

A MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO

MEDIATION IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND IN THE CODE OF LABOUR PROCESS

Albertina Pereira*

RESUMO

- A mediação constitui uma modalidade de justiça negociada, em que os sujeitos por via do diálogo encontram por si próprios, com a ajuda de um terceiro, a solução para o seu conflito, sendo também comumente referida como meio extrajudicial ou alternativo de resolução de litígios. Pelas potencialidades que encerra, pela natural ligação ao sistema judicial, mais do que meio alternativo ou concorrenciais dos tribunais, a mediação deve ser encarada numa perspectiva complementar e integrada do sistema de justiça, constituindo a mesma um relevante instrumento para se alcançar a justiça e a paz social.

- Para além das experiências de cariz privado que foram surgindo na sociedade portuguesa, a mediação está actualmente instituída pelo Estado nos domínios: familiar (questões decorrentes das relações familiares), civil (a que tem lugar na fase que antecede o julgamento no âmbito dos julgados de Paz), laboral (a respeitante aos litígios decorrentes do contrato individual de trabalho), juvenil (aplicável aos menores entre os 12 e os 16 anos que tenham cometido facto qualificado pela lei como crime) e a penal (circunscrita aos crimes puníveis com pena de multa ou de prisão até 5 anos).

- Por via da Lei n. 29/2009, de 29 de Junho, que alterou o Código de Processo Civil (CPC), foram introduzidas neste diploma legal a mediação pré-judicial e a mediação judicial, aplicáveis também no domínio do Código do Processo do Trabalho. A primeira, é da iniciativa das partes, previamente à instauração do litígio em tribunal e desde que não estejam em causa direitos indisponíveis, podendo ser requerida a homologação judicial do acordo obtido; a segunda, pode ter lugar, em qualquer estado da causa, por determinação do juiz ou por iniciativa das partes, em caso de acordo é o mesmo remetido ao tribunal para homologação. Encontra-se também consagrado no referido CPC o princípio da confidencialidade da mediação.

Palavras-chave: Mediação. Diálogo. Comunicação. Meio extrajudicial. Confidencialidade. Justiça. Paz social.

1. Não obstante não exista até o presente uma noção acabada de mediação, pode dizer-se que esta constitui uma modalidade de justiça negociada (os sujeitos por via do diálogo encontram por si próprios, com a ajuda de um terceiro, a solução para o seu conflito), sendo conhecida há muito tempo, utilizada em diversas culturas,

* Juíza Desembargadora do Tribunal de Relações do Porto.

embora sob diversas formas e designações. A mediação é, contudo, comumente referida como meio extrajudicial de resolução de litígios, de carácter informal, confidencial, voluntário e de natureza não contenciosa ou adversarial, em que as partes, com a sua participação activa ou directa, são auxiliadas por um mediador a encontrarem por si próprias uma solução negociada para o conflito que as opõe. Trata-se de uma técnica de resolução de conflitos, que tem lugar através de um profissional (mediador) que auxilia as partes a descobrirem os seus verdadeiros interesses, a preservarem-nos num acordo criativo em que ambos ganham e onde não há um perdedor nem um vencedor e que, nessa medida, pode constituir um instrumento de pacificação social. Através dela as partes são auxiliadas a analisar os seus verdadeiros problemas numa perspectiva flexível, de modo a que se torne possível falar sobre esses problemas, investigá-los, encontrar as suas verdadeiras raízes, a sua influência na vida como um todo e no relacionamento entre os próprios sujeitos. Por outro lado, o sigilo e a confidencialidade (característicos da mediação), em que todo o “processo” se desenvolve, aliados à confiança e ao respeito, que o mediador inspirará por via do cumprimento dos deveres de neutralidade, isenção e imparcialidade a que o mesmo está sujeito e deve compaginar as suas funções, implicam que o acordo obtido seja algo profundamente interiorizado e, como tal, verdadeiramente assumido (e cumprido) pelos intervenientes.

Porque assente no diálogo e na comunicação, a mediação pode também ser vista como a arte do compromisso, e uma forma de justiça horizontal, onde os cidadãos participam directamente na resolução do seu conflito. Pelas potencialidades que encerra, pela natural ligação ao sistema judicial, mais do que meio alternativo ou concorrencial dos tribunais, a mediação deve ser encarada numa perspectiva complementar e integrada do sistema de justiça.

