uma norma também se diz eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos. A dogmática supõe, nesse caso, a necessidade de enlaces entre diversas normas, sem os quais não pode produzir seus efeitos.” (2003, p. 200). E continua este autor:

Para a concretização de função eficaz *primária*, a norma pode ou não depender de outras normas ou, delas prescindindo, pode admitir, no entanto, uma restrição por meio de uma futura norma que lhe reduzirá a eficácia. Quando a concretização da função social é imediata, sem necessidade de outra norma, não podendo ser restringida, dizemos que a eficácia é *plena*(...). Quando, para a realização da função eficaz, há necessidade de outras normas, diz-se que a eficácia é *limitada*. (...) Quando pode ser restringida, sendo plena enquanto não sobrevier a restrição, dizemos que a eficácia é *contida*. (2003, p.201-202).

Esta classificação da eficácia das normas em plena, limitada e contida é adotada por José Afonso da Silva e possui forte aderência entre os constitucionalistas, conforme explica Ferraz Júnior.

Neste ponto, tratando de normas de eficácia social que exigem uma complementação técnica, Ferraz Júnior com fundamento na subdivisão de José Afonso da Silva, explica sobre a existência das normas cuja eficácia primária são programáticas e, portanto, limitadas, “pois aquela função exige outras normas futuras para ser realizadas.” (2003, p. 202).

Na doutrina constitucional brasileira, importante citar a contribuição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando apresenta as normas que não são exequíveis por si só, incluindo aí a norma de conteúdo programático que implementa sua eficácia, “ou seja, aquela que prevê uma política pública, uma legislação específica (não raro predeterminando aspecto desta).” (2012, p.339).

Sobre a definição do grupo das normas definidoras de direitos, onde estão incluídos os direitos sociais, Tavares afirma que:

Os direitos sociais, por sua vez, subdividem-se em três grupos de direitos, a saber: (i) aqueles que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; (ii) os que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e (iii) os que contemplam interesse cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora. (2013, p. 199).

O conteúdo normativo dos Direitos Fundamentais Sociais é a efetiva proteção dos grupos mais vulneráveis que vivem em sociedade e que exigem uma prestação positiva do Estado para que promova meios adequados para reduzir a desigualdade além de proporcionar meios para uma vida digna.

Assim, reconhece-se que os direitos sociais integram o universo dos Direitos Fundamentais e que conquanto possuam aplicabilidade imediata por força do § 1º

do art. 5º da Constituição Federal, por muitas vezes sua eficácia material ou social depende da existência de um fato ou, na maioria das vezes, de posterior edição de norma infraconstitucional implementadora ou de políticas públicas para concretizar o conteúdo normativo estabelecido.

A ideia de Justiça como a distribuição de igualdade se insere do contexto da concretização dos direitos sociais, notadamente dos direitos do trabalho. Há ainda um déficit muito significativo quanto à tutela fundamental aos direitos sociais do trabalhador.

Diante deste reconhecimento, o acesso à Justiça pelo trabalhador deve ser garantido como uma forma de efetivação das exigências das prestações positivas do Estado e dos programas que definem os fins sociais destes direitos fundamentais de segunda dimensão.

Sendo que os direitos sociais do trabalho integram o catálogo dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, são reconhecidos como Direitos Fundamentais, a questão do acesso à Justiça deve ser amplamente debatida na seara trabalhista tendo em vista a vulnerabilidade do trabalhador em face do Poder Econômico, Social e Estatal.

É necessário ampliar a implementação de políticas públicas e judiciárias para garantir a estes grupos vulneráveis de trabalhadores o acesso aos seus direitos praticando, assim, a Justiça. E o Poder Judiciário deve se envolver para dispor de instrumentos que garantem o acesso à Justiça.

O debate sobre o acesso à justiça tem sido constante entre todos que atuam com a prestação jurisdicional. A Justiça concretizada é um anseio dos indivíduos que buscam a plena efetivação da dignidade da pessoa humana.

2.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplicada ao Direito do Trabalho

O próprio contexto histórico dos direitos fundamentais reconhecidos pela luta contra as arbitrariedades do Estado contra as liberdades individuais justifica a sua eficácia vertical. Um assunto bem corrente quando à eficácia dos direitos fundamentais é a capacidade de que estes direitos vinculem as relações entre os indivíduos particulares.

Daí a necessidade de explorar a eficácia horizontal (ou privada) dos direitos fundamentais sociais aplicados na relação individual de trabalho.

Ao discorrer neste trabalho, se teve a oportunidade de apresentar os direitos fundamentais sociais como direitos que exigem do Estado uma prestação positiva, assumindo uma postura de garantidor de condições para a concretização do bem estar social e protegendo o ser humano em situação de vulnerabilidade como forma de reduzir as desigualdades sociais.

As relações de trabalho são estabelecidas através da autonomia da vontade privada. A estipulação do contrato de trabalho e a sua condução são constituídas em uma relação jurídico-privada na qual se considera o respeito ao ordenamento jurídico pátrio.

Na sociedade contemporânea, os conflitos existentes nesta relação privada trabalhista fatalmente atingem um direito fundamental expressamente prevista pelo texto constitucional. Isso se deve ao fato de que os direitos fundamentais têm ocupado o posicionamento central nas relações jurídicas e a incidência destes direitos na relação privada significa que está havendo uma busca pela redução das desigualdades como fator para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, é inegável que a complexidade de interesses individuais particulares constantemente sofre algum tipo de violação por parte de outro particular atingindo a esfera do seu direito subjetivo. Por esta razão que os direitos fundamentais passaram a ser invocados pelos particulares também para se defender de ações opressoras de outro particular.

No aspecto dos direitos fundamentais sociais, o Estado assumiu o importante papel para proteger o indivíduo não somente das ingerências do Poder estatal, mas também para proteger contra os particulares que detêm o poder econômico e que ameaçam as liberdades individuais. Elucida Sarlet:

Há que acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive a privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. (2003, p.356).

A tutela dos direitos fundamentais trabalhistas ganha mais eficiência com a constitucionalização⁶ destes direitos o que faz repercutir nas relações com os particulares.

O resultado desta constitucionalização é a possibilidade de um particular invocar a eficácia direta de um direito fundamental trabalhista contra outro particular diante da típica eficácia horizontal destes direitos fundamentais⁷.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais possui ampla aceitação na doutrina brasileira, sendo sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso⁸, Gustavo Tepedino⁹, Wilson Steinmetz¹⁰ e Daniel Sarmento, entre outros. A divisão na doutrina gravita sobre se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é aplicada de forma direta ou indireta¹¹.

Mas de uma forma geral, no atual estágio do Direito, entende-se como eficácia horizontal dos direitos fundamentais quando o seu alcance vincula igualmente os particulares de forma que as relações privadas também estão submetidas a esta proteção como forma de preservar a dignidade da pessoa humana, as liberdades individuais, a autonomia, sem, contudo fulminar as previsões infraconstitucionais.

Diante dos valores atribuídos aos direitos fundamentais sociais delineados pela Constituição Federal de 1988, não resta dúvida sobre a intenção de se constituir um Estado Social fundado no respeito às liberdades e com o compromisso de construir uma sociedade justa e igualitária. Os direitos fundamentais sociais, sobretudo os trabalhistas, alcançam as relações particulares entre empregador e

⁶ Sobre o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito, recomenda-se a leitura de BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 2007, p. 129-173.

⁷ A primeira manifestação sobre a eficácia horizontal teria sido na Alemanha por Hans Carl Nipperdey em artigo publicado em 1950, sobre a igualdade do homem e da mulher em relação ao direito ao salário, mas a sua abordagem mais profunda sobre a questão estaria no seu livro, escrito conjuntamente com Ennecerus, sobre a parte geral do Direito Civil alemão, publicado em 1958 e intitulado *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*. (SARMENTO, 2011, p. 71).

⁸ Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 370-371.

⁹ Gustavo Tepedino. "Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas". In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-71.

¹⁰ Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹¹ Em linhas gerais, a eficácia é direta é aquela imediata, na qual os direitos fundamentais vinculam imediatamente os particulares, sem intermediação legislativa. Já a eficácia indireta afirma que os direitos fundamentais só atingiram os particulares após serem realizados pelo legislador. (TAVARES, 2013, p.381).

empregado como forma de proteger o trabalhador vulnerável das consequências de uma sociedade desigual, onde reina a opressão e a violência. Este cenário impõe o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais de forma direta e imediata, conforme conclui Sarmiento (2011, p. 84):

Estas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência. Tal quadro impõe ao jurista a adoção de posições comprometidas com a mudança do status quo. Por isso, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta eficácia horizontal assegurada aos direitos trabalhistas é reforçada pelo paradigma pós-positivista que opera atualmente que reconhece a juridicidade de princípios provocando a aplicação do direito de forma mais dinâmica, voltada para atingir a finalidade social a que se propõe e tendo como vértice o princípio da dignidade da pessoa humana.

3 DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NA ORDEM INTERNACIONAL E NACIONAL

Ao identificar que o direito ao trabalho digno está inserido nos direitos sociais fundamentais, pretende-se destacar a evolução histórica do reconhecimento destes direitos sociais tanto na esfera interna quanto internacional. A preocupação sobre a efetividade e proteção dos direitos fundamentais sociais ganhou espaço nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

O principal fator que contribuiu para o reconhecimento destes direitos sociais nas cartas de direitos fundamentais foi a crescente exploração do ser humano pelo processo de produção estimulada pelo capitalismo a partir do final do século XVIII. Amauri Mascaro Nascimento explica:

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes. (2013, p. 34).

A ideia da *questão social* para este autor está diretamente ligada à situação

de desnível entre as classes sociais, surgindo a partir do século XIX e fundada na necessidade de combater os problemas que causavam o fracasso na ordem social.

É inegável também que em um histórico mais recente, a proteção internacional aos direitos sociais fundamentais encontra suporte no fenômeno da globalização econômica. Isto porque o crescimento econômico mundial não pode ser um fator de instabilidade social e de vulnerabilidade do ser humano.

A globalização implicou na redução geral de empregos e a crescente descentralização das atividades empresariais deslocou a mão de obra para as subcontratações – terceirizações – de forma a deslocar o foco da valorização do trabalho digno.

O extraordinário avanço tecnológico no século XIX com surgimento de máquinas que permitiram a produção em larga escala provocou o aumento no desemprego, diminuindo a utilização da mão de obra humana para substituir pela crescente tecnologia de informação. Tudo isso implicou na alteração da relação de trabalho e exigiu uma maior proteção ao trabalhador por parte do Estado através das prestações positivas.

A insuficiência da legislação interna sobre a proteção do trabalho e o surgimento de blocos de países em diferentes níveis de desenvolvimento econômico implicaram na necessidade de se estabelecer uma proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores com a cooperação dos Estados.

Na esfera internacional, o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores e sua proteção em face ao movimento de exploração possui como marco histórico o *Tratado de Versailles* (1919). Este previu as diversas situações de vulnerabilidade do trabalhador e propôs que as partes adotassem medidas para melhorar o tratamento dos trabalhadores e assegurar a paz mundial.

Ficou convencionado, por meio deste Tratado, que as partes contratantes fundariam uma organização internacional permanente para promover as recomendações para que cada país efetive as proteções aos direitos fundamentais sociais do trabalho. Esta foi a gênese da Organização Internacional do Trabalho.

3.1 A Organização Internacional do Trabalho – OIT

A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores

assume um forte papel no combate à pobreza e à exploração abusiva da força de trabalho humano reconhecendo o trabalho como fonte dignidade do ser humano.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT – é o organismo que foi criado com a finalidade específica de concretizar os anseios de uma sociedade socialmente justa e humana.

A OIT contribuiu diretamente para o processo de internacionalização dos direitos humanos ao lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações (PIOVESAN, 2011). Ainda, Piovesan traz de Louis Henkin que:

A Organização Internacional do Trabalho foi um dos antecedentes que mais contribuiu à formação dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos. A Organização Internacional do Trabalho foi criada após a Primeira Guerra Mundial para promover parâmetros básicos de trabalho e bem-estar social. (2011, p. 171).

A Sociedade das Nações inovou em combater a guerra e promover a paz através também da proteção à relação de trabalho. Tal situação significou o reconhecimento internacional de que a política mundial deve estar voltada para a proteção da relação de trabalho como fator de promoção da paz mundial. Para elucidar, citam-se Pamplona Filho e Branco:

A realidade é que, pela primeira vez, se buscou a paz por meio do combate às causas que levaram historicamente a humanidade à guerra, como a pobreza, a fome e o desemprego. A leitura do preâmbulo da Constituição da OIT é sintética ao afirmar que não pode haver paz duradoura sem justiça social, de onde se conclui que a criação deste Órgão teve por meta evitar a ocorrência de outro conflito semelhante à 1ª Guerra Mundial. (2014, p. 76).

A OIT tem o seu papel fundamental em assegurar normas de proteção ao trabalho digno considerando as diferenças econômicas, sociais e culturais existentes entre os países e visando a concretização do bem estar social através do trabalho.

As decisões da OIT devem ser orientadas pela efetivação dos direitos e princípios fundamentais do trabalho em um cenário econômico dinâmico e de produção acelerada onde o trabalhador se encontra em uma posição de vulnerabilidade social.

Logo, a finalidade da OIT é responder, com maior eficácia, às realidades de um mundo em processo econômico dinâmico de mudanças, tanto no que diz respeito às relações internacionais tanto no que tange às necessidades econômicas e sociais. (PAMPLONA FILHO E BRANCO, 2014, p. 77).

O cenário de guerra na humanidade exigiu uma interferência conjunta das nações nas relações de exploração da mão de obra com mecanismos garantidores dos direitos humanos na relação de trabalho. A princípio, o principal norte da OIT é a concretização de condições de trabalho decente em todas as nações de forma uniformizada e assegurando a igualdade de condições no mercado de trabalho.

Pamplona Filho e Branco afirmam que a implementação do trabalho decente na humanidade se orienta em diferentes vetores:

Tal demanda a adoção de políticas públicas orientadas em cinco diferentes vetores, que correspondem a verdadeiros desafios para os governos do mundo: gerar crescimento econômico que promova desenvolvimento; garantir a aplicação dos direitos do trabalho; fortalecimento da democracia; adoção de mecanismos de proteção adequados à realidade atual; e que a exclusão social seja combatida por estas vias. (2014, p. 76).

A aplicação efetiva dos princípios e direitos do trabalho ganha um destaque entre estes vetores o que encontra harmonia com a preocupação contemporânea na prestação jurisdicional como um instrumento para efetivar estes direitos fundamentais sociais.

Fruto desta preocupação, a OIT busca a universalização das medidas de efetividade dos direitos fundamentais com a edição das Convenções e Recomendações¹² que são postas aos Estados membros como resultado da internacionalização do direito do trabalho.

Nascimento apresenta uma definição clara das Convenções Internacionais:

Convenções internacionais são normas jurídicas elaboradas pela Conferência Internacional da OIT, destinadas a criar regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes que, mediante ratificações, as incluem em seu ordenamento jurídico, observadas as respectivas prescrições constitucionais. (2013, p. 457).

