

# MEDIAÇÃO (CIVIL E COMERCIAL) E CELERIDADE PROCESSUAL — PROPOSTAS PARA DINAMIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO E DA SUA INTEGRAÇÃO NOS TRIBUNAIS COMO MEIO DE REDUÇÃO DE PENDÊNCIAS

ANA CAROLINA VELOSO GOMES CARDOSO

**Resumo:** a redução das pendências processuais, com a correspondente diminuição da celeridade processual, tem constituído um desafio europeu nas últimas décadas. Neste artigo, abordamos a mediação como um meio alternativo para a resolução dos litígios que consegue repor a paz social e as razões para a sua pouca utilização em Portugal. Analisamos de forma crítica a conciliação judicial e os perigos decorrentes do papel ativo que a lei atribui ao juiz do processo na tentativa de conciliação, terminando com um conjunto de propostas concretas que permitirão um aumento da celeridade processual através da dinamização da mediação, introduzindo-a nas fases pré-judicial e judicial, responsabilizando os profissionais forenses pela sua divulgação e aceitação. As propostas efetuadas visam, ainda, alterar a clássica cultura social e judiciária, através da introdução da mediação no seio dos tribunais, a ser exercida por um grupo profissional novo: juristas mediadores, que serão, também, assessores dos juízes.

**Palavras-chave:** mediação; conciliação judicial; pendências judiciais; qualidade das decisões judiciais; incentivos à mediação; juízes advogados e mediação; criação do mediador/assessor judiciário.

## I. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

O incremento da litigiosidade a que se tem assistido, em termos globais, nas últimas décadas, com reflexo direto no recurso aos tribunais, determinou um acréscimo significativo das pendências judiciais, com o consequente aumento do tempo médio de resolução dos processos judiciais.

Fruto do desenvolvimento social e cultural, assistiu-se à denominada “judicialização das relações sociais”, a que acresce o surgimento de um elevado número de litígios baseados nas novas formas de comunicação e no

---

<sup>1</sup> Este artigo tem na sua génese a tese apresentada pela Autora como dissertação de Mestrado na FDUC na área de direito e processo civil, em maio de 2017, com o título “Mediação e Celeridade Processual”.

fácil acesso às mesmas pela generalidade das pessoas, na concorrência desenfreada entre os vários prestadores de serviços, muitas vezes, com recurso a métodos agressivos de publicidade, que, por si, geram vastíssimos conflitos, a maioria dos quais associada a pequenos valores económicos.

Certo é que o sistema judicial começou a ter grandes dificuldades em fazer face a tal aumento de litígios/pendências, com claro prejuízo para a administração da justiça, que por definição se exige que seja célere — para os cidadãos, para a economia nacional e global e, por fim, para os próprios Estados. É reconhecido que a pressão quantitativa sofrida pelos tribunais tem como contrapartida, de forma necessária, uma indesejável degradação das condições de funcionamento dos tribunais e uma sua proclamada ineficiência<sup>2</sup>, existindo uma constante tensão entre volume processual, celeridade e qualidade<sup>3</sup>.

A desjudicialização de conflitos e a criação de meios alternativos para a sua resolução, em termos de complementaridade do sistema judicial tradicional, tornaram-se, assim, imperiosas para assegurar uma justiça verdadeiramente eficaz<sup>4</sup>, o que foi reconhecido no âmbito da União Europeia e em cada um dos Estados-Membros.

No que toca à Mediação, poderemos, desde logo, afirmar que, ao recorrerem a este meio de Resolução Alternativa de Litígios (RAL), as partes optam pela gestão contratual do conflito, em lugar de assumirem o risco processual. São comumente enunciadas as seguintes vantagens do recurso à mediação: a economia de tempo, os seus reduzidos custos, a informalidade e flexibilidade do procedimento e a sua confidencialidade<sup>5</sup>.

São estas vantagens que defendemos deverem ser publicitadas, escalpelizadas e dinamizadas, de forma a que a mediação passe a constituir um meio eficaz para combater a morosidade processual, retirando aos juízes uma grande fatia do trabalho de que atualmente se ocupam e deixando-lhes tempo para julgarem e decidirem os pleitos que exijam, de facto, a sua intervenção.

---

<sup>2</sup> Conceição Gomes, “Os Atrasos da Justiça”, ed. FFMS, n.º 17, mormente págs. 89 e 108-109. Aqui se menciona que em 1991 entraram cerca de 770 mil processos nos tribunais portugueses e em 2004 cerca de 1.015.000, o que corresponde a um incremento de 32% de processos entrados.

<sup>3</sup> Não se conhecem estudos de onde se possa extrair o que será a celeridade ótima, mas existe a convicção de que estamos muito longe dela. Claro está que, dependendo da complexidade de cada processo judicial, a celeridade ótima de cada um é variável. Por isso se definem regras processuais aplicáveis a todos (porquanto não pode haver regras individualmente aplicáveis a cada processo), que tendem a preocupar-se cada vez mais, de forma genérica, com uma sua compatibilidade com a celeridade ótima.

<sup>4</sup> O movimento para a criação de Meios de Resolução Alternativa de Litígios (MRAL) terá tido início nos EUA, nomeadamente na Universidade de Harvard, havendo notícia de uma sua primeira institucionalização levada a efeito pelo advogado O. J. Coogler, que em 1971 fundou em Atlanta o *Family Mediation Center*. V. Juan Carlos Ortiz Pradillo, “La Mediación como Método de Solución de Conflictos en el Estado de las Autonomías”, in “Mediación, Justicia y Unión Europea”, Tirant Monografias, págs. 71-72.

<sup>5</sup> A título exemplificativo, Cátia Marques Cebola, “La Mediación”, págs. 92 e ss., e João Chumbinho, “Julgados de Paz na Prática Processual Civil”, págs. 69 e 77 e ss.

Daqui resultará, para além de uma justiça mais célere, uma justiça com uma qualidade superior, que tende a ser colocada em causa.

## II. MEDIAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA E EM PORTUGAL

No Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999, foi identificada como prioridade da Comissão a melhoria do acesso à justiça através, entre outros, da criação e fomento de meios alternativos/extrajudiciais de resolução de conflitos<sup>6</sup>. Assim, a Comissão apresentou em 19.04.2002 um Livro Verde, que efetuava o balanço da situação existente nos Estados-Membros e preparava medidas concretas a adotar, onde é constatada a utilidade dos MRAL para facilitar o acesso dos cidadãos à justiça, fundamentada no seguinte: em primeiro lugar, no facto de os processos nos tribunais serem lentos, complexos e onerosos, enfrentando alguns Estados uma situação de saturação do sistema judicial, nomeadamente face ao aumento de litígios transfronteiriços — pelo que o recurso aos MRAL poderia constituir um complemento do sistema judicial, capaz de agilizar os trâmites processuais e de aliviar a carga de trabalho dos tribunais (assim permitindo um melhor cumprimento do art. 6.º da CEDH e do art. 47.º da Carta de Direitos Fundamentais da União, que consagram o acesso efetivo à justiça como um direito fundamental dos cidadãos); em segundo lugar, na natureza flexível dos MRAL, baseados mais na cooperação do que na confrontação, na procura de um acordo em lugar de uma imposição, o que favorece a coesão social e familiar.

Em 2004, a Comissão elaborou e publicou um “Código de Conduta para a Mediação”, como modelo de autorregulação voluntária do sector. No mesmo, a Mediação é definida da seguinte forma: *“todo o procedimento em que duas ou mais partes acordam em designar um terceiro — o mediador — para as assistir na solução de um conflito através de um acordo, independentemente da denominação desse procedimento em cada Estado membro”* — noção esta semelhante à adotada na Diretiva n.º 2008/52/CE.

*“O Código contém uma série de princípios relativos à responsabilidade do mediador, à sua independência, neutralidade e imparcialidade, assim como à sua capacidade profissional. Aborda ainda certos elementos do procedimento, em particular os relativos ao livre consentimento das partes tanto no tocante ao recurso à mediação como ao seu resultado, à equidade no tratamento das partes e à confidencialidade”*<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. “La Directiva de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles y su aplicación”, de Maria Jose Martinez Iglesias, Chefe dos Serviços Jurídicos do Parlamento Europeu, in “La Mediación en Europa”, 2015, com a coordenação de Margarita García Tomé e José Luis Guzón Nestar, págs. 19 e ss.; e Cátia Marques Cebola, “La Mediación”, págs. 40 e ss.

<sup>7</sup> Veja-se a Autora e artigo citados em primeiro lugar na nota anterior (tradução nossa).

Finalmente, o Tratado de Lisboa (assinado em 13.12.2007) introduz de forma expressa a forma como será assumida a cooperação transfronteiriça de cooperação judicial, baseada no reconhecimento mútuo de decisões judiciais e extrajudiciais.

A Mediação, enquanto MRAL, veio a ser regulada comunitariamente através da **Diretiva n.º 2008/52/CE**, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, com o objetivo declarado de *“facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial”* (art. 1.º, n.º 1, da Diretiva)<sup>8</sup>.

Em Portugal, em 1982, Boaventura Sousa Santos, perante a proclamada “crise da justiça”, havia defendido a criação de alternativas ao modelo tradicional, consistentes *“na criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizados, informais e desprofissionalizados, que substituem ou complementam, em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornem em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível”*<sup>9</sup>.

É na Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, de 28.12, que se assume formalmente a necessidade de uma progressão da justiça que inclua um sistema mais acessível, próximo, célere, informal, visível, inteligível, participativo, responsável e que garanta uma reparação efetiva, sendo o caminho trilhado o do surgimento de *uma nova cultura de justiça, a cultura dos meios alternativos*.