2. O movimento internacional de incrementação dos meios extrajudiciais de resolução de litígios, também conhecido como *ADR - Alternativa Dispute Resolution*, onde se insere a mediação, verificou-se, sobretudo, a partir da década de setenta, em particular nos EUA e nalguns países da Europa, mas sua consagração legal é recente entre nós. Na realidade, para além de outras experiências de cariz privado que foram despertando na sociedade portuguesa, aquela apenas veio a ser institucionalizada pelo Estado português através do Despacho Normativo 12 368/97, de 25 de novembro, no que concerne à mediação familiar. Para o efeito foi criado o Gabinete de Mediação Familiar destinado a assegurar a prestação de um serviço público de mediação familiar em situações de divórcio e de separação, respeitantes à regulação do poder paternal, inicialmente abrangendo a região da grande Lisboa.

Numa clara aposta no desenvolvimento e aprofundamento deste tipo de mediação, aquele modelo viria a ser profundamente alterado, inserindo-se hoje mediação familiar no chamado Sistema de Mediação Familiar (SMF) que foi instituído pelo Despacho n. 18 778/2007, de 13 de julho. Este sistema está dotado de uma estrutura flexível: a mediação pode realizar-se em qualquer local que se revele adequado e desde que tenha sido disponibilizado por entidades públicas e privadas ou pelas partes em conflito; o seu âmbito material passou também a abranger os litígios surgidos no âmbito de relações familiares, nomeadamente, a regulação, alteração e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais; divórcio e separação de pessoas e bens; conversão da separação de pessoas e

bens em divórcio; reconciliação dos cônjuges separados; atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos; privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge; atribuição de casa de morada da família, aplicando-se tal sistema a todo o território nacional.

Mas a opção pelo incremento e aprofundamento da mediação não se ficou pelo domínio familiar. As vantagens que lhe são apontadas, a par das conhecidas dificuldades com que se vem debatendo o sistema judicial, aliadas aos compromissos comunitários e internacionais assumidos pelo nosso país, levaram a que a mediação fosse tornada aplicável a outras áreas, perpassando, hoje, o fenómeno mediatório por diversos campos do direito, como a seguir veremos, e da sociedade de um modo geral (a mediação é hoje conhecida ao nível das mais variadas instituições, como sejam as escolas, os hospitais, os municípios, etc.).

No domínio do direito penal dos jovens (menores entre os 12 e os 16 anos, que tenham cometido facto qualificado pela lei como crime), a mediação está prevista na Lei Tutelar Educativa (Lei n. 166/99, de 14.09 - artigos 42º, 104º, n. 3, alínea “b”). Aí se consagra a denominada mediação juvenil, que tem lugar por determinação das competentes autoridades judiciais, sendo a mesma desenvolvida por entidades neutras e imparciais (IRS). Neste campo de justiça (penal) juvenil, atentas às finalidades da Lei Tutelar Educativa, os principais objectivos da mediação não se traduzem tanto na reparação ou ressarcimento da vítima (como é próprio da justiça restaurativa), mas sim na responsabilização e a na ressocialização do menor; em suma, na educação do menor para o direito (o que pode ocorrer mediante arquivamento; suspensão do processo ou aplicação consensual de medida não institucional).

No plano do direito do trabalho, também foi acolhida a mediação, tendo sido instituído o Sistema de Mediação Laboral. Para o efeito foi celebrado um Protocolo em 5 de maio de 2006, entre o Ministério da Justiça e diversos parceiros sociais. Este serviço é promovido pelo Ministério da Justiça; encontra-se destituído de estrutura administrativa formal; é flexível e desconcentrado (a escolha do local da mediação é livre e cabe, por acordo, às parte e ao mediador), sendo seu elemento essencial o “Ponto de Contacto”, que é actualmente o Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios, do Ministério da Justiça, entidade a qual são endereçados os pedidos de mediação, e a qual compete, entre o mais, indicar o mediador de conflitos, que deve ser um profissional independente, habilitado em mediação laboral, sujeito aos impedimentos e suspeições constantes do “Manual de Boas Práticas do Sistema de Mediação Laboral”. Cabem neste sistema de mediação laboral os litígios surgidos no âmbito do contrato individual de trabalho, com excepção das matérias relativas aos direitos indisponíveis e aos acidentes de trabalho.