¹² Arnaldo Sússekkind define que “As *convenções* constituem tratados multilaterais, abertos à ratificação dos Estados-membros, que, uma vez ratificadas, integram a respectiva legislação nacional.” E “as recomendações se destinam a sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho, embora visem, basicamente, ao legislado de cada um dos países vinculados à OIT.” (1987, p. 157).

Sérgio Pinto Martins em uma explicação elucidativa afirma que:

As convenções da OIT são normas jurídicas provenientes da Conferência da OIT, que têm por objetivo determinar regras obrigatórias para os Estados que as ratificarem, passando a fazer parte do seu ordenamento jurídico interno. (2015, p. 82).

Assim, a proteção fundamental ao trabalhador como forma de concretização da justiça e do bem-estar social de maneira uniforme entre os Estados integra o conteúdo das Convenções Internacionais da OIT sendo estas fontes normativas do direito do trabalho.

As Recomendações expedidas pela OIT também têm esta finalidade material de uniformizar a proteção ao trabalhador, no entanto não são normas postas e ao aguardo de ratificação. As Recomendações são sugestões aos Estados para que criem internamente as legislações sobre determinada matéria.

Martins esclarece também que:

Recomendação é uma norma da OIT em que não houve números suficiente de adesões para que ela viesse a transformar-se numa Convenção. Para tanto, passa a ter validade apenas como sugestão ao Estado, como mera indicação, de modo a orientar seu direito interno. (2015, p.84).

As Recomendações da OIT, portanto, também são normas que visam à universalização da proteção ao direito fundamental do trabalho, persuadindo aos Estados que adotem medidas de efetivação deste direito fundamental social e expressam a tendência universal de proteger as relações de trabalho diminuindo as desigualdades em um cenário global com um significativo desnivelamento econômico. A OIT expediu em 1951 a Recomendação nº 92¹³ sobre a conciliação e arbitragem voluntárias.

3.2 A constitucionalização da proteção ao trabalho

A preocupação com os reflexos do desenvolvimento econômico e social ganha espaço no ordenamento jurídico no início do século XX. O anseio pela

¹³ Em uma tradução livre do espanhol, o artigo 1 da Recomendação nº 92 dispõe que: Deve estabelecer mecanismos de conciliação voluntária, apropriados às condições nacionais, a fim de contribuir para a prevenção e resolução de disputas trabalhistas entre empregadores e trabalhadores.

reconstrução do direito levando em conta o bem-estar social e a redução de desigualdades exige a intervenção do Estado principalmente para proteger o trabalhador.

Fazer uma análise dos direitos trabalhistas no constitucionalismo exige compreender que cada época histórica atribuiu um valor diferenciado ao trabalho no respectivo sistema constitucional, conforme explica Nascimento:

O trabalho passou por várias avaliações nos diferentes sistemas constitucionais, como a do *liberalismo*, que não o protegeu, a da *ditadura do proletariado*, que o considerou um valor único e absoluto na organização política da sociedade, a do *corporativismo*, que o organizou proibindo a luta de classes, e a do *neoliberalismo*, contrário aos excessos do liberalismo da Revolução Francesa de 1789 e em cujo período surgiram as primeiras leis trabalhistas, a liberdade sindical e o direito de greve. (2013, p.332).

A promoção dos ideais de justiça social e de cidadania é uma busca constante norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, que por sua vez orienta a construção do Estado Democrático de Direito.

Os direitos trabalhistas, ao serem previstos nos documentos constitucionais, instalaram o cenário de relevância fundamental dos direitos sociais internos como base para a construção de uma sociedade igualitária. A previsão expressa destes direitos sociais nas constituições positivou estes direitos sociais passando a exigir o seu cumprimento integral.

A positivação dos direitos fundamentais trabalhistas nas constituições apresenta as seguintes vantagens: a clareza na redação estabelecendo estes direitos; a ampla divulgação destes direitos e o fácil acesso à sua leitura uma vez que estão reunidos em um único documento e; a segurança jurídica para a compreensão do texto e contra as medidas arbitrárias que implicariam em um retrocesso social.

Tavares expõe as vantagens da apresentação escrita dos documentos normativos:

Com a consagração de textos escritos, adota-se um modelo que, obviamente, caracteriza-se: a) pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantindo direitos; b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder. (2013, p. 31).

Os direitos fundamentais trabalhistas com a constituição escrita deixam de ser uma mera ficção da teoria para assumirem um papel relevante na consolidação do Estado Social.

O processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas coincide com as reações populares e os movimentos sociais da Revolução de 1848 na França e com a publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels no mesmo ano. Afirma Delgado que o ano de 1848 é fundamental para a constitucionalização dos direitos trabalhistas “[...] pelo processo de revoluções e movimentos de massa experimentado naquele instante, indicando a reorientação estratégica das classes socialmente subordinadas.” (2011, p.96).

Esse primeiro movimento social trabalhista implicou no surgimento de várias leis que tutelavam o trabalhador nos países europeus e perdurou até o final da Primeira Guerra Mundial.

Após a Primeira Guerra Mundial, o constitucionalismo social ganha destaque com a inclusão de normas que tutelam o trabalhador na relação de trabalho como instrumentos de defesa social e garantias dos direitos fundamentais sociais.

Denomina-se constitucionalismo social o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países. (NASCIMENTO, 2013, p. 415).

Notadamente, a primeira Constituição que inseriu a proteção ao trabalhador com *status* de norma fundamental foi a do México, em 1917. Esta Constituição mexicana apresentou um conjunto de garantias que representavam os anseios da classe trabalhadora cansadas da exploração ilimitada pelos empregadores. Destacam-se a jornada de oito horas; a proibição de trabalho de menores de 12 anos; descanso semanal; proteção à maternidade; salário-mínimo; os direitos de sindicalização e de greve; a igualdade salarial; a indenização de dispensa; a conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas; dentre outras garantias que estão nos inciso do artigo 123. (MARTINS, 2015).

A Constituição de Weimar na Alemanha, de 1919, foi a segunda Constituição a atender o espírito de proteção fundamental aos direitos trabalhistas e estabelecer uma programação para efetivar os direitos sociais do trabalho. Esta constituição tratou dos princípios adequados de intervenção estatal para a proteção dos

trabalhadores, criando o sistema de seguros sociais, tratou da representação dos trabalhadores nas empresas através de conselhos, enfim colocando o trabalho sob a proteção do Estado. Nas palavras de Nascimento, “Trata-se, portanto, de um documento no qual o trabalho recebe nova colocação no plano constitucional, daí o seu maior significado para a história do direito do trabalho.” (2013, p. 418).

Em sentido mais corporativista e ao visar uma ordem trabalhista mais centralizadora na Itália, destaca-se a *Carta del Lavoro* elaborada em 1927 que estabelecia um modelo de integração entre os fins econômicos e sociais do Estado focados na produção e “na colaboração, institucionalmente assegurada, entre a categoria profissional e econômica e a estruturação de órgãos que permitam a realização desses fins.”(NASCIMENTO, 2013, p. 418).

No sistema previsto pela *Carta del Lavoro*, as empresas possuíam responsabilidade junto ao Estado, pois sua produção era considerada de interesse nacional. Os sindicatos também estavam reunidos sob a dependência de uma organização diretiva do Estado com o propósito de unificação, mas que na verdade atendia ao modelo de intervenção do Estado.

A *Carta de Lavoro* influenciou outros modelos constitucionais na Europa e o brasileiro, o que será visto adiante, principalmente no surgimento das organizações sindicais. Em relação às Constituições brasileiras, o que se percebe é o avanço no que se refere aos direitos fundamentais dos trabalhadores e a ampliação de suas garantias.

A Constituição brasileira de 1824, conhecida com a Constituição do Império, assegurou a liberdade para o exercício de ofícios e profissão e extinguiu as corporações de ofício. O reconhecimento fundamental de proteção à liberdade no trabalho foi alcançado com a abolição da escravatura em 1888, através da Lei Áurea.

A liberdade de associação de caráter genérico foi reconhecida na Constituição de 1891. Estabeleceu-se que não haveria intervenção de força policial, salvo para manter a ordem pública. Com isso a formação de associações profissionais e de sindicatos ganha força. Surgem várias leis em favor do proletariado, do trabalho do menor, do trabalho da mulher e sobre férias trabalhistas.

Contudo, foi na Constituição de 1934 que se elevou o Direito do Trabalho ao *status* de direito fundamental apresentando artigos expressos sobre jornada de

trabalhos de oito horas, salário mínimo, férias, repouso semanal, indenização por despedida arbitrária. Além disso, criou a Justiça do Trabalho no âmbito da Administração Pública, com as Comissões de Conciliação. A partir da Constituição de 1934, os sindicatos e as associações profissionais bem como a força normativa das convenções coletivas de trabalho foram legitimamente reconhecidos.

Pela primeira vez, no conjunto das constituições brasileiras ficou expressamente previsto que a lei promoveria o amparo da produção e elaboraria as condições de trabalho visando à proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. Para Martins, “é a influência do constitucionalismo social, que em nosso país só veio a ser sentida em 1934.” (2015, p.11).

O Estado brasileiro passou por uma profunda transformação com a Constituição de 1937, após o golpe de Estado de Getúlio Vargas que implicou na fase intervencionista do Estado. Esta Constituição foi diretamente influenciada pelo modelo corporativista da *Carta del Lavoro*, de 1927. Desta forma, o Estado concentrou em suas decisões a organização corporativa da economia nacional. Da mesma forma, os sindicatos passaram a se submeterem às imposições legais do Estado e a se sujeitarem às fortes e diretas intervenções estatais.

Esta Constituição previa que o trabalho é um dever social sendo o meio de subsistência do indivíduo, constituindo um bem que é dever do Estado proteger.

A greve e o *lockout*¹⁴ foram considerados recursos antissociais e prejudicavam o desenvolvimento econômico nacional, pois eram incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. Foi neste período que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – foi publicada através do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que apenas reuniu todas as leis trabalhistas esparsas que existiam na época.

Após a deposição de Getúlio Vargas, o país se preparou para um período de retorno da democracia e assim foi promulgada a Constituição de 1946 rompendo com o corporativismo e com o totalitarismo da ordem constitucional anterior.

Impulsionado pelo não intervencionismo estatal na ordem econômica, esta Constituição inovou o ordenamento jurídico ao estabelecer que o desenvolvimento

¹⁴ A greve é uma suspensão coletiva do trabalho por uma coletividade de empregados de forma temporária e pacífica, total ou parcial, visando expor suas reivindicações ao empregador. O *lockout* é a paralisação realizada pelo empregador para exercer pressões sobre os trabalhadores e dificultar as negociações coletivas ou as reivindicações apresentadas. (MARTINS, 2015).

econômico deva observar os princípios da justiça social, da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano.

Nesta Constituição o trabalho recebe a proteção social ficando expresso que promoverá a existência digna do trabalhador e coloca o trabalho como uma obrigação social.

O ideal democrático na Constituição de 1946 representou para as normas de proteção ao trabalho um fundamento para ampliar a participação do trabalhador no desenvolvimento econômico das empresas, como a instituição da participação dos empregados nos lucros da empresa, bem como para reestabelecer o direito de greve aos trabalhadores. (MARTINS, 2015).

A Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, mas mantendo o princípio da conciliação nas Juntas de Conciliação e Julgamento, assegurada a paridade de representação de empregados e empregadores.

Anos mais tarde, a Constituição de 1967 não inovou muito na ampliação dos direitos fundamentais do trabalho e ainda proibiu o exercício de greve nos serviços públicos. No entanto, expressamente previu a valorização do trabalho como condição da dignidade humana seguindo a tendência internacional de proteção ao trabalhador como direito fundamental.

No mesmo sentido, caminhou a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, imposta pelo golpe militar e rompendo integralmente com a ordem constitucional instituída pela Constituição de 1967, mas mantendo todos os direitos trabalhistas previstos neste documento.

Com a redemocratização do país a partir de 1986, surge uma nova ordem constitucional democrática resultando na promulgação da Constituição Federal de 1988, que além de colocar o ser humano como figura central de proteção, também priorizou a coletividade, os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana.

Explica Tavares sobre esta inovação da ordem constitucional:

Houve uma forte valorização dos direitos fundamentais, colocado logo no pórtico da Constituição, com a previsão expressa de diversos direitos até então não presentes nas constituições pretéritas e referências inequívocas à sua incidência imediata, combatendo teorias, em voga no Brasil, que reduziam a imperatividade constitucional, traduzindo a supremacia em uma falsa promessa, em um eterno compromisso, jamais cumprido (a Constituição de mentira). (2013, p. 111).

Os direitos sociais do trabalho receberam tratamento especial e inovador na

Constituição de 1988, visando à promoção da dignidade da pessoa humana. De forma inovadora, esta constituição democrática inseriu um capítulo dentro no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais especificamente para dispor sobre os direitos sociais e sobre a proteção do trabalhador e da relação coletiva de trabalho.

Nas constituições anteriores, os direitos de proteção ao trabalhador estavam previstos nos capítulos que dispunham sobre a ordem econômica e social de forma integrada. Não havia uma disposição específica para dispor sobre estes direitos. Daí a afirmar que a Constituição de 1988 buscou uma forma de garantir a concretização destes direitos trabalhistas dotados de *status* de direitos fundamentais.

Sobre a Constituição de 1988 e as normas de garantias dos direitos sociais, também é importante a análise de Silva:

A normatividade constitucional dos direitos sociais principiou na Constituição de 1934. Inicialmente se tratava de normatividade essencialmente programática. A tendência é a de conferir a ela maior eficácia. E nessa configuração crescente da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais é que se manifesta sua principal garantia. Assim, quando a Constituição diz que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os expressamente indicados no art. 7º, e quando diz que a saúde ou a educação é direito de todos, e incide mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, está preordenando situações jurídicas objetivas à aplicação desses direitos. (2010, p. 465).

O constitucionalismo democrático brasileiro fundado na dignidade da pessoa humana e na harmonização do desenvolvimento econômico com a valorização social do trabalho emplacou normas que tutelam os trabalhadores que são reconhecidamente hipossuficientes através da autonomia conferida ao direito do trabalho “[...] regulando as relações de trabalho com vista a tutelar os interesses dos trabalhadores [...]” (SILVA, 2010, p. 465).

A Constituição Federal de 1988 representou uma moderna forma de organização sindical pautada na autonomia dos sindicatos e na desvinculação com o Estado. Com isso, as atuações coletivas como a prática da negociação coletiva bem como a possibilidade da autocomposição dos interesses em conflitos de trabalhadores e empregadores ganha força como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do trabalho.

Esta nova Constituição também reestabeleceu a greve como um direito fundamental dos trabalhadores e também dos servidores públicos como instrumento

de eficácia dos direitos sociais dos trabalhadores. Para Silva:

[...] o direito de greve é uma direito-garantia, na medida em que ele não é uma vantagem, um bem, auferível em si pelos grevistas, mas um meio de utilização pelos trabalhadores para conseguir a efetivação de seus direitos e melhores condições de trabalho. (2010, p. 466).