Em 13.07.2001 foi publicada a Lei n.º 78/2001, que criou os Julgados de Paz (JP), que têm inserida na sua estrutura orgânica outro meio alternativo de resolução de litígios: a Mediação. Assim, no capítulo dedicado à organização e funcionamento dos JP, o art. 16.º prevê a instalação em cada JP de um Serviço de Mediação, sujeito às regras estabelecidas nos arts. 49.º a 56.º daquela Lei (na sua versão originária).

Mas foi através da **Lei n.º 29/2013, de 19.04 (LM)**, que, de forma efetiva, foi transposta para a ordem jurídica portuguesa a diretiva comunitária mencionada<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Para maior desenvolvimento, cfr. Domenico Dalfino, *“Accesso Alla Giustizia e Mediazione, Nel Quadro Normativo Europeo”*, em *“Mediación, Justicia y Unión Europea”*, Tirant Monografías, 927, págs. 125-155.

<sup>9</sup> In *“O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados”*, publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 10, de dezembro de 1982.

<sup>10</sup> Formalmente tal transposição foi anteriormente efetuada, em cumprimento do prazo estabelecido na Diretiva, em termos extremamente deficientes, através da inserção de normas soltas relativas à mediação no Código de Processo Civil, incluídas no Novo Regime do Inventário, introduzido pela Lei n.º 29/2009, de 29.06. Veja-se, a propósito, as acertadas considerações efetuadas por Vicente, Dário Moura, in *“A Diretiva n.º 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”*, Revista Internacional de Arbitragem e Mediação, n.º 3, 2010.

O art. 2.º da LM definiu a Mediação como “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”, definindo-se este como “um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”.

Seguindo a Diretiva Comunitária mencionada<sup>11</sup>, estabeleceu a LM os princípios gerais aplicáveis à Mediação em Portugal, em geral, da seguinte forma: (1) *Princípio da voluntariedade* (art. 4.º da LM), que significa que o processo de mediação só pode ser iniciado por vontade das partes, podendo a qualquer momento terminar caso tal corresponda à vontade de uma das partes (liberdade de escolha, incluindo do mediador, de abandono e de conformação do acordo que põe fim ao litígio); (2) *Princípio da confidencialidade* (arts. 5.º, 18.º, n.º 3, e 28.º da LM; art. 7.º da Diretiva), que vincula não apenas o mediador, mas todos os intervenientes na mediação; (3) *Princípio da igualdade (das partes) e imparcialidade (do mediador)* [arts. 6.º, 26.º, al. f), e 27.º da LM], vinculativos para o mediador na sua relação com as partes; (4) *Princípio da independência do mediador* (art. 7.º da LM), consequência lógica do princípio anteriormente enunciado; (5) *Princípio da competência e da responsabilidade* (art. 8.º da LM): a competência constitui um pressuposto para aceder ao estatuto de mediador, uma obrigação de meios (arts. 26.º a 28.º da LM), encontrando-se o mediador sujeito às regras da responsabilidade civil, pré e pós contratual (art. 29.º da LM), nos termos gerais; e, finalmente, o (6) *Princípio da executoriedade* (art. 9.º LM), que confere aos acordos obtidos através da mediação a força de título executivo.

Encontra-se, desde 2009, prevista, ainda, a possibilidade de recurso à mediação na pendência de um processo judicial, atualmente no art. 273.º do Código de Processo Civil (CPC), em execução do considerando (XII), 1.ª parte, e do art. 5.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2008/52/CE, prevendo-se que a mediação possa ocorrer por *determinação* do julgador (tendo como pressuposto não sofrer de oposição expressa de qualquer das partes), ou por vontade das partes (n.º 2), não carecendo, neste caso, a suspensão da instância de confirmação judicial por despacho<sup>12</sup>.

O regime da suspensão da instância é distinto quando a remessa do processo para mediação seja efetuada por iniciativa do juiz ou por acordo e iniciativa das partes, desde logo quanto ao prazo de suspensão do processo judicial: ao recurso à mediação por acordo das partes é aplicável o prazo

<sup>11</sup> Que, em determinados aspetos, deu a liberdade aos Estados de, na respetiva transposição, optarem por introduzir certas especificidades, v.g. quanto à obrigatoriedade de recurso ao procedimento.

<sup>12</sup> Macieira, Jorge, “*Mediação de Conflitos*”, Conferência proferida na UNL em março de 2016, no âmbito das jornadas do CEJ sobre “*Balanço sobre o Novo Processo Civil*”, disponível em “[www.macieira-law.pt](http://www.macieira-law.pt)”.

máximo de suspensão da instância por acordo das partes, a saber, 3 meses — art. 272.º, n.º 4, do CPC —, devendo as partes no seu requerimento declarar qual o prazo que reputam necessário, com tal limite. Se a remessa do processo para mediação for determinada pelo juiz, sem que qualquer das partes se oponha (caso em que se entende que concordam com a decisão do juiz, conforme decorre da conjugação do n.º 1 do art. 273.º do CPC com o art. 218.º do Código Civil [CC]), o prazo de suspensão da instância fica ao critério do próprio juiz, segundo o seu prudente arbítrio (art. 272.º, n.ºs 1 e 3, do CPC).

Quando a remessa seja determinada pelo juiz da causa, a mediação terá lugar num sistema público de mediação, conforme previsto no art. 34.º da LM — normalmente, num JP, aplicando-se o disposto nos arts. 51.º e ss. da Lei n.º 78/2001, de 13.07, com a redação atualmente em vigor. Se o recurso à mediação ocorrer por iniciativa/acordo das partes, nos termos do n.º 2 do art. 273.º do CPC, estas poderão optar entre a mediação institucionalizada ou pela mediação *ad hoc*, recorrendo a um mediador constante da lista oficial de mediadores ou a outra pessoa escolhida pelas partes.

No decurso do prazo concedido ou previsto na lei (art. 272.º, n.º 4, do CPC), caso o mediador verifique não ser possível a obtenção de acordo de mediação, dá de imediato conhecimento de tal facto ao tribunal, preferencialmente por via eletrónica (a mais célere), cessando a suspensão da instância sem necessidade de ser proferido despacho judicial nesse sentido (n.º 4 do art. 273.º do CPC).

Encontrando-se pendente e com a respetiva instância suspensa um processo em tribunal, se na mediação as partes lograrem alcançar um acordo de mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via eletrónica (meio normal de prática do atos processuais — Portaria n.º 280/2013, de 26.08) — art. 273.º, n.º 5, do CPC, e 45.º da LM —, cabendo ao juiz do processo a sua homologação, verificados os pressupostos previstos no art. 14.º e 20.º da LM, já referidos, valendo o acordo como sentença, para todos os efeitos (sendo equiparada, processualmente, à sentença de homologação de uma transação) — art. 277.º, al. d), do CPC.

Caso contrário, findo o prazo concedido pelo juiz, nos termos do art. 272.º, n.º 3, ou o previsto para a suspensão da instância por vontade das partes (3 meses, nos termos do art. 272.º, n.º 4, do CPC), cessa de imediato a suspensão da instância, retomando o processo os seus normais trâmites.

### III. RAZÕES PARA UMA FRACA ADESÃO À MEDIAÇÃO

As formas consensuais (autocomposição) de solução dos conflitos têm uma importante função na pacificação social (nas relações familiares, de vizinhança, de amizade, de trabalho, comerciais, etc.), praticamente nunca alcançada através de uma decisão judicial — muito pelo contrário, porquanto normalmente o extremar de posições das partes e a convicção de terem toda

a razão do seu lado conduzem, a maioria das vezes, a que as incompatibilidades já existentes se tornem definitivas e inultrapassáveis, o que contraria os princípios básicos de uma sã e pacífica convivência social, tornando aquela resolução do conflito apenas parcial — uma vez que não se conseguiu pacificar a relação entre os intervenientes, frustrando-se o objetivo de alcançar a paz social.

Cada vez assume maior importância a gestão dos conflitos com vista à sua resolução pelos próprios intervenientes. Na verdade, e como afirmou Joaquim Chissano<sup>13</sup>, “[a] transformação de conflito vai para além da resolução do conflito e tem em vista uma profunda e permanente mudança do sistema (político, social ou económico) e realiza-se fundamentalmente em tempo de paz. Ela procura transformar a violência física e estrutural em mudança social construtiva que garanta o desenvolvimento harmonioso, o progresso, a igualdade e a justiça social”. Essencial para alcançar justiça material (possível) e garantir a manutenção das relações humanas, económicas ou políticas será a **eliminação das causas** que deram origem ao conflito, salvaguardando os interesses das partes em litígio — o que apenas se consegue, normalmente, através da autocomposição dos litígios.

Uma das funções essenciais da mediação é auxiliar a resolução dos litígios no momento em que surgem, procurando que as pessoas envolvidas se responsabilizem pelos seus atos e, em cooperação, procurem caminhos para obterem uma solução que proteja os interesses de todas<sup>14</sup>.

Relativamente à solução judicial dos litígios, há quem a tenha apelidado de *solução paliativa*, como um tratamento que serve para mitigar temporariamente o sofrimento, para suprimir sintomas da doença, mascarar uma situação difícil, evitar momentaneamente uma crise; mas que não trata a doença<sup>15</sup>.

No entanto, a generalidade da população em Portugal (em que a mediação não é obrigatória, ao contrário do que sucede, para vários tipos de litígios, v.g. em Itália<sup>16</sup>) não recorre à mediação para resolver os seus litígios. Exceção o sucesso da mediação nos Centros de Arbitragem de Consumo e a mediação sugerida que tem lugar nos JP, raros são os casos em que os litigantes recorrem à mediação para resolverem os seus diferendos.