Na mesma linha, e na sequência da Decisão - Quadro do Conselho (2001/220/JAI), de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal, que fez apelo à necessidade da introdução da mediação no âmbito do processo penal, na tentativa de encontrar antes ou durante o processo uma solução negociada, com intervenção de pessoa competente, foi criado o Sistema de Mediação Penal, introduzido no ordenamento português, através da Lei n. 21/2007, de 12 de junho.

A mediação penal circunscreve-se aos crimes particulares e semi-públicos, puníveis com pena até 5 anos de prisão ou com pena de multa, e apenas tem lugar

na fase do inquérito, que é dirigido pelo Ministério Público e assenta numa perspectiva de Justiça Restaurativa e não retributiva.

Acresce a estes modelos a chamada mediação (civil) que tem lugar no âmbito dos Julgados de Paz e que já foi abordada em comunicação anterior.

3. Atentas às suas características e finalidades, a mediação pode constituir um relevante instrumento para se alcançar a justiça e a pacificação sociais. E, independentemente de se encontrar prevista no processo, ser complemento dele ou ocorrer extra-judicialmente, como sucede nos casos referidos, não será difícil de constatar que a mediação encontra-se inexoravelmente ligada ao sistema judicial que não pode ignorar. Seja porque as partes não chegaram a acordo e terão de recorrer ao tribunal, seja porque a mediação permite solucionar casos em que o pleito judiciário não logra verdadeiramente resolver o litígio, seja ainda, porque, tratando-se de solução flexível, rápida e económica, permite libertar os tribunais de vários casos que aí demorariam mais tempo a ser resolvidos. A mediação não se resume, pois, a um simples meio de desbloqueamento dos tribunais, ideia essa que poderia retirar-se da expressão meio “alternativo”. Na realidade, tanto os meios extra-judiciais como os tribunais são “instrumentos” a serviço dos cidadãos que buscam uma solução para os seus conflitos. São partes de um todo que é o sistema de justiça, onde o desempenho de um não poderá deixar de reflectir-se no outro e vice-versa, como vasos comunicantes que são e não podem deixar de ser. O que importa é dotar esses instrumentos dos meios adequados, articulá-los convenientemente, de modo a que, salvaguardando-se os pressupostos e requisitos em que cada um deles assenta, possam servir o cidadão na busca de um dos valores essenciais da sociedade que é a Justiça.

4. Ao contrário do que vinha sucedendo noutros países, o nosso Código de Processo Civil não continha qualquer regra a prever o recurso à mediação. Essa situação foi invertida com a Lei n. 29/2009, de 29 de junho, que, no cumprimento das medidas de descongestionamento dos tribunais e por força da transposição da Directiva 2008/52/CE, do Parlamento e do Conselho de 21 de março, veio consagrar a utilização da mediação em termos pré-judiciais e no decurso do processo, como adiante abordaremos.

A referida Directiva 2008/52/CE assume, na realidade, grande importância no domínio da mediação, na medida em que, estando direccionada para os litígios transfronteiriços (que, como se refere no art.º 2º, é o litígio em que pelo menos uma das partes tem domicílio ou residência habitual num Estado-Membro, distinto do de qualquer das outras), acaba por prever, nos seus considerandos, que as suas disposições devem igualmente ser aplicáveis aos processos de mediação internos e que a utilização dos meios judiciais e extrajudiciais de resolução de litígios são meios de assegurar um melhor acesso à justiça, bem como que o recurso à mediação pode ficar sujeito a incentivos ou a sanções desde que com isso se não impeçam as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial (pontos 5, 8 e 14).

Terá sido nesse enquadramento e no intuito de estimular o acesso à mediação que o legislador (através do DL 34/2008, de 26.02, que aprovou o Regulamento das Custas Processuais - RCP) aditou o art.º 447º - D, ao Código de

Processo Civil, por via do qual (no seu n. 4) estabeleceu que “O autor que podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as custas de parte, independentemente do resultado da acção, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio.” E ainda que, de acordo com o art.º 4º, n. 1, alínea “h”, do aludido Regulamento, os trabalhadores ou familiares em matéria de direito do trabalho estão “isentos de custas” quando representados pelo MP ou advogado gratuito do Sindicato, “desde que” o respectivo rendimento ilíquido à data da propositura da acção ou incidente, ou à data do despedimento quando seja aplicável, não seja superior a 200 UC, e “Tenham recorrido previamente a uma estrutura de resolução de litígios.”