Desta forma, os direitos sociais do trabalho receberam o tratamento ideal para que sua eficácia seja alcançada na ordem interna brasileira. A previsão no texto constitucional em um capítulo específico e que se reflete também no capítulo sobre a ordem econômica exige que os direitos trabalhistas recebam a atenção adequada por parte do Estado e por parte da sociedade como um todo para assegurar a sua eficácia.

Estes direitos trabalhistas definitivamente passaram a compor o bloco de direitos fundamentais e em um capítulo próprio na Constituição Federal o que o torna um norte que deve se orientar a prestação jurisdicional trabalhista.

4 JUSTIÇA DO TRABALHO E O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

A Justiça do Trabalho possui um histórico peculiar em relação às demais esferas do judiciário. Algumas particularidades devem ser destacadas sobre o papel do judiciário trabalhista na efetividade dos Direitos Humanos através da prestação jurisdicional. Para isto, se faz necessário conhecer a evolução desta justiça especializada no Brasil para identificar o seu papel na concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais do trabalhador.

4.1 A evolução institucional da Justiça do Trabalho no Brasil

São várias as doutrinas que expõem o desenvolvimento histórico da justiça do trabalho como forma de assegurar a aplicação e efetividade das normas de proteção ao trabalhador e também para solucionar os conflitos entre empregador e empregado.

A história da justiça do trabalho está diretamente relacionada com a evolução do direito processual do trabalho. E no Brasil a consolidação desta justiça especializada teve forte influência do modelo francês, italiano, alemão e mexicano,

como a criação inicial de órgãos administrativos compostos de representantes da classe trabalhadora, da classe industrial, além de árbitros. Nestes órgãos já predominavam as conciliações para os dissídios coletivos.

A jurisprudência administrativa também prevaleceu em alguns países, como o México e o Brasil. Explica Nascimento:

Em alguns países destaca-se uma jurisprudência administrativa, assim denominada a que provém de órgãos de natureza administrativa, aos quais foi atribuída a função de julgar questões trabalhistas; para alguns, esses órgãos, apesar de não integrantes do Poder Judiciário, são jurisdicionais. (2013, p. 71).

No México, por exemplo, na Constituição de 1917 foram criadas as *Juntas de Conciliación y Arbitraje* que tinham a competência para dirimir e conciliar os conflitos trabalhistas envolvendo empregador e empregado. Os modelos na justiça trabalhista sempre se orientaram em uma perspectiva conciliatória de forma que as leis processuais previam que os conflitos fossem submetidos à tentativa de conciliação.

Na Espanha, na *Ley de Procedimiento Laboral* de 1990 está expressamente prevista a necessidade de submeter o litígio previamente a uma tentativa de conciliação. Cita-se:

Há procedimentos prévios de conciliação condicionantes do direito de ingressar em juízo, de modo que a tentativa de conciliação é considerada requisito prévio para a tramitação do processo judicial para o qual é competente a sala social da justiça comum [...]. (NASCIMENTO, 2013, p. 76).

No Brasil, para expor sobre a evolução da justiça trabalhista, é imperioso destacar que houve um período em que os conflitos trabalhistas eram submetidos à apreciação na esfera administrativa e o período em que estes conflitos passaram a ser resolvidos na esfera jurisdicional.

Inicialmente, houve a previsão dos Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem organizados pelos sindicatos dos empregados e dos empregadores para dirimir as divergências entre o capital e o trabalho.

Com o reforço das convenções coletivas de trabalho, foi estabelecida a necessidade da criação de órgãos diretos para dirimir os dissídios individuais trabalhistas surgindo, assim, as Juntas de Conciliação e Julgamento ainda como

órgão não judicial, mas que passaria a ser o modelo judicial a ser adotado, conforme explica Nascimento:

A institucionalização da Justiça do Trabalho no Brasil observa um processo de gradativo desenvolvimento, com a transformação de organizações inicialmente não estatais ou administrativas com poderes de decisão de órgãos jurisdicionais integrantes do Poder Judiciário. Duas causas influíram decisivamente na implantação do sistema: na ordem jurídica, o advento das convenções coletivas de trabalho; e, na ordem das ideias, as doutrinas difundidas na Itália e que se refletiram com adaptações no Brasil. (2013, p. 79).

As Juntas se espalharam no âmbito da solução de conflitos coletivos e individuais de trabalho com certa dependência da estrutura sindical, seguindo o modelo de livre aceitação da decisão pelos conflitantes, e suas decisões valiam como títulos de dívida certa e líquida para a execução judicial perante a justiça comum.

A criação da justiça do trabalho, ainda como órgão não judicial, se deu em 1941, mas tinha uma função jurisdicional reconhecida e passou a ser disposta em três níveis, sendo as Juntas de Conciliação e Julgamento atuando como primeira instância ou por juízes de direito onde não a havia, sendo que estas Juntas eram compostas de um presidente, bacharel em direito nomeado pelo Presidente da República, e dois vogais, representantes dos empregados e dos empregadores; os Conselhos Regionais do Trabalho, equivalentes aos hoje denominados Tribunais Regionais do Trabalho; e o Conselho Nacional do Trabalho, que correspondia ao Tribunal Superior do Trabalho atual, sendo este o órgão de cúpula da justiça do trabalho.

A justiça do trabalho, portanto, estava sendo exercida por pessoas que, embora não tivessem necessariamente o conhecimento da técnica e do formalismo jurídico do ambiente judiciário, possuíam pleno conhecimento das necessidades das categorias de profissionais e de empregadores que representavam respectivamente. Havia o exercício de uma função judiciária pelos juízes leigos, conhecedores dos pormenores da vida profissional e que com desapego ao formalismo jurídico prontamente decidiam as controvérsias.

O papel desenvolvido pelos juízes leigos classistas na solução dos conflitos individuais e na interpretação e aplicação das leis trabalhistas era judiciária, e por uma falha técnica legislativa a Constituição de 1934 e a Carta de 1937 não incluiu a

justiça do trabalho como órgão do Poder Judiciário.

Em 1946, foi publicado o Decreto-Lei nº 9.777 que organizou a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário e esta justiça especializada foi elevada ao *status* constitucional com a previsão da sua estrutura organizacional na Constituição Federal de 1946.

A relevância da integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário está na necessidade de tutelar de forma mais especial as controvérsias existentes entre trabalhadores e empresários para solucionar os conflitos de interesses, conforme explica Nascimento:

A integração da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário é consequência natural da evolução histórica dos acontecimentos. Na sociedade empresarial, as controvérsias entre trabalhadores e empresários assumem especial significado. O Estado, intervindo na ordem econômica e social, não pode limitar-se a dispor entre a matéria trabalhista. Necessita, também, de aparelhamento adequado para a solução dos conflitos de interesses, tanto no plano individual como no coletivo. (2013, p.85).

De forma preliminar, Nascimento conclui que:

Assim, a existência de um órgão jurisdicional do Estado para questões trabalhistas é o resultado da própria transformação da ideia de *autodefesa* privada em *processo judicial estatal*, meio característico de decisão dos litígios na civilização contemporânea. (2013, p.85). (itálico no original).

A solução dos conflitos trabalhistas e a tutela dos interesses dos trabalhadores contra a classe patronal, portanto, foram retiradas da esfera privada e transferidas para o Estado, sendo mantidas as Juntas de Conciliação e Julgamento, compostas por um juiz-presidente, bacharel em direito, e dois juízes classistas, apontados em listas organizadas pelos sindicatos dos empregados e dos empresários; os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, sendo mantida esta estrutura na Constituição Federal de 1988.

A Emenda Constitucional nº 24, de 1999 alterou a Constituição para extinguir esta representação classista na solução dos litígios, e transformando as Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho, como órgão monocrático composto de um Juiz do Trabalho¹⁵.

¹⁵ Após a alteração da redação do artigo 111 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 24/99, a organização da Justiça do Trabalho se define assim:

Atualmente, a Justiça do Trabalho é privativamente competente pela solução dos litígios trabalhistas individuais e coletivos, exercendo a sua função jurisdicional através da conciliação e do julgamento dos feitos.

4.2 O papel das Comissões de Conciliação Prévia Intersindicais na solução de conflitos individuais de trabalho

A Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000 introduziu o Título VI-A com os artigos 625-A ao 625-H na Consolidação das Leis do Trabalho e previu o instituto denominado Comissão de Conciliação Prévia no ordenamento jurídico trabalhista.

As Comissões de Conciliação Prévia não foram previstas como órgão integrante do Poder Judiciário trabalhista, mas criadas por empresas e os sindicatos, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

A composição paritária revela o interesse em que os conflitos trabalhistas individuais sejam pacificados através da oportunidade do diálogo livre entre as partes sem a interferência de um juiz e de forma consensual renovando o espírito da conciliação no âmbito extrajudiciário.

As Comissões de Conciliação Prévia possuem atuação com independência para promover a solução dos conflitos individuais. Para assegurar esta independência, os representantes dos empregados são eleitos para membros da Comissão instituída no âmbito da empresa possuem estabilidade provisória, não podendo ser dispensados sem justa causa até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave.

A Comissão instituída no âmbito dos sindicatos terá a sua constituição e norma de funcionamento definidas em Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo, sempre assegurando a tentativa de solucionar os conflitos trabalhistas individuais de forma consensual (artigo 625-H).

Como forma de incentivar a utilização destas comissões, estimulando a solução alternativa destas controvérsias, o artigo 625-D da CLT prevê que qualquer

Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho:
I - o Tribunal Superior do Trabalho;
II - os Tribunais Regionais do Trabalho;
III - Juízes do Trabalho.

demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia, interpretando este artigo como uma obrigatoriedade em submeter o litígio trabalhista à Comissão para tentar uma conciliação antes de ingressar com o processo trabalhista judicialmente, sob pena de extinção deste sem resolução do mérito, por faltar pressuposto de validade para o regular andamento processual.

Foi compreendido, assim, que a submissão prévia da demanda trabalhista nestas comissões seria uma nova condição da ação ou um novo pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Conforme explica Mauricio Godinho Delgado:

Este rito de passagem despontaria, assim, como verdadeira condição para futura ação trabalhista (art.625-D). Em face desse caráter condicionador do acesso ao Judiciário, o *informe escrito* sobre a frustração da tentativa conciliatória extrajudicial ou o *motivo relevante* que impossibilitou a observância do rito comissional deverão ser anexados ou relatados na eventual ação trabalhista (art. 625-D). (2011, p.240). *itálico no original*.

O Poder Judiciário aplicou a interpretação sobre a nova condição da ação que limitava o acesso das partes ao Poder Judiciário.

No entanto, em decisão liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.139 e 2.160, o Supremo Tribunal Federal¹⁶ determinou que as demandas trabalhistas podem ser submetidas ao Poder Judiciário sem a necessidade da submissão obrigatória por uma Comissão de Conciliação Prévia em razão da prevalência do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e para garantir o acesso universal dos cidadãos ao acesso à Justiça.

Assim, com esta decisão do STF, foi afastada qualquer interpretação ao artigo 625-D da CLT que indique a obrigatoriedade de submeter as demandas trabalhistas previamente ao processo judicial à Comissão de Conciliação Prévia já constituída.

O avanço legislativo que serve de estímulo para a utilização das comissões foi estabelecer que o termo de conciliação elaborado nas Comissões de Conciliação Prévia possui natureza de título executivo extrajudicial, de forma que restou

¹⁶ Nestas ações diretas, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, para excluir a interpretação que obrigava a tentativa da realização de acordo prévio dos litígios trabalhistas na Comissão de Conciliação Prévia. A decisão foi Publicada no Diário da Justiça da União. nº 94 do dia 22/05/2009.

garantida uma maior celeridade tanto no conhecimento e solução da demanda quanto na satisfação dos créditos. Explica Delgado:

Independentemente do debate acerca da plena validade dos extensos poderes conferidos às duas figuras tratadas pela Lei n. 9.958 (Comissões de Conciliação Prévia e Núcleos Intersindicais de Negociação Trabalhista), é inquestionável que, efetivamente, o *termo de conciliação* alcançado nas referidas entidades terá caráter de *título executivo extrajudicial* (art. 625-E, CLT). Isso significa que, verificando-se seu inadimplemento, poderá ele ser executado na Justiça do Trabalho, independentemente da formação de prévio processo de conhecimento (art. 876, *caput*, CLT). (2011, p. 242). *Itálico no original.*

A solução de um conflito trabalhista individual na comissão de conciliação prévia de certo modo encurta a tramitação processual sem a necessidade de homologação judicial do termo de conciliação alcançado espontaneamente pelas partes para adquirir força de título executivo extrajudicial, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade.

Além disso, há um prestígio pela autonomia das partes em buscarem a solução que entendam de maneira mais adequada para comporem de forma consensual o litígio em que se encontram.

Infelizmente, alguns fatores contribuíram para o desestímulo na utilização destas comissões, principalmente no âmbito no direito individual do trabalho, onde há uma limitação de mecanismos para que os trabalhadores exerçam livremente as suas argumentações sobre seus direitos em conflito.

Até mesmo no que diz respeito à diferença na paridade de armas¹⁷ quando o empregado se coloca na presença do empregador em uma conciliação prévia, notadamente as constituídas no âmbito dos sindicatos, e este já está munido de toda argumentação técnico-jurídico para refutar as alegações do empregado reconhecidamente vulnerável.

Desta forma, alimentou-se o sistema de solução de conflitos exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário, tendo o juiz como o único capaz de prestar a jurisdição, ainda que as partes possam entender que a decisão tenha sido injusta.

No momento em que o ordenamento jurídico brasileiro procura concretizar

¹⁷ O princípio que busca a igualdade verdadeira entre as partes do processo, que se efetiva por meio da aplicação de técnicas, como a inversão do ônus da prova. Este princípio visa oferecer este anseio de igualdade como forma de proteger juridicamente a parcela da sociedade que costumam figurar em situação de vulnerabilidade, como os trabalhadores. (DELGADO, 2011).

os métodos alternativos de resolução de conflitos, o papel de instituições voltadas para a conciliação dos conflitos individuais de trabalho deve ser repensado para assegurar maior eficácia na pacificação pretendida no ordenamento jurídico e social.

A necessidade de uma reflexão sobre a nova perspectiva da solução alternativa dos conflitos através da técnica de mediação aplicada à comissões de conciliação prévia, se demonstra como um instrumento para garantir a eficácia dos direitos fundamentais decorrentes do trabalho, promovendo a celeridade no acesso à Justiça.

5 A AÇÃO COMUNICATIVA E A MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Já foi destacado nesta pesquisa que a complexidade dos interesses dos indivíduos tem sido o principal motivo para profundas reflexões na sociedade. Não se pode afastar o fato de que as pessoas possuem um melhor acesso à informação, principalmente no que se refere aos seus direitos. Ainda que seja proveniente de um senso comum, o indivíduo conhece um mínimo do seu direito.