Em primeiro lugar, deve-se tal facto a uma questão cultural: as pessoas estão habituadas a recorrer aos tribunais para solucionar os seus problemas,

<sup>13</sup> In “Primeira Convenção de Resolução Alternativa de Conflitos (RAL)”, a que presidiu, Ed. do Ministério da Justiça — Direção-Geral da Administração Extrajudicial, 2005.

<sup>14</sup> Cfr. Juan Carlos Vezzula, em artigo publicado na ob. cit. na nota anterior, e, ainda, do mesmo Autor, “Mediação — Teoria e Prática. Guia para Utilizadores Profissionais”, Ed. do Ministério da Justiça — Direção-Geral da Administração Extrajudicial, 2003.

<sup>15</sup> Miguel Veiga, in “Segunda Conferência — Meios Alternativos de Resolução de Litígios”, 2.<sup>a</sup> ed., 2005, Ed. do Ministério da Justiça — Direção-Geral da Administração Extrajudicial.

<sup>16</sup> Sobre a Mediação em Itália, v., p. ex., Gianpaolo Impagnatiello, “La Mediazione Civile in Italia”, e Ennio Cavuoto, “La Nuova Mediazione Obligatoria in Italia”, publicado em “Mediación, Justicia y Unión Europea”, coordenada por Inés Celia Iglesias Canle, Valencia, 2014, ed. Tirant Lo Blanch, págs. 125 e ss. e 299 e ss.

desde logo por estarem convencidas de que a lei lhes dá razão no conflito, do alto da sua íntima e arreigada convicção de lhes assistir total razão na posição que assumem. Esta predisposição das partes gera uma enorme desconfiança sobre a contraparte, diminuindo a possibilidade de diálogo.

Em segundo lugar, as pessoas têm tradicionalmente uma visão bélica do conflito e sentem necessidade de verem o contendor ser de alguma forma punido pela sua atuação, o que julgam alcançar apenas com a intervenção dos tribunais.

Finalmente, uma razão que atualmente é quase paradoxal: numa altura em que o sistema judicial atravessa uma crise muito propalada pelos meios de comunicação social, devido ao tempo necessário para a resolução dos processos judiciais, ao suscitar de dúvidas quanto à independência, à imparcialidade e mesmo à correta interpretação da lei por parte dos juízes<sup>17</sup>, os cidadãos continuam a preferir que seja um juiz a decidir os seus litígios, apesar de estarem convencidos da ineficácia do sistema judicial, em detrimento do recurso a meios que implicam uma negociação entre as partes e uma resolução amigável do diferendo.

Acresce que as políticas legislativas para diminuir as pendências judiciais se têm centrado quase exclusivamente em soluções que melhorem os seus números, assistindo-se a uma pressão exercida também sobre os magistrados para que diminuam pendências, menosprezando-se a qualidade substancial da justiça aplicada pelos tribunais e que resulta necessariamente numa menor preocupação pela busca da solução mais adequada ao caso concreto<sup>18</sup>.

O Estado/Ministério da Justiça tem também responsabilidade na pouca adesão dos litigantes a meios de autocomposição dos litígios, o mais importante dos quais deveria ser a mediação. Na realidade, o art. 9.º da Diretiva n.º 2008/52/CE dispõe que “[o]s *Estados-Membros incentivam, pelos meios que considerem adequados, a disponibilização ao público em geral, em particular em sítios da internet, de informação sobre a forma de contactar os mediadores ou as organizações que prestam serviços de mediação*”<sup>19</sup>. Em Portugal, não têm sido eficazmente divulgadas e publicitadas quer a existência deste modo de resolução de conflitos, quer as suas virtudes. Importa recordar que um número elevado de pessoas, nomeadamente no interior rural, não utilizam a internet, não tendo acesso à informação aí divulgada, e que apenas quem procura já os MRAL acede a informação disponibilizada na internet, o que pressupõe que conheça a sua existência e reconheça as suas virtualidades.

O Estado continua a atuar no campo da justiça efetuando múltiplas pequenas reformas legislativas relativas ao funcionamento dos tribunais e

<sup>17</sup> Esquecendo-se as mais das vezes que quem faz as leis são os políticos e não os juízes.

<sup>18</sup> No mesmo sentido, Joana Paixão Campos, “*A conciliação judicial*”, pág. 4; António Casimiro Ferreira e outros, “*Contextos e Desafios da Transformação das Magistraturas*”, ed. Vida Económica, págs. 62 e ss.

<sup>19</sup> O PE pretendeu acrescentar a esta norma a obrigação de a informação ser fornecida pelos advogados aos seus clientes.



seus processos, designadamente na sequência do memorando de entendimento celebrado em 2011 com o Fundo Monetário Internacional e a União Europeia, numa vã tentativa de, por essa via, agilizar os processos judiciais, simplificando os diversos passos processuais (cujos trâmites são sempre sujeitos ao contraditório e, na maioria das vezes, a um segundo grau de apreciação da decisão tomada, sendo assim de todo impossível uma resolução do litígio com a rapidez desejável), com resultados pouco animadores (problemas que são comuns a Espanha, Itália e França<sup>20</sup>).

No entanto, o mesmo Estado continua a não tomar medidas efetivamente incentivadoras ao recurso pelo cidadão à mediação, em conflitos que se encontram na livre disponibilidade das partes e nos quais estão em causa interesses de pequeno valor económico ou que são de fácil resolução consensual, o que é essencial para o descongestionamento dos tribunais — litígios que poderiam e deveriam ser submetidos e resolvidos com recurso à mediação.

Assim, o desconhecimento das pessoas deste MRAL; a falta de programas de mediação oferecidos pelo Estado e da sua publicitação adequada; a perceção geral de insuficiência de mediadores e da sua falta de qualidade; a ausência de contributo dos advogados para o recurso à mediação (contributo que é essencial, pois é a estes profissionais forenses que cabe aconselhar os clientes sobre o recurso à via judicial ou a um MRAL); fatores de ordem psicológica, como a aversão a perdas, que leva as pessoas a recorrer aos tribunais, mesmo nos casos em que a mediação é o meio de resolução mais adequado ao caso, designadamente do ponto de vista económico; o objetivo de reposição de *justiça*, quando não se coaduna com a flexibilidade exigida pela postura de quem recorre à mediação, privilegiando o recurso a uma solução pública mais onerosa; e o excesso de confiança com que as partes valorizam a sua versão dos factos, impedindo uma reflexão sobre a possibilidade de insucesso da ação judicial a propor<sup>21</sup> — tendo aqui os advogados um papel determinante na sensibilização dos clientes para os riscos de uma ação judicial, deixando muitas vezes essa função para os juizes, no âmbito da tentativa de conciliação obrigatória que ocorre já no decurso do processo judicial<sup>22</sup> — representam algumas das razões para uma fraca adesão à mediação.

<sup>20</sup> Veja-se o estudo de Nuno Garoupa, “O Governo da Justiça”, FFMS, setembro de 2011, mormente págs. 19 e ss., 69 e ss. e 83-84.

<sup>21</sup> “Justiça Económica em Portugal — RAL”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, págs. 43 a 45. V. ainda María José Martínez Iglésias, “La diretiva...”, cit., pág. 58, e ainda o interessante estudo de Álvarez, Gladys S. e outros sobre “Evaluación de la Ley de Mediación y Conciliación — Después del Primer Año de Vigencia”, a propósito da entrada em vigor da Ley 24.573, de 27.10.1995, na Argentina, publicação da Fundación Konrad-Adenauer, CIEDLA, onde são enunciados problemas de adesão, por parte do cidadãos e dos advogados, idênticos aos que aqui referimos, pese embora o sistema de mediação instituído na Argentina fosse parcialmente de mediação obrigatória.

<sup>22</sup> Perceção que resulta da prática judiciária, nomeadamente da autora.

#### IV. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: CRÍTICA À CONCILIAÇÃO JUDICIAL

A *conciliação* é considerada, igualmente, como MRAL, com características que a distinguem da mediação: enquanto a *mediação* é considerada um MRAL que tem na sua base a intervenção de um terceiro independente e exterior às partes, tem sido usual distingui-la da **conciliação**, afirmando-se esta como um meio de obtenção de uma solução consensual de um litígio no âmbito de um processo pendente em tribunal, no qual é o juiz que assume o papel de *conciliador*<sup>23</sup>.

Mas o terceiro interventivo em causa pode não ser o juiz, importando, neste momento, convocar a distinção entre o modelo de mediação denominado *evaluative mediation*, no qual o terceiro dá o seu contributo sobre possíveis soluções do problema, tendo um papel ativo na mediação, e o modelo de *facilitive mediation*, em que o terceiro se limita a facilitar a comunicação entre as partes<sup>24</sup>. No nosso país, embora se encontre consagrado na LM este último modelo, coexistem os dois modelos de mediação, fruto da mediação praticada nos conflitos de consumo — coexistência que entendemos não ser incompatível com os princípios estabelecidos na LM.

Em suma, a conciliação aproxima-se da *evaluative mediation*, existindo apenas uma diferença clássica entre ambas: é que na conciliação o terceiro/conciliador detém um *poder de decisão sobre o litígio*<sup>25</sup>.

Quer a mediação, quer a conciliação prosseguem uma finalidade idêntica: a resolução de um diferendo entre as partes através de uma decisão destas, correspondente à sua vontade (autocomposição do litígio), sem que a solução do litígio fique nas mãos de um terceiro. No fundo, são as partes que deram causa ao conflito que encontrarão forma de o ultrapassar, sendo a mediação ativa (*evaluative mediation*) mais adequada para situações em que não há um relacionamento entre as partes, como sucede nos litígios de consumo.