O legislador previu também (no referido art.º 447º - D, n. 5, do CPC e no n. 7, do art.º 4º do RCP) que “As estruturas de resolução alternativa de litígios a considerar para aquele efeito, constam de portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça.”

As ditas medidas, embora previstas em termos condicionais por não ter sido publicada a Portaria de que dependia a sua aplicabilidade, vieram, contudo, a ser suspensas, através da Portaria 419-A/2009, de 17 de Abril, art.º 46º, onde se prescreve que: “Até à publicação da portaria prevista no n. 5 do artigo 477º - D do Código do Processo Civil e do n. 7 do artigo 4º do RCP, 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 resolução alternativa de litígios”, mantendo-se, assim, com os contornos legais vigentes, tanto o regime da responsabilidade pelo pagamento das custas por banda da parte vencida, e a isenção de custas em benefício dos trabalhadores, independentemente do recurso prévio a qualquer estrutura de resolução alternativa de litígios.

A postura do legislador, ao suspender aquelas medidas de incentivo à mediação através de maior sobrecarga tributária, terá sido ditada essencialmente por razões de operacionalização do sistema, mas afigura-se-nos sensata nesta fase (ainda) de implementação e divulgação dos novos mecanismos e perante a crise económica em que o país se encontra mergulhado.

5. Nos termos acima referidos, a Lei n. 29/2009, de 29 de junho, introduziu alterações ao Código de Processo Civil, tendo sido aditados os artigos 249º - A a 249º - C e 279º - A, onde se consagram, respectivamente, a mediação pré-judicial e a mediação judicial. De notar que, nos termos previstos no art.º 27º - A, do Código de Processo do Trabalho, ao processo do trabalho se aplicam, com as necessárias adaptações, os artigos relativos à mediação previstos no Código do Processo Civil, matéria de que aqui também daremos conta.

Decorre do art.º 249º - A, que “As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para resolução desses litígios” e que “A utilização desses sistemas, previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, suspende os prazos de caducidade e prescrição, a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador.” De salientar que, quando a lei se refere a “qualquer litígio”, não quer significar que são passíveis de mediação todos os litígios, mas tão só aqueles que não digam respeito a direitos indisponíveis. É que, como resulta do art.º 299º do

Código de Processo Civil, “Não é permitida a transacção que importe a afirmação da vontade relativamente a direitos indisponíveis”, e o art.º 1249º do Código Civil prescreve que “As partes não podem transgir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor [...]”.

Efectivamente, embora o conceito de indisponibilidade venha a ser restritivamente entendido com o conseqüente alargamento da noção de indisponibilidade relativa, deve concluir-se que, estando em causa direitos relativamente indisponíveis, a mediação será possível no que toca à maioria dos litígios, sendo nesses termos que deve ser interpretada a referida expressão legal.

No que concerne à referida suspensão dos prazos prescricionais e de caducidade, prevista no n. 2, do citado art.º 249º- A, foi apenas com a publicação da Portaria 203/2011, de 20 de maio, que se indicaram os sistemas cujo recurso faz operar a dita suspensão relativamente à mediação pré-judicial, que são, nos termos do seu art.º 2º, “Os sistemas públicos de mediação já existentes ou a criar”, e os serviços de mediação de outro Estado membro, desde que a respectiva actividade seja legalmente reconhecida no ordenamento jurídico onde se encontrem inseridos. Tais prazos suspendem-se a partir do momento em que for efectuado “um pedido de mediação” (que, no caso da mediação laboral, é feito mediante solicitação expressa do utente dirigida ao ponto de contacto do SML, em que se descreve sucintamente o objecto do litígio, a pretensão e entidade visada), retomando-se com a conclusão do processo de mediação nos termos legalmente previstos (art.º 3º da citada Portaria), ou seja, a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação (art.º 249º - A, n. 3).

Do cotejo deste regime com aquele que emerge do Protocolo relativo ao SML, acima referido (art.º 9º, alínea “c”), resulta com clareza que apenas o recurso a sistemas de mediação pré-judicial previstos na dita portaria tem a virtualidade de suspender os prazos de prescrição e caducidade. Assim, pese embora trabalhadores e empregadores pudessem até à publicação da mesma portaria recorrer àquele sistema, tais prazos continuavam a correr, pelo que podiam tais intervenientes a todo o momento intentar a pertinente acção. Essa situação tinha o condão de desvirtuar o espírito e a condição psicológica das partes no decurso do processo mediatório (disponibilidade para saber ouvir e escutar o outro, dialogar, etc.), bem como a posição do mediador, que naturalmente deveria fazer cessar a mediação logo que tivesse conhecimento do recurso à via judicial. O que não era positivo em termos de mediação, nem para os tribunais na perspectiva do seu descongestionamento.