Esta é a concepção nominal do direito, ou seja, “aquilo que é conforme a regra” (SIQUEIRA JÚNIOR, 2011, p.29). Já na concepção real do direito fica mais complexa a sua definição em razão das várias realidades em que se apresenta, em regra, no aspecto dogmático, sociológico e filosófico.

Na sociedade complexa¹⁸ estão presentes os antagonismos de interesses das mais variadas classes e que por vezes acabam sendo atentados diretos aos direitos humanos. Ao mesmo tempo, o direito é construído e transformado pela própria sociedade e quando não se alcança uma ordem justa por causa da inacessibilidade à justiça identifica-se uma crise no direito.

Nas lições de Bittar:

¹⁸ Segundo Morin, o pensamento complexo “tenta dar conta daquilo que o tipo de pensamento mutilante se desfaz, excluindo o que eu chamo de simplificadores e por isso ele luta, não contra a incompletude, mas contra a mutilação.” (MORIN, 2010, p. 176). Para Warat, os problemas estão mudando, as grandes questões da modernidade (verdade, objetividade, ideologia, poder, etc.) estão sendo substituídas por uma grande preocupação que ameaça ocupar o centro de todo debate finisecular: o sentido da vida, nossos vínculos com ela e a própria possibilidade de sua continuidade. (2001, p. 249.). A epistemologia da complexidade, segundo Warat, revela essa política de civilização. Para o citado autor, esse “[...] é um lugar de reflexão sobre como produzir lugares em que se escape de sociedades estruturalmente dependentes e para indicar os caminhos da autonomia individual e coletiva. É a epistemologia da complexidade como filosofia política.” (2001, p. 251).

A crise aqui é vista como um problema estrutural, capaz de abalar os próprios fundamentos do direito vigente, ou mesmo capaz de significar a desrazão de toda arquitetura jurídica projetada para a sua aplicação sobre a realidade social. (2009, p. 212)

O acesso à justiça concentra um forte ponto de reflexão para assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Não apenas refletir sobre causa e efeito, mas refletir nas circunstâncias existentes no direito pós-moderno¹⁹ que contribuem para o enfrentamento da atual crise do direito. O direito, na visão de Jürgen Habermas, tem como principal função gerar integração social (HABERMAS, 2010).

A pós-modernidade permite que a sociedade realize uma revisão crítica sobre os modelos de concretização da justiça e de proteção às liberdades que foram estabelecidos pelo direito moderno. No atual momento do direito, a solução dos conflitos existentes deve receber maior atenção das propostas transformadoras para se evitar ou colocar fim a um litígio. Está se referindo aos tratamentos alternativos de solução de conflitos.

A partir de Morin, conclui-se que:

A mediação coaduna com o paradigma da complexidade porque as relações humanas se manifestam por esse caminho das dualidades. Trata-se de interações dinâmicas e não estáticas. Por esse motivo, as pessoas se encontram em diferentes estados emocionais, especialmente quando estão em conflito com algo (ou alguém) no qual difere de seu ego e seus desejos. (AQUINO, 2011, p. 114).

A complexidade dos interesses da sociedade decorre da velocidade da tecnologia e da consolidação do capitalismo que colocam as pessoas em diferentes estados emocionais e impedindo que sejam ouvidos mutuamente dificultando a compreensão sobre o Ser humano. Este cenário é propício para as injustiças e para os conflitos.

A mediação deve significar uma forma de reconhecer as relações humanas, regenerando as fontes da ética e da moral, propondo a interação entre os sujeitos com o mundo como instrumento de realização do bem comum.

Verifica-se que a mediação está além de um simples instrumento de acesso à Justiça onde se busca a solução de um conflito ao Poder Judiciário. Ela se insere

¹⁹ Eduardo C. B. Bittar explica que “a expressão ‘pós-modernidade’ batiza um contexto sócio-histórico particular, que se funda na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental. Surge como crítica ao imperialismo da racionalidade moderna. (*O Direito na pós-modernidade*. 2 ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2009).

num contexto em que a pacificação social deve ser construída de forma racional através do agir comunicativo das partes onde se busca a compreensão do Ser no mundo e suas complexas interações humanas através do diálogo.

5.1 O acesso à justiça sob a perspectiva do direito fundamental social ao trabalho

O Poder Judiciário como o único instrumento para promover a pacificação social já não é suficiente o bastante. A sociedade contemporânea busca a concretização de uma ordem social justa com todas as garantias fundamentais respeitadas.

Mesmo com o reconhecimento do direito natural à jurisdição, o acesso a este instituto somente representava o direito de propor ou contestar uma ação, onde o Estado era limitado a proteger interesses individuais da infringência de outras pessoas, bem como a observar o movimento da coletividade.

Cappelletti extrai a compreensão de que a justiça não estava ao alcance das pessoas socialmente vulneráveis. Cita-se:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (2002, p.10).

A problemática do acesso à Justiça passou a ocupar o espaço sobre a busca pela redução das desigualdades sociais conforme a sociedade avançava em sua complexidade. Assim como o Estado foi provocado a agir de forma positiva para efetivar os direitos fundamentais sociais, tornou-se necessário que o Estado promovesse o acesso aos novos direitos fundamentais de caráter individuais e coletivos.

Esclarece Cappelletti:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça

pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (2002, p.12).

Na compreensão sobre os direitos fundamentais sociais e a busca por sua efetividade, torna-se imprescindível o investimento em outros instrumentos que não sejam dotados do formalismo exacerbado da técnica jurídica. Os sujeitos titulares dos direitos precisam conhecer com clareza os mecanismos para a efetivação dos seus direitos, e ter a capacidade de perceberem que o acesso à justiça transcende o seu conceito para realmente ser efetivado na prática.

Como forma de efetivar os direitos sociais, o acesso à justiça deve compreender duas finalidades: uma primeira é assegurar a maior isonomia possível de acesso ao sistema; a segunda é a necessidade de produzir resultados justos como forma de alcançar a pacificação social, na forma como explica Cappelletti:

[...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (2002, p.08).

Os desafios da efetividade do acesso à Justiça como um direito social fundamental esbarram na real situação de desigualdade entre os indivíduos e que dá margem aos conflitos. Mais do que promover o acesso à Justiça, os instrumentos devem ser apto para promoção da igualdade, de forma que a igualdade seja o fundamento da justiça social que se pretende alcançar.

Não basta também o acesso à Justiça de forma demorada. A demora na prestação jurisdicional é considerada o alimento da injustiça, pois massacra as pessoas que não possuem as melhores condições financeiras para movimentar uma demanda por tanto tempo nos tribunais, ainda que no Poder Judiciário trabalhista seja reconhecida a hipossuficiência do trabalhador, o que o isenta do pagamento de custas.

Para Cappelletti (2002, p. 16), esta demora “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente mais fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito.”.

Pensar o acesso à Justiça no âmbito da Justiça do Trabalho requer a

valorização dos direitos fundamentais do trabalhador que são irrenunciáveis e imprescindíveis para a promoção da justiça social. Até mesmo o Estado demorou em reconhecer que estes direitos devem ser tutelados juridicamente pelo ordenamento constitucional, o que provou um acentuado atraso na valorização da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

O acesso à Justiça através das normas trabalhistas ainda exige que algumas barreiras pessoais dos atores envolvidos sejam superadas. É necessário que as pessoas tenham a capacidade racional de conhecer quais são os direitos que estão sendo reivindicados e também quais são os que o cercam em uma relação trabalhista.

A Justiça social deve ocorrer de forma espontânea nas relações de trabalho, diante da capacidade cognitiva tanto do empregado quanto do empregador que atualmente possuem um amplo acesso à informação. As partes não estão tão distantes do conhecimento sobre os direitos que são aplicados em uma relação trabalhista.

Em conclusão preliminar de Cappelletti:

Os novos direitos substantivos, que são característicos do moderno Estado de bem-estar social, no entanto, têm precisamente esses contornos: por um lado, envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões (e os sindicatos); por outro lado, o interesse econômico de qualquer indivíduo – como autor ou réu – será provavelmente pequeno. (2002, p. 21).

Se há o estímulo para que os indivíduos busquem a efetividade dos seus direitos legitimamente reconhecidos, o ponto fundamental é apresentar os mecanismos de como fazerem para a consecução destas finalidades.

Na busca desta efetividade, os indivíduos encontraram as barreiras que devem ser vencidas até mesmo pela própria atuação do Poder Judiciário trabalhista em adotar procedimentos informais facilitadores e mecanismos alternativos de concretização da justiça social.

Um elemento facilitador é a possibilidade do *jus postulandi*, ou seja, a capacidade postulatória atribuída às partes, que sem advogado, podem apresentar a reclamação trabalhista perante o Poder Judiciário trabalhista.

O acesso pessoal das partes para apresentarem a reclamação constitui um instrumento de acesso à justiça que beneficia a solução dos conflitos, principalmente

para os hipossuficientes, conforme explica Nascimento:

A simplificação das formas de solução de conflitos de pessoas hipossuficientes numa sociedade de massas, de que é um exemplo a bem-sucedida experiência dos juizados especiais, exige a adoção de mecanismos ágeis e eficazes, sendo o *jus postulandi* uma das suas formas. (2013, p. 527).

Esta simplificação na apresentação da reclamação significa o rompimento de uma barreira de acesso à Justiça significando um mecanismo que permite uma celeridade na solução de um litígio.

Mas há que se reconhecer que a legislação trabalhista e também a do processo do trabalho vem adquirindo uma complexidade e que a própria parte não possui o conhecimento das técnicas necessárias para se fazerem presentes em um litígio sem a assistência do advogado.

O processo que envolve os direitos em litígio exige, via de regra, que as partes envolvidas tenham habilidades para praticar os sucessivos atos processuais durante o seu desenvolvimento. É necessário saber a forma de impugnar os fatos e os documentos, elaborar perguntas para testemunhas, conduzir a produção de uma prova pericia, em fim, várias técnicas que podem conduzir o processo ao sucesso ou ao fracasso.

Neste sentido, explica Nascimento:

Há questões jurídicas complexas cuja solução depende de formação jurídica, uma vez que envolvem conceitos técnicos que não são conhecidos pelo leigo, inclusive interpretação de matéria constitucional, bem como de problemas, quase sempre delicados, de natureza processual. (2013, p. 527).

Isto demonstra que, em que pese os conflitos trabalhistas podem ser resolvidos com base em procedimentos caracterizados pela informalidade, com a apresentação pessoal das partes, não se pode afirmar a existência de um resultado justo quando há uma diferença discrepante entre empregados hipossuficientes e os empregadores munidos do alto poder econômico para sustentar um litígio.

Neste ponto, o juiz ou mesmo o mediador deve ter uma atuação positiva para assegurar a equalização das partes e evitar que uma solução injusta seja produzida, inclusive com renúncias a direitos fundamentais.

Ao expor sobre a busca da equalização das partes, explica Cappelletti:

“Julgadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional. Mesmo os críticos desse sistema reconhecem a necessidade de uma atitude mais ativa dos tribunais de pequenas causas.” (2002, p. 55).

Dessa forma, a manutenção de um sistema que permite a apresentação direta das partes perante o Poder Judiciário sem a assistência do advogado não representará um sério risco ao acesso à justiça de forma simplificada, pois deve-se assegurar ao juiz ou ao mediador uma liberdade de atuação para equalizar as partes que estão no litígio.

Não compete ao Poder Judiciário ficar inerte sem aplicar outras formas de pacificação social quando a reivindicação dos direitos trabalhistas está em constante crescimento diante das várias circunstâncias econômicas e sociais que vive o Estado brasileiro, democrático de direito.

Refletindo sobre as resoluções alternativas que buscam procedimentos mais simplificados voltados para a celeridade na prestação jurisdicional e na efetivação dos direitos fundamentais sociais do trabalho, são indicados os procedimentos de arbitragem, conciliação e mediação, que podem, inclusive, ser conduzidos por pessoas que faram o papel de julgadores informais.

A participação nestas novas técnicas deve assegurar a espontaneidade das partes em compor um litígio sem qualquer pressão que possa macular a real vontade dos atores envolvidos.

Na Justiça do Trabalho, a conciliação é utilizada como procedimento inafastável do processo judicial, seja em qualquer fase em que se encontre o procedimento.

O Princípio da Conciliação deve ser observado como uma forma de efetivar o acesso à justiça pelas partes de forma mais célere, sem maiores custos financeiros para o Poder Judiciário e para as partes e sem o dispêndio de tempo para que o trabalhador possa receber seus direitos sociais trabalhistas que foram negados durante o contrato de trabalho.

Este princípio fundamentou a constituição e evolução da justiça trabalhista através das Juntas de Conciliação e Julgamento e deu suporte para a instalação das Comissões de Conciliação Prévia como uma fora extrajudicial de promover a composição de um litígio. Na ação trabalhista, esta conciliação é dirigida pelo juiz do

trabalho que deve zelar pela proteção ao trabalhador, conforme explica Saraiva:

Por outro lado, impende destacar que cabe ao juiz do trabalho, ao celebrar o acordo, verificar a observância das normas de proteção ao trabalhador (normas imperativas, de ordem pública), bem como atestar se as bases acordadas não são prejudiciais ao obreiro, podendo o magistrado recusar a homologação do acordo quando o mesmo representar, em verdade, renúncia de direitos pelo empregado. (2011, p. 37-38).

O papel do juiz do trabalho recebe destaque para que promova o acesso à Justiça também através da conciliação, muitas vezes cumprindo a função de apresentar as possíveis soluções para que as partes dialoguem e através de concessões mútuas possam colocar fim ao litígio.

Cappelletti aponta que a conciliação, além de abreviar o litígio, também conta com a satisfação das partes. Para o autor, “[...] parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que os decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo, já estabelecido entres as partes.” (2002, p. 47).

O papel da conciliação na concretização do direito fundamental ao acesso à Justiça orientou outra técnica muito importante de aproximação das partes e de solução de conflitos que é a mediação. No momento pós-positivista em que o Direito está se reaproximando da filosofia, da racionalidade humana e da necessária efetivação dos Direitos Humanos, não só os formalismos procedimentais previstos no ordenamento jurídico podem prevalecer sobre a necessidade de assegurar a realização dos direitos sociais.

5.2 A ação comunicativa e sua contribuição na composição de conflitos

Quando se busca uma reflexão sobre a justiça e pacificação social, é necessário destacar a efetiva participação dos atores envolvidos em um determinado conflito.

O exercício racional do indivíduo na construção da solução para o litígio de forma consensual significa que utilizar a capacidade de argumentação das partes pode ser um meio informal e efetivo de acesso à Justiça. Esta racionalidade humana também exige que o direito na pós-modernidade reaproxime da filosofia, como é o caso do contato com a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

Jürgen Habermas é apresentado como filósofo, sociólogo, jornalista e

professor universitário de grande destaque na atualidade na valorização do papel da razão e da opinião pública e na apresentação de uma teoria comunicativa que aponta para a reconstrução da moralidade e da legitimação do direito²⁰. Nasceu na Alemanha em 1929 e seu pensamento foi influenciado pelos efeitos das duas grandes guerras mundiais que afetaram diretamente o seu País, principalmente presenciando a ascensão e queda no nazismo, ainda que muito jovem.