Na sua distinção prática, existe uma diferença fundamental: é que a mediação é um processo **confidencial**, encontrando-se os intervenientes sujeitos a uma rigorosa cláusula de reserva, como se referiu, enquanto tal característica raramente aparece na conciliação.

No CPC atualmente em vigor está prevista a realização de uma *tentativa de conciliação das partes*, na presença do juiz — à semelhança dos antecessores códigos, pois no sistema processo civil português sempre foi dada importância primordial à já mencionada finalidade de consecução da paz social, colocada num plano superior à da solução objetiva de direito, sempre que possível, obstando às injustiças decorrentes da aplicação da lei geral e abs-

<sup>23</sup> V., a título exemplificativo, Armindo Ribeiro Mendes, “A *Evolução da Regulamentação Legal em Matéria de Mediação — a Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril*”, in “O Livro dos Amigos de Luís Lingnau da Silveira”, págs. 37-38.

<sup>24</sup> Joana Campos, *ob. cit.*, pág. 12.

<sup>25</sup> Concordamos assim com o defendido pela Autora *cit.* na nota anterior, em *ob. cit.*, págs. 13-14.

trata, que não tem em conta todas as circunstâncias particulares do caso concreto na sua solução jurídica, e potenciando a cessação definitiva do conflito entre os interessados, que raramente uma solução judicial / de direito alcança<sup>26</sup>.

Porém, o deferimento do papel do conciliador ao juiz de direito não é consensual. *De jure constituto*, a tentativa de conciliação na pendência de um processo judicial encontra-se prevista no art. 594.º do CPC, referindo o n.º 2 que “*é presidida pelo juiz, devendo este **empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio***”. É obrigatória a sua realização na audiência prévia — art. 591.º, n.º 1, al. a) — e no início da audiência de julgamento — art. 604.º, n.º 2 —, podendo ainda ter lugar em qualquer altura do processo, por iniciativa do juiz ou a requerimento conjunto das partes — art. 594.º, n.º 1.

A Diretiva n.º 2008/52/CE estabelece, no Considerando (12), de forma a garantir a independência total do julgador e a confidencialidade da mediação, que o juiz só possa presidir a um processo de mediação se não tiver qualquer intervenção no processo judicial eventualmente existente (ou a existir) sobre aquele litígio, nos termos da legislação comunitária.

Sendo certo que a função do mediador é, predominantemente, na nossa lei, de mero *facilitador* do diálogo entre as partes sobre o litígio, não devendo efetuar sugestões de soluções concretas do problema que as opõe, mormente por poder alguma das partes interpretar tal sugestão como uma tentativa do mediador de favorecer a posição da contraparte, colocando desta forma em causa a sua independência e imparcialidade, parece constituir um *contras-senso* que o juiz do processo, que tem em mãos um concreto litígio para julgar e decidir, possa exercer as funções de *conciliador*, efetuando às partes propostas concretas de solução do conflito — que, aliás, deverão ficar consignadas em ata, tal como os fundamentos que as partes invocaram para justificarem a persistência do litígio, conforme estabelece o atual art. 594.º, n.º 4, do CPC.

O que suscita, em nossa opinião, uma série de problemas:

O primeiro prende-se com a **disponibilidade** do juiz para se dedicar à conciliação nos termos em que atualmente se encontra prevista. É consabido que, na prática e perante as elevadas pendências judiciais, tal não é de todo exequível, face ao aumento do trabalho atribuído a cada juiz nos últimos anos e à necessidade premente de lhe conceder tempo e um volume de serviço adequado para um meritoso exercício da sua função.

A intervenção do juiz como conciliador poderá ainda suscitar reservas éticas das partes e seus mandatários em relação ao juiz da causa<sup>27</sup>, correndo-se,

<sup>26</sup> V. Anselmo de Castro, “*Direito Processual Civil Declaratório*”, vol. III, Almedina, 1982, págs. 250-251.

<sup>27</sup> Na realidade, o juiz será uma parte interessada na obtenção de uma conciliação das partes, como forma de terminar mais um processo, podendo, em determinados casos e fruto das enormes pendências que enfrenta, utilizar procedimentos que sejam entendidos como

por outro lado, o risco de o juiz poder, ainda que de forma inconsciente, utilizar a sua *potestas* para tentar “forçar” as partes a conciliarem-se, diminuindo desta forma o seu trabalho futuro e relegando para segundo plano o conteúdo (equidade) desse acordo<sup>28</sup>.

De qualquer modo, este risco é, na prática, muito residual, uma vez que a primeira dificuldade com que o juiz se debate será a de efetuar uma verdadeira conciliação proativa, por não ter manifestamente tempo para o fazer. Uma tentativa de conciliação poderá demorar várias horas e exigir múltiplas técnicas de dissuasão, dependendo da matéria (numa causa de direitos reais ou de empreitada, a conciliação tendencialmente é muito demorada) e do tipo de partes na ação (com maior ou menor abertura para ceder na convicção da sua absoluta razão e compreender os benefícios para a paz social da “perda” de uma parte do direito que julga assistir-lhe) — tempo de que o juiz não dispõe.

Desta feita, não é de todo criticável que, na prática, na sua grande maioria, as conciliações presididas pelo juiz se limitem a questionar os mandatários das partes sobre a possibilidade de resolução consensual do litígio, deixando que sejam estes a esgrimir com os seus mandantes as várias soluções plausíveis de resolução amigável do litígio, sem qualquer intervenção ativa do juiz, enquanto conciliador.

Depois, colocam-se questões ao nível da **formação**: o juiz não é preparado para o exercício da conciliação, que, como se viu, lhe impõe *de jure constituto* um papel ativo na busca de uma solução justa — segundo a equidade — para o conflito, implicando a utilização de técnicas de cariz psicológico, sociológico e de persuasão que vão muito para além da função meramente facilitadora do surgimento de diálogo entre as partes que cabe ao mediador. O mediador está sujeito a um estatuto próprio, tem de frequentar uma formação exigente e adequada, ou seja, específica, inicial e contínua, segundo o art. 4.º da Diretiva, “*a fim de garantir que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente relativamente às partes*”<sup>29</sup>.

Ao juiz de direito, pelo contrário, nenhuma formação lhe é ministrada sobre a forma como efetuar uma conciliação. Na verdade, nas últimas décadas têm vindo a ser atribuídas ao juiz funções cada vez mais diversas, designadamente desde a reforma do processo civil operada através do Dec-Lei n.º 329-A/95, de 12.12. Apesar de se ter mantido o processo civil com uma matriz formalista, o juiz passou a ter de convidar os mandatários das partes a supri-

---

constituindo uma pressão sobre as partes para que obtenham um determinado acordo — nesse sentido, Mariana França Gouveia, “*Curso de Resolução Alternativa de Litígios*”, págs. 112 e ss., e, com exemplos concretos, Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, “*Justiça Económica em Portugal — Resolução Alternativa de Litígios*”, 2013, estudo editado pela FFMS.

<sup>28</sup> Mariana França Gouveia, “*Curso...*”, págs. 104-106.

<sup>29</sup> A Portaria n.º 345/2013, de 27.11, estabelece os requisitos para a certificação dos cursos de mediadores, a ser ministrados por entidades formadoras certificadas, e a própria LM, nos arts., 23.º a 29.º, contém os princípios básicos do estatuto do mediador.

rem as suas falhas, no campo quer dos pressupostos processuais, quer da própria matéria de facto alegada, na senda do poder inquisitório que lhe veio sendo concedido desde a publicação do CPC de 1939<sup>30</sup>. Ou seja, o juiz passou a ter, na prática, o papel de “garante” do cumprimento por parte dos mandatários das regras processuais vigentes<sup>31</sup>, comumente denominado como “*poder de direção do processo pelo juiz*”, e que ultrapassa a função de garante da liberdade e igualdade dos cidadãos que lhe incumbe, através da administração da justiça “*de acordo com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer*”, sendo a sua independência garantida pelo facto de se encontrarem obrigados, exclusivamente, a julgar “*segundo a constituição e a lei*” — arts. 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ), aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30.07.

Em nenhuma norma do EMJ, nas suas sucessivas alterações, se atribui ao juiz a função de conciliador ou de *conciliar*. Porém, e sendo certo que sempre existiu no nosso sistema processual civil a previsão de uma tentativa de conciliação das partes, *nunca qualquer lei havia anteriormente atribuído ao juiz uma função ativa, participativa, de ter de efetuar concretas propostas de acordo às partes*.

Em terceiro lugar, entendemos que a concreta forma como se encontra atualmente prevista a conciliação judicial é suscetível de colocar em causa, na aparência, a ***independência do julgador***.

Independentemente de o juiz assumir, ou não, na prática, aquele papel de conciliador, importa questionar o seguinte: *no caso de a tentativa de conciliação se gorar, que condições tem o juiz, a quem é legalmente atribuída a função de conciliador ativo, que efetuou determinadas propostas de solução concretas para aquele litígio — cuja provável solução jurídica lhe foi de todo impossível deixar de considerar (pese embora sobre a mesma não tenha tomado posição concreta) —, para continuar a tramitar o processo, produzir todas as provas e proferir uma decisão final sobre aquele concreto litígio que tentou conciliar? Não será de ponderar a existência de um maior risco de parcialidade do juiz*<sup>32</sup>?

Entendemos, assim, que a subsistir a previsão legal de uma tentativa de conciliação presidida pelo juiz do processo, este deveria assumir, no máximo, uma função similar à do mediador (exclusivamente no sistema de *facilitive mediator*), podendo apenas atuar como facilitador do diálogo entre as partes e seus mandatários com vista à resolução amigável do litígio, e nunca efetuar

<sup>30</sup> Joana Paixão Campos, “A Conciliação Judicial”, *cit.*, págs. 17 e ss.