A suspensão dos referidos prazos é também positiva face às alterações introduzidas no Código de Processo do Trabalho pelo DL 295/2009, de 13 de outubro. Aí se consagraram, com efeito, prazos (violentamente) curtos para o trabalhador se opor ao despedimento. A nova acção especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento prevista nos artigos 98º - B a 98º - P, do Código de Processo do Trabalho revisto, inicia-se com a entrega pelo trabalhador de requerimento formulário no prazo de 60 dias, contados a partir da recepção da comunicação do despedimento (art.º 387º, n. 2 do Código do Trabalho), sendo que é apenas de 5 dias úteis (art.º 386º, do Código de Processo do Trabalho) o prazo para o trabalhador deduzir o procedimento cautelar de suspensão preventiva do despedimento, e que o

requerimento inicial desse procedimento cautelar do qual conste que o trabalhador requer a impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento dispensa a apresentação do mencionado formulário, considerando-se, assim, simultaneamente interpostas quer a providência quer a acção.

Relativamente à acção de impugnação do despedimento, que segue a forma de processo comum e a que se aplica o regime da prescrição (de um ano) previsto no art.º 337º, n. 1, do Código do Trabalho, também a aludida suspensão dos prazos se afigura pertinente, pois a mediação laboral, tal como está até ao momento regulada, tem como limite temporal de três meses, que pode ser prorrogado - *timing* este que, se não fora aquela medida, redundaria numa injustificada redução do prazo para o trabalhador fazer valer os seus direitos em juízo.

No sistema de mediação laboral decorrente do Protocolo, dispensou-se a intervenção do juiz, aí se prevendo que os efeitos do acordo obtido através da mediação não ficam sujeitos a qualquer intervenção judicial posterior e que o acordo alcançado através da mediação tem força executiva nos termos previstos no Código de Processo Civil. O que significará que esse acordo constituirá título executivo à luz do art.º 46º, n. 1, alínea “c”, do Código de Processo Civil.

6. Sucede que, por via das alterações introduzidas no Código de Processo Civil, aplicáveis ao processo do trabalho, as partes podem agora requerer a homologação judicial do acordo obtido em sede laboral. O pedido de homologação é apresentado “Em qualquer tribunal competente em razão da matéria”, na situação, em tribunal com competência especializada laboral, preferencialmente por via electrónica, nos termos a definir por portaria, ao que sabemos ainda não publicada.

A homologação visa à verificação da conformidade do acordo com a legislação em vigor (art.º 249º - B, ns. 1 e 3, do Código de Processo Civil). O que significa, nos termos do art.º 300º, n. 3 do Código de Processo Civil, que ao juiz compete aquilatar a validade do acordo, quer quanto ao seu objecto, quer quanto à qualidade das pessoas, sendo que, nos termos do art.º 1249º do Código Civil, as partes não podem transigir sobre direitos de que não lhes é permitido dispor (nesse sentido também o art.º 299º, n. 1, do Código de Processo Civil), nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos, contrários à lei, à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes. O juiz é, assim, chamado a aquilatar a qualidade dos intervenientes, se não estão em causa direitos subtraídos à vontade das partes, se o acordo não é contrário à lei imperativa, à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

Contempla-se, no art.º 279º - A, do Código de Processo Civil, a mediação a ter lugar na pendência do processo judicial. Prevê-se no seu n. 1 que: “Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.”

A mediação pode, pois, ser determinada em qualquer fase do processo e mesmo em sede de recurso, sempre que o juiz o entender por conveniente e desde que alguma das partes a isso não se oponha - o que implica, no que a este aspecto diz respeito, que o juiz deve consultar previamente as partes sobre a sua intenção de remeter os autos para mediação, devendo indicar-lhes o prazo de suspensão da instância que considera adequado (que deve, a nosso ver, em princípio, situar-se entre os 2-3 meses, e nunca para além do prazo previsto no do art.º 279º, n. 4, do Código de Processo Civil).