Habermas passa se tornar conhecido a partir da década de 50 do século passado como o principal filósofo e sociólogo da segunda geração da Escola de Frankfurt, se dedicando “ao estudo da sociedade com o devido afastamento da metafísica religiosa e da legalidade do positivismo para alcançar os mecanismos de legitimação²¹ do direito.” (FURLAN, 2013, p. 40).

Após concluir o seu doutoramento em 1954, Habermas foi assistente de Theodor Adorno em Frankfurt onde se dedicou ao estudo empírico sobre a participação dos estudantes na política que foi publicado em 1961.

Em seus estudos na evolução do seu pensamento, Habermas substitui a razão crítica pela razão comunicativa de forma a romper com a visão tradicional da primeira geração da Escola de Frankfurt, e passa a reconstruir o paradigma do Estado Democrático de Direito dentro de sua teoria discursiva. Para o filósofo, o agir comunicativo busca assimilar a facticidade (condição humana de cada um) e a validade (validade discursiva aceita):

Com o uso da linguagem orientada pelo entendimento, através da qual os atores coordenam suas ações (agir comunicativo), essa relação de tensão emigra para o mundo dos fatos sociais. Se antes era possível entender a facticidade dos eventos significativos e dos processos de fala como um momento necessário para a dimensão do significado e da validade, a partir de agora é necessário interpretar a tensão linguística desencadeada no agir comunicativo através das pretensões de validade como um momento da facticidade social, a saber, da prática comunicativa cotidiana através da qual se reproduzem formas de vida. (HABERMAS, 2010, p. 56).

A razão comunicativa proposta por Habermas se apresenta como uma razão dinâmica e que se ramifica nas dimensões do tempo, história, do espaço social, das

²⁰ Nota sobre Jürgen Habermas extraída da edição portuguesa da obra **Racionalidade e Comunicação**, traduzida por Paulo Rodrigues, publicado em Lisboa, em 1996.

²¹ Ao falar da legitimação do direito, Habermas apresenta que esta legitimação deve ocorrer com apoio nas leis legítimas “que garantam a cada um liberdades iguais”. Para o filósofo, “as leis morais preenchem esta condição per se; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político.” (2010, p. 52).

experiências de forma que o potencial racional do discurso é enriquecido com os fatos do mundo da vida.

Como instrumento de pacificação social, a contribuição do filósofo Jürgen Habermas e sua teoria da ação comunicativa (HABERMAS, 1989) que em geral é uma forma para que dois sujeitos com capacidade de linguagem e de ação possam buscar um consenso²², coordenando os seus planos de ação e estratégias (HABERMAS, 2004), a linguagem se mostra um papel fundamental para, diante de um juízo racional, a negociação levar à resolução de controvérsias, desenvolvendo a fala argumentativa como forma de integração social.

Nota-se que há um respeito à liberdade para que os indivíduos em contato possam se expressar de forma racional direcionando a solução da controvérsia na qual estão envolvidas. Para isso, é necessária a reconstrução de pressupostos éticos no discurso construtivo de direitos para que os sujeitos capazes de fala e de agir possam se entender mutuamente.

Destaca-se assim o papel da ação comunicativa das partes para que cheguem ao consenso para resolverem a disputa que instauraram e para que busquem a reaproximação das mesmas promovendo um convívio pacífico posteriormente. A partir de Habermas, o consenso pode ser estabelecido por meio da argumentação proferida pelas partes diante de sua vontade racional sendo a solidariedade a condição indispensável para a realização do mesmo.

Para esta reaproximação da ética com o conteúdo normativo, Habermas defende que uma teoria moral não pode ser fixada de uma vez por todas em determinados conteúdos normativos, pois esta fixação passaria a afastar o ponto de vista moral da fundamentação filosófica sobre a norma.

Citando Habermas, “[...] a ética do Discurso privilegia características de juízos morais válidos que possam servir como ponto de referência normativa da via de desenvolvimento da capacidade de juízo moral.” (1989, p. 149). Tal premissa afasta a ideia que somente uma teoria normativa predomine na acepção do direito, e permite que até mesmo os atores envolvidos em um conflito possam livremente exercer juízos de valores sobre seus interesses.

²² Em Habermas: “Chegar a entendimento é o processo de dar origem a uma concordância segundo a base pressuposta de pretensões de validade que sejam mutuamente reconhecidas. Na vida cotidiana, partimos de uma base consensual e correspondente àquelas interpretações que são à partida de um dado adquirido por ambos os ouvintes.” (1996, p. 13).

Para chegar a este ponto, as partes devem ser submetidas a um processo de aprendizagem que modifica e aprimora as ações cognitivas de reconhecimento dos juízos de valores morais e que permitirá a sua utilização na solução de conflitos. Este processo de aprendizagem para o desenvolvimento da moral contribui para a capacidade de falar dos indivíduos envolvidos em conflito um conflito.

Citando ainda Habermas, este filósofo explica:

A ética do Discurso vem ao encontro dessas concepções *construtivista* da aprendizagem na medida em que compreende a formação discursiva da vontade (assim como a argumentação geral) como uma forma de reflexão do agir comunicativo e na medida em que exige, para a passagem do agir para o Discurso, uma *mudança de atitude*, da qual a criança em crescimento e que vê inibida na prática comunicacional cotidiana não pode ter um domínio nativo. (1989, p. 155). *Original com itálico.*

Desta forma, explica Habermas que durante o processo de aprendizagem as partes se desprendem dos valores atribuídos pelas normas para que elas mesmas façam a opção e decidam quais os valores merecem ser reconhecidos de forma consciente e livre.

O que se extrai de validade é a interação racional que deve existir entre as partes envolvidas em um determinado conflito para permitir que a vontade seja livremente manifestada e expressada através do discurso. Para chegar a este ponto em que as partes possam exercer livremente o discurso, imperioso que haja uma mudança na forma de como identificar os valores.

Um pressuposto de validade para os atos de fala é a capacidade de compreensão da situação em que os atores estão envolvidos resultando na interação, com a participação de todos os envolvidos dotados de capacidade plena de argumentar. Esta seria uma tarefa da filosofia moral para estimular a ação comunicativa.

Enquanto a filosofia moral se colocar à tarefa de contribuir para o esclarecimento das instituições cotidianas adquiridas no curso da socialização, ela terá que partir, pelo menos virtualmente, da atitude dos participantes da prática comunicativa cotidiana. (HABERMAS, 1989, p.67).

A atitude dos participantes envolve a expressão livre e racional de suas vontades através da linguagem. A linguagem se mostra um papel fundamental para, diante de um juízo racional, a negociação levar à resolução de controvérsias,

desenvolvendo a fala argumentativa.

A linguagem é responsável pela conexão entre os interlocutores de forma que para que se alcance um consenso é necessário que o ouvinte possa reconhecer de forma clara e segura as pretensões emitidas pelo falante e chegar a um acordo sem qualquer forma de pressão e através do mútuo entendimento.

Para que a linguagem possa ser praticada de forma positiva na ação comunicativa, é necessário que a expressão linguística seja adequada ao mundo da vida que cerca as partes envolvidas. Citando Habermas: “Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico.” (2010, p. 290).

O mundo da vida se configura com uma rede de ramificações de ações comunicativas que são difundidas nos espaços sociais e em épocas históricas de forma que a ação comunicativa também passa a se alimentar das identidades entre os indivíduos socializados, além de possuir como fonte alimentadora as tradições culturais e as ordens legítimas. (HABERMAS, 2010, p. 41).

A linguagem vem acompanhada de ações coordenadas que são influenciadas pelos atores e desta forma passa a ser fonte primária desta integração social, como fruto do agir comunicativo.

Neste caso, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. (HABERMAS, 2010, p. 36).

A linguagem com fins ilocucionários²³ permite que ocorra o entendimento entre os interlocutores para que se atribua uma finalidade executiva do enunciado, e está ligada diretamente à compreensão do significado do ato de fala para que os atores envolvidos busquem o consenso voltado para o entendimento.

Habermas ainda atribui ao Direito a função de introduzir a ação comunicativa no sistema político, social, jurídico e econômico, pois ele entende que o Direito possui mais do que uma função regulamentadora, mas também uma função

²³ A partir de John L. Austin (1911-1960), se explica a linguagem de fins ilocucionários quando determinada frase é na verdade uma ação e não somente uma sentença narrada (locucionária). Quer dizer que a frase ilocucionária ao ser dita, se está na verdade praticando uma ação. “A classificação de forças ilocucionárias dá lugar a enunciados “exercitativos”, “comissivos.” (1990, p. 85).

integradora.

Desta forma, Habermas expõe que a teoria da ação comunicativa está fundamentada nesta capacidade de integração através do mútuo entendimento entre os atores que exercem os atos de fala onde um motiva o outro a realizar a adesão de forma livre e sem instrumentos de coação. Assim, para elucidar, cita-se:

Chamo comunicativa às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se referam a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). (HABERMAS, 1989, p. 79).

Esta integração social que Habermas defende como imprescindível para a ação comunicativa se obtém através de uma reconstrução do direito. Em outro momento Habermas destaca que a ação comunicativa se orienta pelas normas de vigência obrigatória e que têm que ser compreendida pelos atores envolvidos no diálogo. Cita-se:

[...] entendo a *acção comunicativa* uma interacção simbolicamente mediada. Ela orienta-se segundo *normas de vigência obrigatória* que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas, pelo menos, por dois sujeitos agentes. (1968, p. 57). *Itálico no original.*

A linguagem no direito assume um papel transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, pois o direito se reproduz com a cultura e com as estruturas da personalidade, valorizando a sua competência socializatória e compreendendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social. A linguagem quotidiana, portanto, cumpre esse papel de mediar as normas institucionalizadas pelo direito e o mundo da vida, permitindo a compreensão e a realização do entendimento socialmente integrador.

As práticas transformadoras para solucionar conflitos são frutos da necessidade de se adotar técnicas que utilizam o poder linguístico voltado para o

entendimento mútuo.

Este entendimento mútuo espontâneo ocorre quando as partes estão diante de um procedimento de negociação, onde as mesmas aceitam os compromissos recíprocos que sejam vantajosos para todos, que excluam as pendências que se retiram da cooperação e que excluam explorado que investem na cooperação mais do que ganham com ela. “Os compromissos obtidos em tais negociações contêm um acordo que equilibra interesses conflitantes.” (HABERMAS, 2010, p. 207).

Na ação comunicativa, os atores envolvidos buscam o consenso através da linguagem que permita a compreensão recíproca uma vez que as partes possuem conhecimento de mundo em que estão envolvidos, permitindo reconhecer de forma livre e racional, quais são as melhores disposições para solucionar o conflito.

Neste cenário de negociação, a figura de um mediador ganha destaque para contribuir com o diálogo entre as partes na compreensão e interpretação dos interesses em conflito e nas vantagens e desvantagens de comporem um compromisso, mas este mediador não pode impor qualquer forma de solução para que as partes se submetam a ela.

Nas palavras de Habermas: “Esta solução implica o emprego de um mediador, que põe em movimento e promove negociações, não podendo, todavia, tomar decisões obrigatórias, porque ele não se encontra acima dos partidos.” (2010, p.178-179).

Assim, pode-se afirmar que a ação comunicativa se apresenta com uma alternativa à razão instrumental produzida pelo direito que permite reestabelecer vínculos sociais (integração social) principalmente quando operada na solução de conflitos.

5.3 A mediação como uma técnica de solução de conflitos individuais trabalhistas

No Brasil, por muito tempo o Poder Judiciário foi a instância prioritária que trazia o método para solucionar conflitos através de um provimento jurisdicional do juiz por ter sua legitimidade conferida pelo Estado. Nesta solução a capacidade de raciocínio e de diálogo dos indivíduos é totalmente ignorada, ainda que se pretenda promover a paz social.

No início das reformas processuais, a preocupação do legislador foi visivelmente dar uma solução ao excesso de processos em tramitação no Poder Judiciário. Não foi levada em consideração a necessidade de promover uma efetiva pacificação nas relações sócias, uma vez que as partes envolvidas no litígio permanecerão em convívio na sociedade. Conforme assevera Nathane Fernandes da Silva: “A educação social para o conflito é o instrumento para a realização da paz, bem como para o bom funcionamento da justiça, o que raramente se alcança no sistema judicial de solução de controvérsias.” (2010, p.174).

Com resultado dos movimentos pelo acesso à justiça da década de 70 iniciados nos Estados Unidos, a mediação passou a ser debatida sendo uma alternativa efetiva para a solução de disputas e para melhorar as relações sociais entre as pessoas envolvidas em um conflito.

A existência de mediação comunitária e mediação trabalhista em geral já existiam e os dados sobre a redução de custos e à efetividade quando à reparação de relações sociais passaram ser demonstrados em diversas pesquisas realizadas nos Estados Unidos (AZEVEDO, 2013).

A mediação começa a ganhar espaço em um momento em que a sociedade percebe que o Poder Judiciário tem falhado no cumprimento de seu papel de pacificador das relações sociais e que se encontra sobrecarregado de processos envolvidos em um excessivo formalismo processual. Daí a necessidade reavaliar os instrumentos de harmonia social mediante critérios justos com tendência a abandonar fórmulas exclusivamente positivadas e que privilegiam o diálogo, baixo custo, celeridade, autonomia e justiça.

Para Azevedo:

Ao se desenvolver esse conceito de “abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”, de fato, o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental visando o melhor atingimento de seus escopos fundamentais, ou até mesmo, que atinham metas não pretendidas diretamente no processo heterocompositivo judicial. (2013, p.28).

Cappelletti (2002) apresentou uma fórmula norte americana mais informal para a solução de pequenos conflitos do dia-a-dia, como pequenos danos à propriedade, ou delitos leves que ocorrem na habitação ou no trabalho, que seriam os denominados “tribunais vicinais de mediação.”. A partir de então, o autor expõe

que foram criados os “Centros Vicinais de Justiça” com instituições que envolvem a comunidade na facilitação de acordos sobre pequenos conflitos locais.

Na visão de Cappelletti, “a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos.” (2002, p.42).

A partir dos estudos de Bacellar (2012), é necessário explicar brevemente sobre as escolas da mediação que surgiram ao longo das décadas e suas linhas de atuação. A primeira é a mediação da escola de Havard que também é conhecida como mediação linear ou mediação tradicional, na qual possui um processo linear composto de fases bem definidas e tem como propósito o de reestabelecer a comunicação entre as partes para que se possam identificar os interesses e suas posições e assim construir o acordo.

A segunda escola é a mediação circular-narrativa ou também denominada de modelo Sara Cobb, onde se exerce uma visão sistêmica da com foco tanto nas pessoas envolvidas quanto no acordo a que se pretende chegar, considerando de modo geral as suas histórias e suas relações recíprocas.