<sup>31</sup> Não concordamos, assim, com quem defende que o reforço dos poderes do juiz corresponde à consagração de um sistema processual autoritário — Luís Correia de Mendonça, “Virus Autoritário e processo civil”, in Revista Julgar, n.º 1, jan.-abril 2007, págs. 67-98.

<sup>32</sup> Neste sentido, cf. Maria José Capelo, “La Médiation, une Autre Voie de Justice au Portugal”, in “New Development in Civil and a Commercial Mediation — Global Comparative Perspectives”, Carlos Esplugues / Louis Marquis, Heidelberg, Springer, 2015, p. 549.

propostas concretas de resolução amigável do litígio, mantendo, dessa forma, a necessária equidistância em relação às partes<sup>33</sup>.

Várias razões determinam esta nossa tomada de posição, contrária ao estatuído no art. 594.º do CPC em vigor:

- o juiz tem um conhecimento prévio de todos os pormenores da contenda, atento o princípio do dispositivo vigente em processo civil (art. 5.º do CPC), que impõe às partes o ónus de alegação de todos os factos (essenciais e instrumentais) nos seus articulados iniciais — arts. 552.º, n.º 1, al. d), e 574.º, n.º 1, do CPC;
- com os articulados, por outro lado, devem ser oferecidas todas as provas, designadamente documentos, conforme estipulado nos arts. 423.º, n.º 1, 552.º, n.º 2, e 572.º, al. d), do CPC;
- no caso de os factos alegados nos articulados carecerem de alguma correção de imprecisão ou concretização da sua exposição, previamente à marcação da audiência prévia, na qual, em regra, tem lugar a primeira tentativa de conciliação, o juiz tem o poder-dever de convidar as partes a suprir tais deficiências — art. 590.º, n.ºs 2, al. b), 3 e 4, do CPC;
- inclusive, deverá o juiz mandar juntar, antes da audiência prévia, qualquer documento que lhe permita apreciar exceções dilatórias ou conhecer, no todo ou em parte, do mérito da causa — art. 590.º, n.º 2, al. c), do CPC.

Desta feita, na altura em que o juiz designa a tentativa de conciliação, nos termos dos arts. 591.º, n.º 1, al. a), e 594.º do CPC, tem já organizado um processo onde consta a essencialidade quer dos factos que sustentam a posição de cada uma das partes, quer uma parte relevante da prova com base na qual decidirá, a final, aquele concreto pleito.

Munido de toda essa informação, não pode deixar de se considerar carecer o juiz da *exterioridade* exigível relativamente ao litígio que lhe é colocado quando preside à conciliação, que o mediador consegue manter. O juiz tem já uma panóplia de informação que lhe permite, na maioria dos casos, efetuar um prognóstico quanto à solução plausível de direito que irá aplicar a final, com uma ou outra *nuance*, dependente da produção de outros meios de prova (*v.g.*, pericial, testemunhal) para limar as arestas em falta.

A perceção das possibilidades de decisão jurídica final na fase de conciliação não deveria existir — uma vez que a única fonte para a decisão das partes com intervenção do conciliador deveria ser a equidade, conforme estipulado na lei<sup>34</sup>. Para esse efeito, indispensável se torna que o conciliador

<sup>33</sup> João Chumbinho, *ob. cit.*, pág. 75.

<sup>34</sup> Para além da subjetividade inerente à propostas concretas a efetuar, que implicam ainda a consideração das convicções, ideologias e valores individuais do juiz em causa — V. António Casimiro Ferreira e outros, “*Contextos...*”, *cit.*, págs. 65-67 e 101-103.

contacte diretamente com as partes e ouça o seu relato dos factos — o que determina que o juiz fique munido de uma informação mais completa do que a que consta do processo escrito.

***Em suma, a atual previsão da tentativa de conciliação tem como resultado a própria desvirtuação da conciliação.***

A conciliação visa subtrair os conflitos a uma solução puramente legalista, conduzindo a um resultado equitativo, que, para além de atingir um grau elevado de satisfação dos interesses das partes, permite que seja reatada uma relação entre os contendores, que o conflito colocou em crise. Se o juiz que preside à tentativa de conciliação é o mesmo que, no caso daquela se gorar, vai julgar aquela ação, ficarão em causa, pelo menos na aparência, duas das características essenciais do julgador: a sua imparcialidade e a sua independência. É que o juiz, ao conduzir da forma ativa que a lei lhe impõe (art. 594.º, n.º 3, do CPC) a tentativa de conciliação, mesmo que munido de todas as cautelas para não dar a conhecer às partes uma posição que terá já sobre a solução provável do pleito, tomou de alguma forma posição relativamente ao mesmo, plasmada nas indicações que foi transmitindo às partes com vista aos termos concretos da sua conciliação e nas propostas que efetuou — uma vez que a lei lhe impõe que se empenhe de forma ativa na obtenção de uma “*solução de equidade mais adequada ao litígio*”, na terminologia do legislador.

É o juiz quem deve propor tais soluções equitativas, conforme resulta do n.º 4 do mesmo preceito, sendo que nessas propostas de solução não poderá deixar de ter em conta toda a informação de que já dispõe, o que é do conhecimento das partes e seus mandatários, e a que lhe é fornecida na própria tentativa de conciliação. Este facto pode inclusive condicionar os litigantes, que poderão concluir ter o juiz tomado já uma decisão quanto ao desfecho do litígio, convencendo-os desse modo a aceitar a proposta, frustrando-se, desta forma, a voluntariedade que deverá basear o acordo conciliatório<sup>35</sup>. Se o juiz, com a sua intermediação ativa, encontrando-se numa posição de superioridade em relação às partes, controlando o conteúdo do possível acordo numa sua conceção subjetiva do que considere justo e equitativo<sup>36</sup>, lograr que as partes coloquem fim ao litígio por acordo, está cumprida

<sup>35</sup> “*JEP-RAL*”, FFMS, cit. págs. 49-50. Por esta razão, no sistema alemão prevê-se a possibilidade de repartição da tentativa de conciliação e do julgamento da causa por dois juízes diferentes.

<sup>36</sup> Joana Campos, *ob. cit.*, págs. 30 e ss., denomina este modelo de intervenção do juiz na conciliação como jurisdicionalístico, em contraposição ao modelo contratualista, em que o juiz não interfere no conteúdo do acordo entre as partes. De notar que, quando escreveu a obra em causa, a lei processual civil não impunha ao juiz, expressamente, o papel ativo que atualmente lhe atribui, defendendo a Autora que o juiz tivesse um controlo meramente formal sobre o processo de conciliação.

Sobre a influência das convicções e ideologias dos juízes na decisão judicial, v. Ferreira, António Casimiro e outros, “*Contextos e desafios da Transformação das Magistraturas*”, 2013, ed. Vida Económica.

a sua função de conciliador e promotor da paz social. Mas, se tal desiderato não for alcançado, poderá colocar em causa toda a segurança e confiança que os cidadãos devem depositar na justiça tradicional<sup>37</sup>.

Neste caso, em lugar de aproximar a justiça dos cidadãos, os tribunais contribuem para que as pessoas não compreendam as decisões proferidas, em prejuízo da confiança que o sistema judicial deve gerar aos cidadãos<sup>38</sup>.

**Pelo que defendemos que o juiz não pode atuar como conciliador, conforme atualmente se encontra prevista a sua intervenção no art. 594.º, n.º 3, do CPC em vigor.**

Entendemos, assim, que o atual modelo de *conciliação judicial* deve ser substituído. De igual forma, deverão ser criados mecanismos de incentivo do recurso à mediação, como verdadeira alternativa ao recurso aos tribunais.

As propostas concretas que a seguir se enunciam visam esses objetivos.

## V. PROPOSTAS PARA A DINAMIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

### a) *Efetiva aplicação do art. 273.º, n.º 1, do CPC pelos juízes*

O art. 273.º, n.º 1, do CPC em vigor, como se viu, confere ao juiz a faculdade de remeter um litígio para mediação, que não carece de acordo das partes, bastando-se com uma sua não oposição expressa. No entanto, pese embora esta norma se encontre em vigor desde 2009, apenas foi aplicada uma única vez a nível nacional — no âmbito do processo comum declarativo n.º 345/14.2TBLMG, do Juízo Central Cível da Comarca de Viseu, a nosso cargo, em que se discutia uma servidão de passagem e a violação de outros direitos reais. Na sequência da não oposição das partes, foi o processo remetido pela autora deste trabalho para mediação no Julgado de Paz de Tarouca, com sucesso. Na verdade, foi celebrado acordo de mediação entre as partes em menos de 30 dias (o litígio foi remetido para mediação a 29.03.2017 e o acordo de mediação foi celebrado a 27.04.2017) e devolvido ao tribunal (embora em suporte de papel) — sendo certo que o processo judicial se encontrava pendente desde 18.06.2014. No ofício da Senhora Juíza de Paz que acompanha o acordo de mediação, é referido ser este o primeiro caso a nível nacional de remessa de um litígio pendente em tribunal para mediação junto de um JP.

Em abono do acima defendido quanto à conciliação, importa referir que, no caso concreto, e antes de iniciarem uma abordagem das soluções plausíveis para o litígio, as partes terão passado longo tempo a descompor-se

<sup>37</sup> V. o recente artigo de Patrícia Costa, “A Conciliação Judicial à Luz dos Deveres de Imparcialidade do Tribunal, de Cooperação e de Boa-fé”, in Revista Julgar, n.º 31, jan.-abril 2017, págs. 161-196.

<sup>38</sup> María Rosa Gutierrez Sanz, “La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz”, 2010, ed. La Ley, pág. 31.



mutuamente, em termos que não seriam admissíveis em tribunal, perante um juiz, mas que é possível perante o mediador. Após uma “lavagem de alma”, lograram iniciar a negociação. Esta uma diferença fundamental que importa considerar e que eleva as capacidades da mediação como meio de resolução dos litígios.

Na verdade, existem matérias, como as relacionadas com direitos reais menores, que deviam ser resolvidas com recurso à mediação, modo essencial quer para a manutenção da paz social, restabelecendo a relação entre os contendores, quer para evitar o surgimento de outros litígios associados — sendo certo que o litígio tende a agudizar-se com o decorrer do tempo de pendência do processo judicial, conhecendo-se a interferência que tem no bem-estar psíquico dos intervenientes e das testemunhas que cada um indica (que veem a sua relação com a parte contrária e com quem está “do lado” desta degradar-se de forma irrecuperável, apesar de não terem intervenção direta no litígio).

A remessa de um litígio para mediação deve ser ponderada pelo juiz tendo em conta o seu objeto e a posição que as partes assumem nos respetivos articulados (donde se retira a existência ou não de predisposição para se sentarem e conversarem sobre uma solução para o litígio). É, assim, indispensável sensibilizar os juízes para a aplicação desta norma e para a importância do procedimento de mediação para a resolução de muitos dos conflitos pendentes em tribunal — no que o Centro de Estudos Judiciários deverá ter o papel essencial, enquanto entidade formadora dos juízes.

### ***b) Obrigatoriedade, de jure constituendo, nesses casos, de as partes iniciarem o procedimento de mediação***

O art. 273.º, n.º 1, do CPC, como se citou, dispõe que “[e]m qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo se alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa”. Entendemos que, atenta a ponderação já efetuada pelo juiz do processo anteriormente à remessa dos autos para mediação, o início do respetivo procedimento de mediação deve ter carácter obrigatório para as partes, revogando-se para o efeito a última parte do preceito transcrito (“salvo se alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa”) — alteração que se propõe.

A conferência do carácter obrigatório da remessa do processo judicial para mediação, nos termos propostos, não belisca o princípio da voluntariedade estabelecido na LM, porquanto mantém-se sempre a possibilidade de qualquer das partes desistir, em qualquer momento, do procedimento de mediação — o que consubstancia o cerne do referido princípio, e não o início do procedimento, que ocorre sempre com uma sessão de pré-mediação.

**c) Imposição aos advogados do dever de informação (de jure constituendo)**

Utilizando a característica fundamental que distingue a mediação de outros meios de autocomposição dos litígios, que é a **confidencialidade**, aliada à intervenção dos advogados, enquanto representantes e intérpretes jurídicos das partes nas sessões de mediação, dever-lhes-á ser atribuído o dever de divulgação e realce das respetivas virtudes — de pacificação das relações interpessoais. A publicidade deve ser acompanhada de informações suficientes para que os cidadãos valorizem as vantagens que a mediação pode implicar e percebam que o processo judicial deve ser o último recurso, dados os inconvenientes (económicos, pessoais, temporais) que muitas vezes o acompanham.

Por outro lado, entendemos igualmente não ter cabimento o receio dos advogados de perderem parte dos honorários que podem cobrar ao cliente por recorrerem à mediação, em lugar de intentarem a tradicional ação judicial. Cabe a estes profissionais esclarecerem os clientes das virtudes do recurso à mediação, no tocante à reposição da paz social, aos menores custos e aos ganhos na celeridade, acrescentando que estarão presentes no procedimento de mediação, representando os interesses dos seus clientes e intervindo ativamente nas sessões, podendo e devendo essa sua intervenção ser determinante para a resolução do conflito. O que, aliado à poupança de custos e tempo inerentes ao recurso a um processo judicial que evitaram, será suficiente para justificar os honorários justos para a solução daquele litígio em concreto<sup>39</sup>.

Aliás, o advogado que resolve de forma célere e a contento do cliente os problemas que lhe são colocados, poderá com essa postura angariar mais clientes e, assim, obter maiores proventos financeiros.

**Deverá, pois, ser imposto um dever geral de informação, a cargo dos advogados, da possibilidade e vantagens do recurso à mediação para resolução de um litígio concreto**, deixando para os tribunais, em primeira linha, a resolução dos litígios que estão subtraídos à disponibilidade das partes.

A violação desse dever de informação importaria que os advogados incorressem em sanções, de carácter disciplinar e fiscal, que abordaremos adiante<sup>40</sup>.

**d) Troca prévia de informação entre advogados e mediação (de jure constituendo)**

A prática generalizada de as partes apenas tentarem com seriedade uma sua conciliação imediatamente antes do início da audiência de julgamento, numa fase processual em que quase todos os meios de prova se encontram

<sup>39</sup> V. ainda *ob. cit.* na nota anterior, págs. 44-45.

<sup>40</sup> María José Iglesias, *ob. cit.*, pág. 56.

produzidos (nomeadamente quando há lugar à produção de prova pericial, v.g. as perícias médico-legais, no caso de danos físicos decorrentes de acidentes de viação, ou para aferir a invalidez permanente nos contratos de seguros respetivos, ou, ainda, nas perícias a defeitos de obra, nos conflitos que tenham por objeto contratos de empreitada), aconselha ainda à implementação da obrigatoriedade de, em determinados casos, os mandatários deverem proceder a uma **troca antecipada de informação, com vista à resolução extrajudicial do litígio, com recurso a um procedimento que poderá ou não ser de mediação.**

Assim, antes de iniciado o litígio judicial, os advogados das partes, por si ou através de um terceiro mediador (neste caso, assumindo a natureza de autêntica mediação), assumiriam o papel de conciliadores, mas munindo-se de mais elementos probatórios para o efeito. Designadamente, deveriam os causídicos, naquele tipo de litígios, e outros que se entendessem adequados, produzir extrajudicialmente meios de prova, como a prova pericial independente (o que, atendendo às estruturas independentes existentes em Portugal, é totalmente exequível), apresentando à contraparte a prova documental disponível e tentando, com base em tais provas e no diálogo, a obtenção de acordo sobre o litígio, com recurso inclusive a um mediador *ad hoc*.

Para o efeito, deveria ser regulamentado um processo extrajudicial muito simples de troca antecipada de informação, anteriormente ao procedimento de mediação, caso não logrem acordar logo sobre o litígio, de uma forma próxima à prevista no sistema jurídico inglês (que não inclui, neste particular, a mediação). Caso as partes não lograssem acordar, as provas produzidas seriam obrigatoriamente apresentadas em juízo com a instauração do processo judicial<sup>41</sup>.

As propostas ficariam a constar de instrumento escrito, prevendo-se sanções, nomeadamente tributárias, à parte que recusou no procedimento extrajudicial uma proposta idêntica ou mais favorável do que a obtida por sentença judicial.

Destacamos aqui a razão que consideramos mais importante para esta proposta: um dos principais benefícios da mediação, comparativamente com a resolução de um litígio com recurso aos tribunais, é a redução da assimetria de informação, fator que dificulta a celeridade processual. Na verdade, as partes não têm o mesmo conhecimento dos factos e optam por estratégias de litígio que bastas vezes dificultam um rápido desfecho de um pleito, por não terem o mesmo conjunto de informação (que apenas numa fase processual adiantada fornecem à contraparte e ao tribunal). Por esta razão, obrigando as partes a um confronto preliminar de ideias e da informação facilita-se a comunicação e, logo, permite-se maior celeridade na resolução do diferendo<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Veja-se a proposta, em sentido semelhante, constante do estudo da FFMS, em “JEP-RAL”, págs. 70-71.

<sup>42</sup> Não ignorando que terão de ser criados mecanismos, a ponderar, que impeçam, na medida possível, que esta fase se transforme num acréscimo de mera burocracia ou numa oportunidade de manipulação da outra parte, fomentando, ainda, manobras dilatórias.

### e) Custas judiciais e outros incentivos fiscais

No NCPC, foi introduzida, no n.º 4 do art. 533.º, a seguinte previsão: “[o] autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio”. Acrescenta o n.º 5 que “[a]s estruturas de resolução alternativa de litígios referidos no número anterior constam de portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”.

Pretendeu o legislador com esta norma incentivar os advogados a recorrerem à mediação, uma vez que as custas de parte englobam quer as taxas de justiça e encargos pagos, quer uma percentagem das mesmas como compensação dos honorários suportados pela parte vencedora, a cargo da parte perdedora (art. 26.º, n.º 3, do Regulamento das Custas Processuais<sup>43</sup>).

Porém, o art. 46.º da Portaria n.º 419-A/2009, de 17.04 (na redação introduzida pela Portaria n.º 284/2013, de 30.8), estabelece que, até à publicação da Portaria prevista no n.º 5 do artigo 533.º do CPC, as custas da parte vencedora são suportadas pela parte vencida e são garantidas as isenções e benefícios previstos na lei, independentemente do recurso a qualquer estrutura de RAL. A importante previsão do art. 533.º, n.º 4, do CPC, não se encontra assim em vigor, por não ter sido ainda publicada a Portaria em causa<sup>44</sup> — que não oferece qualquer dificuldade, uma vez que estão já definidas pelo próprio Ministério da Justiça quais são as estruturas de RAL oficialmente aprovadas.

Trata-se de uma **omissão que urge suprir, com urgência**, uma vez que os montantes envolvidos nas custas de parte são muitas vezes elevados, podendo assim esta acertada medida contribuir para um maior recurso das partes à mediação.