A terceira escola que se identifica é a mediação transformativa, também conhecida como modelo Bush e Folger, e possui como principal propósito o de transformar a postura adversarial das relações sociais através da identificação das necessidades nas pessoas e prestigiando as suas capacidades de escolhas e de decisões. Esta modalidade adota uma postura colaborativa para que as partes, diante de uma natural interação, possam se chegar a um acordo.

A quarta escola é a mediação avaliativa ou avaliadora se apresenta como sendo a modalidade em que o mediador, após seguir todas as etapas previstas, e sem intervir ao mérito do conflito e agindo na procura das soluções oriundas as próprias propostas dos interessados, caso não se chegue a um acordo, oferece uma opinião sobre o caso com o objetivo de facilitar o acordo.

Estas são, portanto, as escolas de mediação e que se distinguem de acordo com a atuação do mediador e o resultado a que se pretende. Considerando a importância das distinções entre as escolas, Barcellar entende que não existe mediação avaliadora na essência, e explica:

Mediação é sempre facilitadora: ou é mediação, e o processo se desenvolve sem que o mediador intervenha no mérito do conflito, ou se trata de outro

método que pode ser adequado para determinar demanda, mas não deve ser denominado de mediação. É conveniente notar que as três primeiras modalidades descritas (a da escola de Havard, a circular narrativa e a transformativa) seguem a linha facilitadora e são efetivamente descrições do processo de mediação – cada qual com suas peculiaridades e contornos autocompositivos. (2012, p. 85).

A mediação se apresenta como uma técnica de desvendar os interesses das partes para que as mesmas adotem posições propositivas diante do conflito através do modelo consensual. Verifica-se que esta identificação será promovida através do estímulo ao diálogo.

No Brasil, a mediação começa a ser discutida nos anos 90 e, em 1998 começa a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, proposto pela Deputada Zulaiê Cobra (PINHO, 2011, p. 221).

Atualmente, a mediação está positivada na Lei nº 13.140²⁴, de 26 de junho de 2015 e no Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105/2015.

Várias definições de mediação são encontradas nos estudos sobre as técnicas alternativas para a resolução de conflitos. Revela-se importante identificar os elementos que compõem os conceitos que são apresentados na busca de identificar a sua aplicação na solução dos conflitos trabalhistas individuais.

A primeira nota característica da mediação é a sua natureza de ser um método consensual de solução de conflitos e que serve de princípio e base para a criação de instituições voltadas para a resolução alternativa de conflitos. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ dispõe de forma reiterada que a mediação é um instrumento efetivo de pacificação social e de prevenção de litígio. (BRASIL, 2010).

É uma das espécies de autocomposição²⁵, ou seja, uma técnica em que as próprias partes buscam a melhor forma para colocar fim ao litígio, com o auxílio do mediador, que apenas incentiva e esclarece os pontos de diálogo.

Pinho apresenta uma definição simples e direta de mediação como sendo “o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito.” (2011, p. 223).

²⁴ Ressalta-se que a Lei nº 13.140/2015 expressamente previu no parágrafo único do artigo 42 que a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

²⁵ Ao contrário de autocomposição, tem-se a heterocomposição, que é o método de solução de um litígio por um terceiro que não está envolvido na disputa, como as demandas solucionadas pelo juiz através da sentença. (NASCIMENTO, 2013).

Para Warat (2001) a mediação é vista como uma forma alternativa de intervenção nos conflitos, como uma possibilidade de transformação, tudo através da possibilidade assistida de podermos nos olhar a partir do olhar do outro para entendê-lo e a nós mesmos. Warat elucida que: “[...] a mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada.” (2001, p.42). Ele aponta que o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar o conflito.

Torres conceitua o Instituto da Mediação:

[...] é uma caminho possível que se disponibiliza às partes envolvidas num litígio, contando para isso com um terceiro estranho, atuando para facilitar a compreensão do problema, sem interferir diretamente, mas conduzindo os participantes para um ponto de equilíbrio. (2005, p. 168).

Paroski também apresentando uma definição de mediação expõe:

A mediação [...] não tem por finalidade a obtenção de um julgamento e de uma decisão por um terceiro imparcial, eleito pelas partes, como se sucede com a arbitragem, mas sim, a superação das divergências, visando a alcançar solução negociada pelos próprios interessados. Aquele que desempenha o papel de mediador torna viável o encontro entre as partes em litígio, o debate civilizado e, num grau mais avançado, o consenso quanto à solução a ser adotada por eles. (2007, p.174).

Destaca-se como o elemento comum aos conceitos apresentados a necessidade de se buscar a reaproximação das partes na técnica da mediação. A pacificação que se busca neste método vai além do mero fim do litígio, pois visa reestabelecer os laços de confiança e os compromissos recíprocos entre as partes.

Essa confiabilidade recíproca somente será permitida a partir do momento em que as partes compreendam o problema, exigindo uma sensibilidade tanto do mediador quanto dos litigantes de forma a estreitar as interações humanas. O intermediário é quem deve ter esta sensibilidade para propiciar que as partes busquem a decisão que melhor entendam como justa para elas.

Sobre o papel do mediador que deve estimular o diálogo entre as partes para promover a integração, explica Torres:

O essencial na mediação é que seja assegurado às partes o caminho da solução pacífica. Para tanto, é necessário que o mediador possua

condições profissionais suficientes, para, conhecendo a matéria em discussão, ter sensibilidade de saber ouvir, destacar com clareza e precisão os pontos divergentes ou comuns, e com isso, apresentar questionamentos e ponderações possíveis, propiciando uma conversação com habilidade para gerar confiança e disposição de resolver o conflito por consenso, sabidamente, onde a Justiça atua, marcando o direito, conseguindo a paz. (2005, p. 171).

É necessário estimular a utilização da mediação como instrumento para que as partes se integrem a partir da prática do diálogo. O diálogo na mediação propiciado pelo mediador permite que os interesses e necessidades dos envolvidos possam ser compatibilizados.

A mediação se apresenta, portanto, como uma técnica consensual de solução de conflito é muito peculiar, e por esta razão é pertinente apresentar os seus pontos que a diferencia da conciliação. Calmon (2007) apresenta as diferenças entre mediação e conciliação a partir de três pontos que são a finalidade, os métodos e os vínculos:

Quanto à *finalidade*, observa-se que a mediação visa a resolver com abrangência o conflito entre os envolvidos, ou na linguagem de CARNELUTTI, visa pôr fim à lide sociológica. Por seu turno, a conciliação possui o escopo menos ambicioso, contentando-se em resolver os litígios conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos. Não que haja qualquer impedimento para que se chegue mais ao fundo ou que seja vedada maior abrangência ao acordo. O traço distintivo que ora se estabelece diz respeito apenas à finalidade.

Quanto aos *métodos*, em poucas palavras pode-se afirmar que o conciliador assume posição mais participativa, podendo chegar a apresentar uma fórmula de autocomposição, ou seja, pode sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente com elas a este respeito. Já o mediador jamais interfere nos termos do acordo, devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, procurando não se manifestar sobre as propostas apresentadas pelos envolvidos. O mediador apenas assiste as partes, facilitando a comunicação, com o objetivo de favorecer a identificação de um acordo de recíproca satisfação.

Por último, o critério dos *vínculos*, em que se avalia a eventual ligação de determinado mecanismo com alguma estrutura preexistente. Por esse critério distinguem-se a mediação e conciliação, porquanto esta é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizado pelo próprio juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerce a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos. (2007, 111-112).

Por esta diferenciação, pode-se perceber que a mediação é uma técnica utilizada para a pacificação social visando a reaproximação das partes de forma que as mesmas cheguem a um consenso através do diálogo para que possam construir

espontaneamente a solução do conflito em um ambiente propício, podendo ser preferencialmente fora do âmbito do Poder Judiciário por um mediador que não tenha nenhum vínculo com as partes.

A estes elementos distintivos, acrescenta-se como prisma da diferença entre mediação e conciliação a natureza da relação com múltiplos vínculos, ou seja, que decorrem de uma convivência duradoura de forma que mesmo durante e resolvendo o conflito, o vínculo possa se manter naturalmente.

Todos estes elementos diferenciadores são resumidos no fato de a mediação oportunizar que as partes possam compreender os seus interesses e construir de forma autônoma a solução adequada para os seus conflitos através do diálogo livre, enquanto a conciliação é o instrumento em que as partes aguardam uma sugestão do conciliador para, a partir de então, analisarem os riscos do sucesso em um processo e posteriormente renunciar a direitos para colocar fim ao conflito.

O mediador possui o papel fundamental de estimular que as partes promovam o diálogo. Esta experiência prática de comunicação tem como principal finalidade que as partes possam compreender o conflito em que estão envolvidas para a construção da solução que as mesmas entendem ser mais justa.

O mediador é o terceiro neutro, que deve ter conhecimento técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo; sua função é a de restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações, ou seja, instruindo as partes quanto à maneira mais conveniente a portarem-se perante o curso do processo a fim de obterem a sua efetiva concretização. (AZEVEDO, 2013, p. 234).

Na mediação, as partes se encontram diante de uma negociação que deve ser integrativa, ou seja, a situação do conflito deve ser uma oportunidade de aprendizado e geração de ganhos mútuos, levando em conta a satisfação conjunta dos interesses envolvidos.

A partir do diálogo estimulado pelo mediador, os interessados vão se empoderar para assumirem o protagonismo de suas vidas voltado para a solução do conflito presente e dos futuros assumindo o seu papel transformador. Explica Azevedo ao citar Bush e Folger:

[...] devem ser considerados como objetivos da autocomposição, e indiretamente, de um sistema processual, a capacitação (ou

empoderamento) das partes (*i.e.* educação sobre técnicas de negociação) para que estas possam, cada vez mais, por si mesmas compor seus futuros conflitos. (2013, p. 22).

O empoderamento²⁶ está previsto na Resolução nº 125 do CNJ como um dos princípios fundamentais na atuação do mediador e sendo um dever do mediador estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição. Azevedo explica que: “Nesse contexto, o princípio do empoderamento estabelece a necessidade de haver um componente educativo no desenvolvimento do processo autocompositivo que possa ser utilizado pelas partes em suas relações futuras.” (2013, p.237).

Além de ser observado como orientação na atuação do mediador, o empoderamento se revela com um benefício da mediação para as partes que poderão utilizar deste método experimentado para a solução de futuros conflitos. É através da prática desta técnica que se pretende restaurar o senso de poder que as pessoas possuem de solucionar seus conflitos de forma autônoma.

Por esta razão, a comunicação entre as partes deve ser facilitada pelo mediador para que as partes exercitem a prática do diálogo racional de forma que esta experiência possa desenvolver e aperfeiçoar a capacidade de fala ideal.

Os conflitos individuais de trabalho podem ser solucionados com a técnica da mediação porque as relações trabalhistas perduram por um longo tempo entre empregador e empregado. Tanto durante o vínculo empregatício quanto após o seu rompimento as partes estão em constante interação social e tal circunstância deve ser considerada para possibilitar que as partes tenham a oportunidade de dialogarem em um ambiente propício para que as partes compreendam seus interesses e construam uma solução que entendam justa.

A solução do conflito através da mediação deve ser orientada pelo princípio da validação como forma de instituir maior humanização no processo de resolução de disputa. Explica Azevedo:

²⁶ Azevedo explica que “empoderamento” “é a tradução do termo em inglês empowerment significa a busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos.” (2013, p.100).

Esse princípio preconiza a necessidade de reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando a uma aproximação real das partes e uma conseqüente humanização do conflito decorrente da maior empatia e compreensão. A participação de um terceiro neutro ao conflito no decorrer do processo direciona cada parte para que tome consciência dos seus interesses, sentimentos, necessidades, desejos e valores, e para que cada uma venha a entender como e porque algumas das soluções ventiladas satisfazem ou não as suas necessidades. (2013, p. 238).

As condições de consciência e compreensão dos valores que podem ser alcançadas através do diálogo são elementos que propiciam a adesão das partes em examinar o conflito e construir uma solução justa que é reputada válida de forma que esta validade consciente fortalece o empoderamento das partes para conflitos futuros.

As Comissões de Conciliação Prévia devem ser apresentadas como instituições para estimular a participação das partes e de seus advogados na tentativa de buscarem soluções alternativas na composição dos conflitos trabalhistas individuais. No atual contexto da Resolução nº 125 do CNJ, os conflitos trabalhistas não foram contemplados²⁷ para serem resolvidos pelos núcleos de mediação que serão criados (BRASIL, 2010). Desta forma, cabe ao Poder Judiciário trabalhista em conjunto com os sindicatos que já instalaram as Comissões de Conciliação Prévia adotarem uma parceria²⁸ para que a mediação seja praticada em seu âmbito.

As Comissões de Conciliação Prévia precisam ser organizadas para proporcionar este momento pré-processual em que as partes poderão dialogar de forma livre e em um ambiente organizado sem os formalismos de uma sala de audiência no Poder Judiciário. O espaço físico deve se apresentar como um convite para as partes dialogarem, transmitindo a mensagem de que naquele espaço todas as questões trazidas pelas partes são importantes.

A experiência da mediação se torna adequada para solucionar os conflitos individuais de trabalho porque permite que as partes compreendam os seus interesses próprios e os interesses do outro e a partir de então, de uma forma flexibilizada, podem interagir através do diálogo e expor seus pontos de vista, suas frustrações, seus anseios e chegar a um consenso de qual a solução mais justa para

²⁷ Ao prever os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos o artigo 8º da Resolução nº 125/2010 especificou as áreas de atuação com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários.

²⁸ Dispõe o artigo 7º, VI da Resolução nº 125/2010 a permissão para propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

o conflito atual e os conflitos futuros que poderão surgir.

A solução destas controvérsias trabalhistas com a experiência da mediação também exige uma preparação especial do mediador diante da especialidade que os direitos trabalhistas possuem, principalmente em relação ao contexto da irrenunciabilidade. O mediador em um conflito individual trabalhista deve atuar, sobretudo para que as partes não se sintam injustiçadas com a solução do conflito, como corolário dos princípios do empoderamento e da validade.

Outra vantagem processual para a utilização da mediação através das Comissões de Conciliação Prévia é a celeridade na fase de execução das obrigações contidas no termo de acordo caso alguma das partes da cumpra espontaneamente o que foi avençado. Isto se deve ao fato de que o termo de acordo realizado nas Comissões não precisa ser homologado pelo juiz do trabalho e possui natureza de título executivo extrajudicial conforme preceitua o parágrafo único do artigo 625-E da CLT²⁹.

A redação do acordo bem como a sua assinatura devem ser realizados com a máxima atenção para reforçar a segurança sobre a sua validade e sobre o seu cumprimento. Sua redação deve ser clara, objetiva, simples e principalmente de cunho positivo, com proposições pacificadoras. O acordo deve refletir toda a negociação e estabelecer de maneira clara as formas de cumprimento das obrigações. No Manual de Mediação Judicial do ENAM, Azevedo explica que:

Além da clareza, a escrita do acordo carece de uma linguagem acessível às pessoas para as quais dirige. Uma linguagem rebuscada, além de desnecessária, dificulta a compreensão pelas partes e pode suscitar dúvidas quanto ao conteúdo do acordo. (2013, p. 209-210).