A aplicação desta norma, por outro lado, constituirá uma forma de controlo efetivo do cumprimento, por parte dos advogados, do dever de informação e da troca prévia de informação que consubstanciam as anteriores propostas.

Para além da implementação desta medida prevista na lei, não será, ainda, descabida a adoção de outras medidas económicas concretas de incentivo ao recurso à mediação, à semelhança do que já sucede noutros Estados da União Europeia, v.g. de natureza fiscal, no caso de litígios incidentes sobre contratos onerosos, e ainda no tocante a custas judiciais, nos casos em que as partes recorram à mediação na pendência de um processo judicial e terminem dessa forma o litígio, devendo no caso ser prevista uma isenção de custas ou uma sua diminuição significativa<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26.02.

<sup>44</sup> V. “Guia Prático das Custas Processuais”, e-book, 4.ª Ed., CEJ, disponível em “[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb\\_gui\\_a\\_pratico\\_das\\_custas\\_processuais\\_4edicao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_gui_a_pratico_das_custas_processuais_4edicao.pdf)”, pág. 190.

<sup>45</sup> A proposta de consagração de uma solução de distinta repartição de custas nos casos em que uma das partes, na pendência de um processo judicial, efetua uma proposta concreta

### **f) Criação de uma nova Assessoria nos tribunais de 1.<sup>a</sup> instância — Novo modelo de Mediação Pré-Judicial**

A justiça, para ser eficaz e útil, tem de ser célere<sup>46</sup>. A demora na resolução dos litígios civis e comerciais, além do mais, é suscetível de colocar em causa as relações sociais e/ou familiares ou o normal exercício do comércio, com reflexos na economia nacional, servindo inclusive de desincentivo ao investimento estrangeiro, tão necessário na conjuntura nacional que atravessamos. A demora na resolução dos processos judiciais relacionados com o exercício do comércio pode colocar em causa a saúde financeira de uma empresa, conduzindo à sua submissão a um Processo Especial de Recuperação (PER), ou, em última linha, à sua insolvência.

Para que se alcance o crescimento económico do país, impõe-se a existência de um sistema de justiça célere, eficaz e competente, sendo essencial que os operadores judiciais tenham presente, no exercício das suas funções, a relevância do seu papel na economia e no desenvolvimento económico e social do país — o que implica uma maior consciencialização da importância da qualidade do trabalho produzido.

A forma que tem sido considerada como a mais adequada à contribuição dos tribunais e dos juizes para essa eficácia é a celeridade processual, tendo em conta que a morosidade é considerada em Portugal um problema estrutural<sup>47</sup>. Todas as “reformas” efetuadas no campo da justiça nos últimos anos tiveram por único escopo o combate desse problema<sup>48</sup>. No entanto, maior celeridade não é sinónimo de maior eficácia ou qualidade da justiça<sup>49</sup> e esta é fundamental para garantir a confiança no sistema judicial, com reflexos diretos na economia nacional.

---

de resolução amigável à outra parte e esta a não aceita, podendo a repartição de custas ter por base esta proposta caso a sentença seja mais prejudicial ao recusante, depois de revelada aquela proposta no processo — efetuada no já citado estudo da FFMS “JEP-RAL”, págs. 69-70 — colide, em nossa opinião, com o dever de segredo profissional imposto aos advogados no decurso de negociações sobre um litígio, previsto no art. 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 09.07.

<sup>46</sup> Só assim se cumprindo o princípio do direito de acesso à justiça, basilar do processo civil, consagrado no art. 6.º da CEDH, no art. 20.º da CRP e no art. 2.º, n.º 1, do CPC. V. Rodrigues, Fernando Pereira, “O Novo Processo Civil — Os Princípios Estruturantes”, págs. 9 e ss.

<sup>47</sup> Boaventura Sousa Santos, “Para uma Revolução Democrática da Justiça”, Almedina, 2015, págs. 42-43.

<sup>48</sup> V.g., retirando dos tribunais determinados processos, como os inventários, o que nem agilizou esses processos, nem retirou trabalho aos tribunais, que continuam a ter de decidir questões colocadas nos inventários, agora no âmbito de ações comuns cíveis.

<sup>49</sup> Autora e ob. cit, págs. 44-45, onde refere: “A organização do sistema deve ter a consciência de que o objetivo a atingir é o controlo dos atrasos e não a sua eliminação pura e irracional”, impondo-se distinguir “os casos de lentidão processual decorrente da sobrecarga e das deficiências de desempenho do sistema de justiça, daqueles outros em que a morosidade se associa a uma intencional inação e não-decisão”, havendo assim dois tipos de morosidade: a sistémica e a ativa.

Encontra-se, no entanto, já comprovado que a alteração pontual de normas de direito substantivo<sup>50</sup> e processual<sup>51</sup> não é suficiente para alcançar tal desiderato. Impõe-se, para além da criação de uma nova cultura jurídica<sup>52</sup> e das medidas propostas de incentivo ao recurso à mediação, a criação **no seio da própria estrutura judiciária de 1.ª instância** de um grupo de profissionais que efetuem uma triagem prévia dos processos entrados (de natureza cível e comercial, objeto deste trabalho), aferindo das respetivas condições mínimas de procedibilidade<sup>53</sup>, de forma a efetuar um primeiro juízo sobre se o mesmo tem condições para prosseguir os seus termos.

Caso a petição inicial, aparentemente, não sofra de vícios graves<sup>54</sup>, conjuntamente com a citação para contestar serão as partes convocadas para uma sessão de pré-mediação já designada por estes profissionais, para data posterior à apresentação da contestação (dispondo assim nessa altura os autos da posição de ambas as partes), à qual presidirão no próprio tribunal.

Este novo grupo de profissionais adstritos aos tribunais, cuja criação e implementação prática aqui defendemos, para além de formação jurídica e uma prévia preparação para poder aferir dos pressupostos de continuação da instância perante um articulado inicial, será constituído por mediadores devidamente formados — porquanto o objetivo é o de terminar os litígios com a sua intervenção, através de um processo de mediação no início da fase judicial.

A marcação da sessão de pré-mediação e posteriores termos do procedimento de mediação, caso as partes acedam a celebrar o protocolo de mediação, pressupõem que o objeto do processo esteja na livre disposição das partes (**transigibilidade**).

Mantém-se a voluntariedade do processo de mediação consagrada no art. 4.º da LM, podendo as partes desistir, em qualquer momento, do respetivo procedimento. No entanto, essa desistência terá consequências.

O procedimento de mediação a ter lugar nos tribunais obedecerá aos princípios da *evaluative mediation*, cabendo as funções atualmente atribuídas ao juiz na tentativa de conciliação (art. 594.º, n.º 4, do CPC) ao novo profissional (**mediador/assessor**). Este deverá propor às partes soluções concretas do litígio, segundo a equidade, tendo em consideração as suas posições, utilizando, para o efeito, as técnicas de mediação adequadas e empenhando-se ativamente na obtenção de uma autocomposição do litígio. O procedimento ficará consignado por escrito e constituirá um processo paralelo e distinto do processo judicial respetivo (que fica automaticamente suspenso enquanto decorrer a mediação, com as consequências substantivas previstas na LM).

<sup>50</sup> *Vg.*, no arrendamento urbano.

<sup>51</sup> Reportamo-nos aqui às alterações ocorridas no processo civil em 1996 e 2013, que, pese embora a pertinência de uma sua análise, não poderemos neste trabalho desenvolver.

<sup>52</sup> Conforme defende Boaventura Sousa Santos, *ob. cit.*, págs. 39 e ss. e 145-146.

<sup>53</sup> Ao nível dos pressupostos processuais e da inexistência de nulidades, nomeadamente por ineptidão da petição inicial, considerando ainda a causa de pedir e o pedido.

<sup>54</sup> Deferindo-se naturalmente a decisão para o juiz, caso o processo siga os ulteriores trâmites.

A consignação por escrito do que ocorra na fase de mediação fica apenas naquele processo de mediação, sendo apenas acessível às partes e ao mediador, numa primeira fase (devendo a lei, *de jure constituendo*, prever formas de manter em segredo esta fase processual), e tem um objetivo: a responsabilização das partes pela não aceitação de uma proposta que venha a corresponder, ou a ser mais favorável, à que a sentença final do juiz venha a decidir. É que, neste caso, a parte que recusou aceitar o acordo de mediação determinou a produção de atividade judicial inútil, uma vez que o resultado final ou foi igual à proposta de acordo de mediação efetuada pelo mediador ou mais desfavorável à parte recusante.

Quando tal ocorra, justifica-se que o custo da tramitação do processo seja integralmente suportado pela parte que recusou subscrever o acordo de mediação, nos termos referidos. Deverá assim consagrar-se que, nesse caso, as custas do processo ficam a cargo dessa mesma parte (ou de ambas as partes, na proporção da sua recusa e do número de propostas havidas), que, na prática, deu causa à continuação da ação.

Será neste concreto caso que as atas das sessões de mediação terão de ser consideradas e passar a fazer parte do processo judicial (apenso), como justificação da condenação em custas pelo juiz nos termos referidos. O acesso ao apenso da mediação deverá, *de jure constituendo*, integrar uma nova causa de limitação de publicidade, a incluir no art. 164.º do CPC. Se tal não suceder, manter-se-á o procedimento de mediação totalmente confidencial.

Esta medida será executada da seguinte forma: após ser proferida sentença e antes de o juiz consignar a condenação em custas, o processo será apresentado ao mediador, que decide se se justifica, ou não, que o procedimento de mediação seja apenso aos autos para esse efeito.

Entendemos que esta nova estrutura processual civil, com a introdução da mediação prévia, a ser presidida por um profissional totalmente estranho ao julgador, mas que, por integrar a organização dos tribunais, com um efeito psicológico importante para as partes, que não deixam de considerar esta fase como judicial, reforçada pelos efeitos processuais que poderá a posição assumida por cada uma das partes vir a significar, determinará que muitos conflitos terminem nesta fase.

Sem prejuízo, e podendo sempre qualquer das partes não celebrar o protocolo de mediação ou desistir do procedimento a qualquer momento, sempre poderá no decurso do processo o juiz lançar mão do disposto no art. 273.º, n.º 1, do CPC, com as características acima mencionadas (desde logo, a obrigatoriedade de submissão a nova sessão de pré-mediação). E nem se diga tratar-se de diligência inútil, por ter sido anteriormente tentada, aquando do início da instância: é que o decurso do tempo mitiga a posição inicialmente mais irreduzível das partes na cedência das respetivas pretensões, pois possibilita-lhes uma maior reflexão quanto às virtudes da obtenção de um acordo sobre aquele litígio, quer em proteção dos seus direitos, quer na obtenção da paz social, quer mesmo na ponderação das consequências

económicas, sociais e processuais de uma recusa de ponderação de aceitação da(s) proposta(s) de acordo de mediação ou a apresentação de uma contraproposta séria e equitativa.

Certo é que, perante a introdução de uma estrutura judicial de mediação, o papel do juiz-conciliador e a própria previsão de uma fase de conciliação judicial deixam de ter fundamento — razão por que defendemos a sua eliminação, devendo a fase de saneamento processual (audiência prévia) iniciar-se apenas com o juiz a questionar as partes sobre uma eventual transação relativamente ao litígio, sem qualquer outra intervenção.

Assim se limitará a intervenção processual dos juízes à função soberana de julgar segundo a constituição e a lei, para a qual são tecnicamente preparados, o que lhes permite focalizarem-se totalmente nesse papel que lhes é constitucionalmente atribuído e não dispersarem-se por outras tarefas que lhes retiram grande parte da disponibilidade para o exercício das suas funções, e se contribuirá de forma decisiva para baixar o excesso da respetiva carga de trabalho, criando as condições para o incremento de maior qualidade decisória dos tribunais.

A dinamização e generalização do recurso à mediação como MRAL serão determinantes para a diminuição das pendências judiciais, não sendo indiferente às partes, face à cultura ainda dominante e às renitências que as pessoas ainda têm em regular um litígio fora das instâncias judiciais, que a mediação tenha lugar dentro da orgânica judiciária.

Apesar de não existirem dados publicados sobre a percentagem de processos judiciais que terminam por transação, a experiência dos magistrados judiciais da área cível permite afirmar ser elevada. No entanto, a maioria das transações é obtida em fase de julgamento, o que implica que o juiz despendeu já muito tempo com a tramitação daquele processo em concreto. Esta proposta visa, precisamente, evitar essa perda de rentabilidade da gestão do trabalho dos juízes, melhorando, por outro lado, face à diminuição inerente de processos judiciais a cargo destes, o tempo de pendência dos processos que prossigam para julgamento — contraponto da diminuição de pendências obtida com recurso à mediação.

Naturalmente que a implementação desta medida implica custos. No entanto, estamos convictos de que os benefícios que advirão da implementação do sistema proposto compensarão largamente esses custos, através precisamente da diminuição das pendências judiciais e correspondente celeridade na resolução dos litígios — quer através da mediação, quer no âmbito de um processo judicial, uma vez que resulta numa racionalização do trabalho do juiz, permitindo-lhe maior rapidez na decisão.

Para o efeito, deverá o juiz recorrer ao importante mecanismo previsto no art. 547.º do CPC. Esta norma, utilizada pelo juiz de forma eficaz, permite-lhe adaptar a tramitação processual, o conteúdo e a forma dos atos processuais a cada caso concreto, tendo em conta as especificidades do processo individualmente considerado (desde que seja cumprido o princípio do processo



equitativo), em cumprimento do princípio/dever de gestão processual, consagrado no art. 6.º do CPC<sup>55</sup>.

Passamos a caracterizar, de forma necessariamente sumária, o tipo de profissional cuja criação na orgânica judiciária propomos: um grupo de profissionais com formação jurídica e na área específica da mediação. Devido à sua formação jurídica, e aproveitando o modelo de gestão judicial atualmente em vigor, poderiam os **mediadores/assessores judiciais** assumir, consoante a pendência de cada comarca, algumas ou todas as funções previstas no art. 2.º, n.º 4, do Dec-Lei n.º 330/2001, de 20.12, em processos nos quais não interviessem como mediadores. A decisão em cada comarca em concreto, quer quanto ao número de assessores/mediadores necessários, quer quanto às funções a exercer extra mediação, quer inclusive quanto à secção onde ficariam sediados<sup>56</sup>, seria determinada pelo CSM, sob proposta do Juiz Presidente da Comarca e do Vogal do CSM adstrito à área em causa<sup>57</sup>.

No fundo, seria uma bolsa de profissionais, cujo número se determinaria caso a caso, sediados num ou em vários juízos de cada comarca, com uma primeira função de mediadores e, em segunda linha, de assessoria aos juízes de 1.ª instância.

## VI. CONCLUSÃO

A mediação constitui um instrumento fundamental para a melhoria do sistema judicial, a que acresce uma obtenção de paz social que o recurso aos tribunais não garante. Porém, a manter-se o estado em que a mediação atualmente se encontra prevista e executada em Portugal, está condenada a uma sua utilização residual: nem as pessoas, nem os advogados, nem os juízes veem vantagens na sua utilização ou pensam na mediação como um modo de resolução dos litígios com utilidade prática.

Acreditamos, no entanto, que a utilização eficiente e recorrente da mediação poderá constituir a solução para uma maior eficácia do sistema judicial.

---

<sup>55</sup> Constituindo esta norma um progresso importante no nosso sistema processual civil, introduzida pela reforma de 1995/1996 (Dec-Lei n.º 329-A/95, de 12.12), com resultados práticos desconhecidos. Este princípio, agora reforçado, carece ainda de ser escalpelizado e estudado, de forma a que os juízes consigam extrair a máxima rentabilidade possível dessa adequação do processo ao caso concreto (através da simplificação processual). Será uma forma de tornar mais efetivo o princípio da economia processual (procurar o máximo resultado processual com o mínimo emprego de atividade — Manuel de Andrade, *in* “*Noções Elementares de Processo Civil*”, 1979, pág. 387), contribuindo o juiz para que o processo civil deixe de ter as barreiras processuais que tantas vezes impedem que a qualidade seja aliada da rapidez. V. Fernando Pereira Rodrigues, “*O Novo Processo Civil — Os Princípios Estruturantes*”, págs. 95-99, 187-193 e 237-241.

<sup>56</sup> Dependendo do volume de entradas de processos das áreas cível e comercial em cada secção da comarca.

<sup>57</sup> Atendendo à organização judiciária vigente.

E só através de uma alteração legislativa que incentive de forma efetiva o recurso à mediação como meio de resolução dos litígios, integrando-a no seio do sistema judicial tradicional, se logrará alterar mentalidades, essencial para que os operadores judiciários e os cidadãos aconcheguem a mediação como um modo normal de resolverem os seus problemas. Essa alteração e a abertura a outra forma de resolução de litígios são as chaves para alcançar uma diminuição processual efetiva nos tribunais, permitindo a resolução mais célere dos conflitos que lhe são apresentados.

Por outro lado, impõe-se limitar a função do juiz, retirando-lhe competências que extravasam os princípios base da profissão, como a conciliação, e deixando-lhe tempo para decidir os litígios que necessitam efetivamente da sua intervenção. Alia-se, desta forma, a celeridade à qualidade das decisões judiciais.

Para o efeito, defendemos que a implementação das propostas efetuadas é imprescindível para alcançar esse objetivo. Não basta tomar um medicamento para curar a doença, sendo necessário um médico que o prescreva e doseie a sua toma. De igual forma, os problemas das pendências e da celeridade judiciais têm de ser atacados de forma eficaz, e com alguma dose de novidade, demonstrado que está não serem suficientemente eficazes as alterações legislativas levadas a efeito nos últimos anos. O edifício da justiça não é imutável e cabe ao legislador, em primeira linha, ajudar os profissionais forenses a alterarem a mentalidade tradicional vigente. Quando estes vejam implementadas alterações que funcionam, receberão de braços abertos o remédio, momento em que optarão por uma nova e necessária cultura judiciária.

Temos consciência da novidade das propostas que defendemos e das consequências da criação de um novo grupo profissional forense. Porém, estamos convictos de que as propostas aqui efetuadas são de fácil consagração legal e implementação, com claras vantagens ao nível do custo/benefício, bastando para o efeito que exista uma efetiva vontade política e a abertura dos profissionais forenses a uma visão mais atualista da cultura judiciária.

As soluções propostas são essenciais para ultrapassar os obstáculos à contínua morosidade na resolução dos processos judiciais, com a vantagem de podermos melhorar a paz social, pois com o decorrer do tempo de implementação das medidas as pessoas tenderão a valorizar este meio para a sua resolução.

A mediação é ainda a chave da paz social, porquanto permite afastar a visão bélica dos litígios que atualmente condiciona as partes, facilita o arrependimento e, ainda, consegue que cada uma das partes consiga ter empatia pela outra (*theory of apologies*<sup>58</sup>).

*Pede o cidadão, pede a economia, pede a justiça e pede o país.*

---

<sup>58</sup> Cf. Steven Shavell, "Alternative Dispute Resolution: Na Economic Analysis", The University of Chicago Press, "Legal Studies", vol. 24, n.º 1, jan. 1995, págs. 1-28.