Desta forma, o acordo para ser bem redigido e não suscitar dúvidas quanto ao seu cumprimento espontâneo ou mesmo no caso da necessária execução trabalhista, deve ser objetivo, mas harmonizado com as especificidades do caso, descrevendo a forma construtiva e otimista de compromisso recíproco que foi buscada na mediação.

²⁹ Artigo 625-E (*omiss*).

Parágrafo único. "O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas."
Da mesma forma o artigo 876 da CLT prevê que os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados na forma célere regida pela CLT.

A legislação trabalhista, portanto, já cuidou de assegurar que a transação de direitos trabalhistas realizada extrajudicialmente no ambiente da Comissão de Conciliação Prévia contida no termo de acordo poderá ser executada diretamente na Justiça do Trabalho, sem necessitar de outra audiência, sendo o inadimplente citado para pagar ou cumprir a obrigação acordada no prazo de 48 horas.

As soluções alternativas aos conflitos trabalhistas individuais através da mediação significarão um efetivo acesso à justiça mais célere e mais justa, com a pacificação social e a re-interação das relações sociais decorrentes do vínculo empregatício, cabendo a proposta de reformulações do ambiente físico e a capacitação dos conciliadores para atuarem como mediadores para que adotem a prática da mediação no âmbito das Comissões de Conciliação Prévia intersindical.

5.3 Propostas de investimento e de reformulação das Comissões de Conciliação Prévia através da parceria com o Poder Judiciário trabalhista

O Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº 125 em 2010 apresentou algumas diretrizes para a criação de centros de mediação pelo Poder Judiciário. Conquanto a seara trabalhista não tenha sido expressamente contemplada pela Resolução, esta área tão especial do direito não pode ficar às margens de novas políticas de solução adequada de conflitos.

Diante da existência de Comissões de Conciliação Prévia instaladas por sindicatos, é perfeitamente compreensível que os conflitos trabalhistas possuem contornos de que podem ser resolvidos através do diálogo entre as partes. Muito embora estas Comissões são criadas e atuam no âmbito privado, a Resolução permite ao Poder Judiciário em estabelecer parcerias com estas entidades visando a utilização destas Comissões como centros de mediação pré-processual.

Mas para isso, e diante das várias características peculiares ao instrumento da mediação, o Poder Judiciário precisa investir nesta reformulação juntamente com as entidades sindicais para que este instrumento de acesso à justiça passe a ser experimentado previamente ao processo judicial e no âmbito destas Comissões de Conciliação Prévia intersindicais.

A Resolução nº 125/2010 é bem incisiva em permitir que o programa de mediação será implementado por uma rede composta de órgãos do Poder Judiciário

e por entidades públicas e privadas parceiras³⁰.

Assim, convém apresentar algumas propostas para desenvolver esta parceria do Poder Judiciário trabalhista com os Sindicatos e suas Comissões de Conciliação Prévia como o objetivo de estabelecer a reformulação destas organizações para servirem como centro permanente de mediação a partir das orientações contidas no Manual de Mediação Judicial, editado pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação³¹, sob a coordenação de André Gomma Azevedo.

Reforçando a Resolução nº 125/2010, o CNJ expediu a Recomendação nº 50/2014 para estimular e apoiar os tribunais na adoção das técnicas consensuais de resolução de conflitos.

A iniciativa deve partir do próprio Tribunal que deverá prever no seu planejamento estratégico o investimento nas Comissões de Conciliação Prévia para o seu aperfeiçoamento para a prática da mediação de forma permanente.

Cabe ao Poder Judiciário trabalhista juntamente com os sindicatos e federações formularem um convênio prevendo que as Comissões de Conciliação Prévia intersindical na localidade onde estão instaladas serão utilizadas para a mediação pré-processual, utilizando-se de suas instalações e de seu pessoal e prevendo os custos e a participação de cada entidade.

Deve haver a previsão de custos referentes às eventuais reformas nas instalações físicas e também deve estar prevista a forma de remunerar os mediadores e todo o recurso humano envolvido no procedimento de gestão da CCP. A discussão do orçamento deve ser adequada à realidade do tribunal de cada região e de acordo com a quantidade de Comissões de Conciliação Prévia que se interessar em aderir ao convênio.

Para garantir o respeito ao princípio da hipossuficiência que rege a relação processual trabalhista, as despesas processuais continuam sendo arcadas pela empresa, revertendo os valores para a própria manutenção da instituição da CCP.

É necessário que o Tribunal assumo o importante papel de investir na

³⁰ Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

³¹ A Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM foi criada no âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário, ao final de 2012, por ato do Ministro da Justiça, com a finalidade de oferecer capacitações e cursos presenciais e à distância em técnicas de mediação, conciliação, negociação e outras formas consensuais de solução de conflitos.

capacitação das pessoas que atuarão como mediadores. Azevedo explica:

Para contextualizar o propósito do núcleo em treinamentos utiliza-se informalmente a expressão “cérebro autocompositivo” do Tribunal pois a este núcleo compete promover a capacitação de magistrados e servidores em gestão de processos autocompositivos bem como capacitar mediadores e conciliadores – seja dentre o rol de servidores seja com voluntários externos. (2013, p.32).

A parte de treinamento de pessoal é de tamanha relevância que a sugestão que se apresenta é que esta preparação para a prática da mediação seja estendida aos advogados, magistrados, prepostos das empresas, dirigentes sindicais e qualquer pessoa física interessada em experimentar uma técnica melhor de negociar.

Em relação à preparação dos advogados, estes devem ser conscientizados do seu relevante papel de estabelecer as estratégias para alcançar os interesses do seu cliente, mas considerando que a mediação é um processo autocompositivo. Ou seja, exige-se na capacitação dos advogados que os mesmos desempenhem o importante papel de esclarecer as propostas das partes que as mesmas não vislumbrariam sozinhas, e ainda trazem a segurança para as partes de que as mesmas não estão transacionando sobre direitos de forma inadvertida. Explica Azevedo:

O advogado em processos autocompositivos deve ser estimulado para atuar com o intuito de compor a controvérsia de maneira criativa e incentivando seu cliente a entender as necessidades da parte contrária, a comunicar-se bem e com clareza, a buscar opções de ganho mútuo, a aperfeiçoar seu senso de empatia, dentre outras condutas. (2013, p. 242).

Nota-se que há uma mudança de paradigma na atuação dos advogados para que a mediação seja praticada, principalmente pelo fato de que estes profissionais terão que buscar uma nova mentalidade sobre os conflitos de seus clientes, devendo enxergar como uma nova forma de remuneração pelos seus serviços advocatícios. Esta preparação dos advogados deve ser supervisionada pela Ordem dos Advogados do Brasil através da Escola Superior da Advocacia.

Os tribunais, juntamente com as respectivas escolas judiciais, se responsabilizarão pela preparação do curso de formação dos mediadores, estruturando a matriz curricular contemplando as horas de aulas teóricas, aulas

práticas, aulas de estágio e aulas de supervisão, bem como elaborando e fornecendo todo o material para o curso de capacitação.

A capacitação dos mediadores deve ser aplicada em cursos interdisciplinares³² que apresentam o conteúdo teórico e a experiência prática sobre as técnicas do diálogo interativo, sobre a capacidade de comunicar de forma que a mensagem seja claramente captada entre os interlocutores e sobre as etapas da negociação que serão seguidas, como as reuniões individuais, a identificação dos problemas, a proposta de um resumo e o principal que é estimular que as partes permaneçam em um diálogo construtivo de propostas para solução do conflito.

Azevedo (2013, p. 103-104) avalia as características de um mediador eficiente e apresenta as seguintes habilidades que deve possuir:

- aplicar diferentes técnicas autocompositivas de acordo com a necessidade de cada disputa.
- escutar a exposição de uma pessoa com atenção, utilizando de determinadas técnicas de escuta ativa (ou escuta dinâmica) [...].
- inspirar respeito e confiança no processo.
- administrar situações em que os ânimos estejam acirrados.
- estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos.
- examinar os fatos sob uma nova ótica para afastar perspectivas judicantes ou substituí-las por perspectivas conciliatórias.
- motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa.
- estimular o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses.
- abordar com imparcialidade, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.

É fundamental que o mediador tenha habilidade de se comunicar muito bem e tenha capacidade para exprimir os seus pensamentos de forma clara e simples, e

³² Para Ivani Fazenda, a interdisciplinaridade sob a ótica da ordenação social faz o estudo dos métodos de análises do mundo em função das finalidades sociais destacando o impasse vivido pelas disciplinas que não conseguem de forma isolada solucionar problemas complexos (2008, p. 17).

também que tenha a sensibilidade de perceber os pensamentos expressados pelas partes.

O Convênio deve prever sobre a seleção de mediadores que tenham tempo livres para aprender e aperfeiçoar as técnicas autocompositivas; sobre a capacitação técnica com aulas teóricas e treinamentos práticos e simulados de habilidades na gestão de conflitos; estabelecer a fase de observação de sessões de mediação conduzidas por mediadores experientes; a supervisão que deve ser aplicada por mediadores experientes e tem a finalidade de uniformizar os procedimentos facilitadores; a avaliação pelo usuário como ferramenta importante para entender o grau de satisfação dos usuários quanto aos serviços prestados.

A proposta de convênio também deve prever quais as instituições serão contratadas através de licitação para aplicarem o curso de capacitação para mediação e gestão de conflitos através das Escolas judiciais, e para conduzir a adequação dos espaços físicos das Comissões de Conciliação Prévia para atender ao propósito de organizar um ambiente simples e convidativo para a promoção do diálogo e da negociação construtiva.

É recomendado que cada Tribunal do Trabalho constitua uma comissão para desenvolver os estudos necessários à implementação do convênio com as Comissões de Conciliação Prévia. Esta comissão deve ser composta de forma paritária com juízes do trabalho, advogados, representantes do Ministério Público do Trabalho, dirigentes sindicais representantes das categorias profissionais e econômicas, ou representantes de federação de sindicatos e representante do Ministério do Trabalho.

Estas medidas são iniciais e deverão ser aperfeiçoadas com o decorrer do processo de parceria através da análise das estatísticas produzidas pelo Tribunal sobre a efetividade das soluções consensuais realizadas e a satisfação do jurisdicionado, dos advogados, dos magistrados, das entidades sindicais e dos mediadores com este processo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos levantamentos bibliográficos realizados nesta pesquisa, pode-se constatar que ainda há um vasto campo de atuação e reflexão sobre os instrumentos de jurisdição e de acesso à justiça. As percepções a partir do pressuposto de que todo Ser humano é digno em direitos permitiram que a pesquisa se desenvolvesse de forma crítica ao sistema jurídico que a sociedade contemporânea está inserida.

As doutrinas e artigos científicos trabalhados revelaram que os pesquisadores no Direito estão buscando novas formas para aplicar a prática judiciária visando uma efetividade na justiça que deve ser concretizada de maneira mais célere. E tanto a doutrina quanto a legislação brasileira apresentam as soluções consensuais de conflitos como esta forma de prevenir ou mesmo solucionar um litígio.

Essas reflexões se revelam na forma de crítica ao sistema de monopólio do Poder Judiciário brasileiro para a solução dos conflitos, e que os fatores como a complexidade dos interesses na sociedade, a interferência do poder econômico no acesso à justiça e a busca constante pela efetivação dos direitos são vistos como causas ao problema da realização da justiça.

Além disso, a revelou-se a existência de uma crise no direito que, por si só, não consegue concretizar os anseios de justiça que se extraem das normas jurídicas, reconhecendo assim que o modelo criado no Estado moderno está passando por uma transformação voltada para a promoção do diálogo entre o direito, a filosofia e a sociologia que permitem extrair valores éticos e morais das normas jurídicas sendo denominados como pós-positivismo.

A análise da Resolução nº 125/2010 editada pelo Conselho Nacional de Justiça permitiu concluir que o Poder Judiciário está estimulando que todos os Tribunais adotem a conciliação e a mediação em seus órgãos ou em órgãos e entidades públicas ou privadas para que seja concretizada a política pública de tratamento adequado de conflitos judiciais e extrajudiciais.

Foram obtidos dados através da leitura sobre a mediação como um mecanismo de solução consensual de conflitos que pode ser uma forma efetiva para a concretização da justiça que as partes constroem a partir do diálogo consensual. A

pesquisa foi limitada em sublimar a aplicação do método consensual nos conflitos individuais trabalhistas nas Comissões de Conciliação Prévia Intersindicais a partir da perspectiva mediação à luz da ação comunicativa.

Para atingir os objetivos propostos e assim responder ao problema proposto adequadamente, foi necessário buscar os fundamentos que levaram à conquista dos direitos trabalhistas e verificou-se que estes direitos se consolidaram após a ocorrência de várias situações de exploração do ser humano, como o domínio do capital, da tecnologia, das jornadas de trabalho sem limitações, dos baixos salários e das condições de insalubridade que imperaram nos séculos XVIII e XIX propiciando a instalação da desigualdade social e da injustiça.

Foi oportunizada uma revisão sobre as concepções sobre a justiça desde o naturalismo, passando pelo direito moderno positivista e encontrando a crítica contemporânea intitulada pós-positivista sobre a realização de um sistema jurídico que precisa ser operado para promover a igualdade entre os indivíduos para além do positivismo, ou seja, da legalidade estrita, mas sem desprezar o conteúdo do direito posto, permitindo o diálogo da norma com princípios e valores como forma de efetivar a justiça e preservar as liberdades dentro de um espaço social democrático.

Nesta parte, foi interessante apresentar as distintas concepções sobre a justiça em Rawls e Habermas. O primeiro expõe que a justiça equitativa se realiza a partir da própria sociedade política concebida como um sistema equitativo de cooperação social, diante de uma ideia de reciprocidade existente entre os cidadãos. Já o segundo construiu o seu modelo de justiça através da teoria discursiva que fundamenta a aplicação prática do direito centrada em procedimentos ético-morais e idealizadora de pressupostos pragmáticos necessários do discurso jurídico.

A pesquisa se fundamentou na ideia de que a justiça que se busca concretizar e ter acesso deve imprimir a igualdade diante de um caráter de racionalidade social centrada na prática ética e moral que se exige dos indivíduos que vivem em uma sociedade política, através da comunicação garantida pelas instituições democráticas.

Restou definido, com base nas doutrinas pesquisadas, que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é na verdade simples terminologia, mas que para alguns autores, esta distinção se deve em razão do plano em que se foram firmados. Destacando a igualdade como elemento da justiça a que todos

perseguem, pode-se verificar que este direito fundamental é balizador da consolidação dos direitos fundamentais sociais, onde estão inseridos os direitos trabalhistas.

A eficácia horizontal destes direitos fundamentais sociais provoca uma forma inovadora de se praticar a justiça quando os indivíduos vinculam suas relações particulares a estas normas fundamentais, como um exemplo de que o empregado pode invocar determinado direito fundamental em seu contrato de trabalho mantido com o empregador. Percebe-se que esta vinculação dos particulares amplia o sentimento de justiça para aquelas pessoas reconhecidamente mais vulneráveis, como o caso dos trabalhadores.

Esta eficácia horizontal pode ser vista como fruto da integração social de forma cooperada e fundada na prática do diálogo ético-moral que norteia o agir comunicativo entre os particulares e represente um caminho para o acesso e a concretização da justiça. Assim, a análise do contexto histórico da conquista dos direitos fundamentais sociais permitiu dar o merecido destaque aos direitos trabalhistas como direitos inerentes ao Ser humano, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Como forma de construir o raciocínio lógico sobre a proteção dos direitos trabalhistas, a pesquisa explorou a sua evolução no cenário internacional e no Brasil e foi constatado que o princípio da igualdade, corolário da justiça, foi o orientador do desenvolvimento das normas internacionais que buscam implementar esta proteção da maneira mais uniforme nos países. Daí que foi destacado o surgimento e a atuação da Organização Internacional do Trabalho com as suas convenções e recomendações aplicadas aos países signatários.

Mas foi com a constitucionalização dos direitos trabalhistas a partir das constituições do México e da Alemanha no início do século XX é que se atribuiu a relevância de que estes direitos ocupassem capítulos no bloco de direitos fundamentais em razão da segurança jurídica que veda o retrocesso, da publicidade destas normas que passaram a possuir um amplo conhecimento na ordem interna e da clareza dos textos escritos que previam as normas de proteção aos trabalhadores como direitos irrenunciáveis. Os direitos trabalhistas, portanto, receberam o status de norma fundamental no âmbito interno de cada país, e não foi diferente no Brasil, conforme foi demonstrado na evolução dos direitos sociais trabalhistas nas

constituições brasileiras.

No contexto da evolução das normas brasileiras de proteção aos trabalhadores, o marco jurídico foi a surgimento do Poder Judiciário trabalhista com uma estrutura composta de juízes classistas representantes das categorias dos trabalhadores e dos empregadores que atuavam nas Juntas de Conciliação e Julgamento.

A justiça trabalhista sempre visou a conciliação como forma adequada de solução dos conflitos trabalhistas individuais porque esta modalidade permite uma composição mais célere e que atenda às necessidades dos trabalhadores e ocorriam diante de seus representante classistas, permitindo uma maior proteção na transação destes direitos.

A extinção das Juntas de Conciliação e Julgamento e dos juízes classistas representaram avanço para o Poder Judiciário trabalhista, pois as demandas trabalhistas passaram a ser conciliadas e julgadas monocraticamente por juízes togados. De certa forma, esta é a configuração do sistema jurídico brasileiro onde o Poder Judiciário assumiu o monopólio para resolver todos os conflitos entre os indivíduos.

Ao mesmo tempo em que as juntas de conciliação foram extintas, o legislador infraconstitucional cria a possibilidade de se instalarem as Comissões de Conciliação Prévia no âmbito dos sindicatos e das empresas conforme foi previsto na Lei nº 9.958/2000 que introduziu o Título VI-A com os artigos 625-A ao 625-H na Consolidação das Leis do Trabalho.

As Comissões de Conciliação Prévia foram vistas como um grande avanço para manter o princípio da conciliação que rege o processo trabalhista voltado para uma célere solução do conflito trabalhista e de maneira informal no âmbito dos sindicatos e previamente à propositura de uma ação judicial trabalhista.

A celeridade foi garantida inclusive em relação à natureza jurídica do termo de acordo celebrado na CCP com força de título executivo extrajudicial pleno sem a necessidade de homologação posterior pelo juiz do trabalho e com liquidez e certeza para a execução imediata na justiça trabalhista em caso de descumprimento.

A crítica que se fez nesta pesquisa é sobre a forma como a solução dos conflitos trabalhistas é tratada nestas comissões, o que fez cair no descrédito das partes, dos magistrados e dos advogados. Muitas vezes, este ambiente extrajudicial

não inspira confiança das partes envolvidas no conflito para que a negociação e a transação ocorram de forma justa para as partes.

Diante da proposta de transformação das CCP em uma entidade voltada para a adoção de práticas democráticas de diálogo para que o Poder Judiciário trabalhista possa utiliza-las como núcleos permanentes de mediação em conflitos trabalhistas individuais, nesta pesquisa se teve a oportunidade de explorar a mediação como instrumento de acesso à justiça traçando as suas características peculiares que a distingue da conciliação.

No estudo sobre a experiência da mediação, a ação comunicativa apresentada por Jürgen Habermas se revelou como uma estratégia racional que privilegia um novo paradigma para a transformação democrática no acesso à justiça assimilando a condição humana de cada um (facticidade) e a validade discursiva que é aceita nas interações sociais (validade).

A partir da leitura sobre a teoria da comunicação de Habermas, pôde-se constatar que o novo paradigma nas relações sociais é a prática da linguagem voltada para o entendimento mútuo, interpretando as tensões linguísticas de cada um através das pretensões de validade em uma prática cotidiana que se reproduzem formas de vida.

Na visão deste filósofo, através do agir comunicativo, dois sujeitos com capacidade de linguagem e de ação podem buscar um consenso, coordenando os seus planos de ação e estratégias, promovendo a pacificação social. Assim, a linguagem se mostra um papel fundamental para, diante de um juízo racional, a negociação levar à resolução de controvérsias, desenvolvendo a fala argumentativa como forma de integração social.

Feita a análise da teoria da comunicação, verificou-se que é necessária a reconstrução de pressupostos éticos no discurso construtivo de direitos para que os sujeitos capazes de fala e de agir possam se entender mutuamente e cheguem ao consenso para resolverem a disputa que instauraram com a válida reaproximação das mesmas promovendo um convívio pacífico posterior.

Como estratégia apresentada por Habermas, as partes devem ser submetidas a um processo de aprendizagem que modifica e aprimora as ações cognitivas de reconhecimento dos juízos de valores morais que são válidos de forma consciente e livre e que permitirá a sua utilização na solução de conflitos. Por isso a

capacidade de compreensão foi apresentada como um pressuposto de validade dos atos de fala para resultar em uma interação dos indivíduos.

A linguagem deve ser praticada através de expressões linguísticas adequadas ao mundo da vida que cerca as partes envolvidas. Devem-se considerar as ações difundidas no espaço social como fonte primária desta integração social. Daí a importância da busca de fins ilocucionários da linguagem para que ocorra o entendimento prático entre os interlocutores, ligado diretamente à compreensão do significado do ato de fala.

A integração social que Habermas defende como imprescindível para a ação comunicativa se obtém através de uma reconstrução do direito que assume um papel transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida.

Desta análise, constatou-se que diante da perspectiva da ação comunicativa de Habermas, os atores envolvidos buscam o consenso através da linguagem que permita a compreensão recíproca uma vez que as partes possuem conhecimento de mundo em que estão envolvidos, permitindo reconhecer de forma livre e racional, quais são as melhores disposições para solucionarem o conflito.

A partir da reflexão do agir comunicativo, a mediação se apresenta como o instrumento que busca a solução de conflitos através do diálogo mediado que permite a compreensão dos valores e interesses que estão na disputa pelas partes que agem de forma livre para resolverem o conflito de forma consensual.

Os vários conceitos de mediação encontrados na doutrina apresentaram como seu elemento fundamental o diálogo livre e consciente das partes voltado para a compreensão dos interesses em conflito.

A mediação foi apresentada como uma fórmula norte americana menos informal para resolver conflitos do dia-a-dia nas relações duradouras, como é a trabalhista. Esta técnica de solução de conflito desvenda os interesses das partes para que as mesmas adotem posições propositivas diante do conflito através do consenso que se chega a partir do diálogo.

Este diálogo é estimulado pelo mediador que desempenha o importante papel de facilitar o canal de comunicação entre as partes, sem interferir diretamente, mas conduzindo os atores envolvidos a um ponto de compreensão recíproca dos interesses em disputa. Desta forma, a promoção da solução do conflito é negociada pelas próprias partes através dos atos de fala livre e racional.

A técnica da mediação tem a vantagem de ser uma forma de promover a reaproximação das partes ao final da disputa. Além disso, tem um caráter pedagógico pelo empoderamento das partes para assumirem o protagonismo de suas vidas e resolver a disputa que estão envolvidas e as futuras disputas.

O empoderamento, portanto, se demonstra como uma forma de atribuir ao indivíduo a capacidade de resolver os seus conflitos futuros após a vivência da experiência de justiça vivenciada na autocomposição. A mediação assume um papel transformador, pois possui um componente educativo para as partes.

Desta forma, os conflitos individuais de trabalho podem ser solucionados com a técnica da mediação porque as relações trabalhistas perduram por um longo tempo entre empregador e empregado e este diálogo pode ocorrer em um ambiente propício para que as partes compreendam seus interesses e construam uma solução que entendam justa.

A solução de um conflito previamente a uma ação judicial nas CCP's através de uma reformulação, desenvolvendo as técnicas da mediação, promove condições de consciência e compreensão dos valores que podem ser alcançadas através do diálogo que propiciam a adesão das partes em examinar o conflito e construir uma solução justa que é reputada válida de forma que esta validade consciente fortalece o empoderamento das partes para conflitos futuros.

De forma conclusiva, a experiência da mediação se torna adequada para solucionar os conflitos individuais de trabalho porque permite que as partes compreendam os seus interesses próprios e os interesses do outro e a partir de então, de uma forma flexibilizada, podem interagir através do diálogo e expor seus pontos de vista, suas frustrações, seus anseios e chegar a um consenso de qual a solução mais justa para o conflito atual e os conflitos futuros que poderão surgir.

Verificada a possibilidade da aplicação da técnica de mediação para a solução dos conflitos trabalhistas individuais no âmbito das Comissões de Conciliação Prévia, a pesquisa atendeu suas expectativas fundamentais e, como forma de solução ao problema proposto, indicou práticas que devem ser adotadas entre o Poder Judiciário trabalhista e os sindicatos para que seja adotada uma parceria através de um convênio visando uma reformulação da CCP para adoção das práticas de mediação, funcionando como núcleos permanentes de mediação prévia extrajudicial.

Para isso, em suma, propõe-se a adoção de práticas, como: 1) que os tribunais do trabalho estabeleçam nos seus respectivos planos estratégicos o investimento na parceria com as Comissões de Conciliação Prévia; 2) a edição de convênio entre os órgãos do Poder Judiciário trabalhista e os sindicatos prevendo a reformulação e utilização das Comissões de Conciliação Prévia para funcionarem como núcleos permanentes de mediação pré-processual, estabelecendo a forma de utilização do espaço físico das CCP, bem como do pessoal que ali já trabalham; 3) a previsão de custos e de receitas orçamentárias, prevendo que as despesas processuais sejam arcadas pelos empregadores; 4) a estruturação da matriz curricular com aulas práticas e teóricas para a capacitação dos mediadores, bem como o desenvolvimento e fornecimento do material didático pelas escolas judiciais dos respectivos tribunais do trabalho.

Também apresentou-se como proposta que a capacitação de mediadores seja estendida aos advogados, magistrados, prepostos das empresas, dirigentes sindicais e qualquer pessoa física interessada em experimentar uma técnica melhor de negociar.

Outras práticas poderão ser adotadas e previstas no convênio que será elaborado após os estudos de viabilidade realizados por uma comissão composta de forma paritária com juízes do trabalho, advogados, representantes do Ministério Público do Trabalho, dirigentes sindicais representantes das categorias profissionais e econômicas, ou representantes de federação de sindicatos e representante do Ministério do Trabalho.

Em fim, esta pesquisa conseguiu atingir o problema inicial ao propor uma forma concreta de como as Comissões de Conciliação Prévia intersindicais podem ser utilizadas pelo Poder Judiciário diante de um novo paradigma de atuação para a solução de conflitos trabalhistas individuais através da mediação, onde se privilegia o diálogo racional das partes envolvidas na disputa de interesses, *in casu*, de natureza estritamente social.

Acredita-se no aperfeiçoamento destas propostas diante do papel incumbido ao Poder Judiciário trabalhista e das exigências sociais dos trabalhadores jurisdicionados, realizando os preceitos previstos na Resolução nº 125/2010 do CNJ para contribuir de forma inovadora com a solução adequada dos conflitos e garantir o direito fundamental ao acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, Catarina Bezerra; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Criação das centrais de conciliação, mediação e arbitragem em Pernambuco: uma análise de sua efetividade à luz do novo enfoque de acesso à justiça. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 211. p. 317-346, Set. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79542>. Acesso em: 8 mar. 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2 ed. Brasília: UnB, 1992.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A mediação como experiência de humanização do direito na pós-modernidade: inquietações a partir do pensamento complexo. **Revista Húmus**: Revista da Universidade Federal do Maranhão, São Luís, n. 1, p. 105-119, jan./fev./mar./abr. 2011.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Tradução Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. 4 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 2007, p. 129-173.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na pós-modernidade**. 2 ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 27 maio 2015.

_____. Recomendação nº 50, de 08 de maio de 2014. **Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Atualizada até a Emenda Constitucional nº 90, de 15, de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2015.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2139. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão, deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, vencidos os Senhores Ministros Relator e Cezar Peluso. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Publicada no **Diário da Justiça da União**. nº 94 do dia 22/05/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2160. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão, deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, vencidos os Senhores Ministros Relator e Cezar Peluso. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. **Diário da Justiça da União**. nº 94 do dia 22/05/2009.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** São Paulo, Forense: 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 35 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo : Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2011.

FAZENDA, Ivani. Interdisciplinaridade – transdisciplinaridade: visões culturais e epistemológicas. In: _____ (Org.). **O que é interdisciplinaridade?** São Paulo: Cortez, 2008. p. 17-28.

FERRAZ JUNIOR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça**. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Sousa Cruz, v. 5, Belo Horizonte: Arraes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo : Loyola, 2004.

_____. **Racionalidade e comunicação**. Tradução Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1968.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito**

constitucional. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13 ed. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntários**. nº 92, de 29, de junho de 1951.

Disponível em:

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312430:NO>. Acesso em: 15 out. 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. BRANCO, Maurício de Melo Teixeira. Estrutura da Organização Internacional do Trabalho: aspectos históricos-institucionais e econômicos. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de Alvarenga. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014. p. 75-80.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.1, p. 219-235, abr./jun. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAWLS, Jonh. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais como direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgangr (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 213-253.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez., 2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Nathane Fernandes da. Resolução não adversarial de conflitos: a mediação como instrumento pedagógico para a promoção de uma cultura da paz. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios**. Belo Horizonte : Fórum, 2010.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2 ed. aum. e atual. São Paulo: LTr, 1987.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo:

Saraiva, 2013.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VOLPATO, Gilson Luiz. **Ciência**: da filosofia à publicação. 4 ed. Botucatu: Tipomic, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.