A mediação judicial, por iniciativa do juiz, implicará da parte deste uma particular atenção no sentido de descortinar quais os tipos de processos que deverão ser remetidos para mediação e o momento em que o deve fazer. Trata-se de aquilatar, face aos termos da controvérsia, natureza da relação em causa, sujeitos envolvidos e demais elementos disponíveis, qual o verdadeiro conflito que opõe as partes (conflito esse muitas vezes encoberto, parcial ou minimamente reflectido nos autos) e ponderar se o mesmo é susceptível de ser efectivamente sanado ou melhor resolvido através da mediação. Neste contexto, o uso da mediação pode solucionar (eficaz e definitivamente) o litígio, abrindo-se o caminho para uma positiva articulação entre os tribunais e os meios extra-judiciais, bem como para a credibilização da mediação junto dos operadores judiciários, em particular dos advogados.

Ainda na linha das alterações introduzidas ao Código de Processo Civil pela Lei n. 29/2009, de 29 de junho, também as partes podem em conjunto, no decurso da acção, de acordo o art.º 279º - A, n. 2, “Optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância, nos termos e pelo prazo máximo do previsto no n. 4 do artigo anterior” (seis meses). Não estando definido o momento em que essa opção das partes pode ocorrer, parece que o poderá ser em qualquer estado da causa, como previsto para a suspensão por iniciativa do juiz. Esta suspensão verifica-se automaticamente sem necessidade de despacho judicial, uma vez que seja comunicado por qualquer das partes (sem a oposição da outra, que deve conhecer essa iniciativa) o recurso a sistemas de mediação.

Na hipótese de não se atingir acordo, o que o mediador deve dar a conhecer ao tribunal, cessa automaticamente a suspensão da instância.

Obtido o acordo é o mesmo remetido ao tribunal, seguindo-se os termos definidos para a transacção - ou seja, será o mesmo homologado pelo juiz (art.º 300º, do Código de Processo Civil).

Com a homologação garante-se ao acordo a qualidade de título executivo - sentença - (artigos 46º, n. 1, alínea “a”), e 300º, n. 4, do Código de Processo Civil. Permite-se o controlo da sua legalidade, o respeito pelas normas imperativas (art.º 280º, do Código Civil), bem como se o mesmo viola a ordem pública ou os bons costumes.

À semelhança do previsto no art.º 249º - B, n. 5, do Código de Processo Civil, a nosso ver, em caso de recusa de homologação do acordo, é este devolvido às partes que o podem submeter de novo à homologação.

É de aplaudir a consagração da possibilidade da homologação judicial no campo da mediação pré-judicial e a sua obrigatoriedade no domínio da mediação judicial.

Com efeito, embora a mediação se caracterize pelo poder de que gozam as partes no que toca ao modo de resolver o seu litígio, e que, no processo de democratização social em que nos encontramos, são elas próprias (cada vez mais) as responsáveis pela “sua justiça”, a homologação judicial, para além de conferir especial força executória aos acordos obtidos por essa via, funciona com um prévio aferimento da legalidade desses mesmos acordos, no que toca à observância dos apontados aspectos.

Obviamente que não temos da homologação uma visão paternalista, mas não podemos ignorar que, em muitas áreas de relevo para a mediação (familiar,

laboral e outras), existem balizas firmes ditadas por regimes legais imperativos face aos valores e interesses em presença; em vários tipos de relações jurídicas, existe uma relação de poder sujeição, importando acautelar a posição da parte mais débil; em inúmeros contratos a igualdade dos sujeitos é apenas formal, impondo-se evitar que redunde em desigualdade; existem direitos fundamentais que é necessário sempre acautelar, etc.

Na mediação pré-judicial, compreende-se que a homologação seja facultativa (na linha, aliás do propugnado pela Directiva n. 2008/52/CE), pois, se é certo que, independentemente de homologação, o acordo decorrente da mediação pode vir a servir como título executivo, essa hipótese apenas ocorrerá na situação prevista no art.º 46º, n. 1, alínea “c”), do Código de Processo Civil, ou seja, quando estejam em causa “documentos particulares assinados pelo devedor que importem a constituição ou o reconhecimento de obrigações pecuniárias cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes ou de obrigação de coisa ou de prestação de facto”. Como não será difícil de imaginar, muitos dos acordos decorrentes da mediação não se compaginarão às hipóteses ali contempladas, designadamente por não dizerem respeito a obrigações pecuniárias, pelo que faz todo o sentido que as partes, caso o entendam, sujeitem ao controlo judicial o acordo firmado, o que, a ocorrer positivamente com a homologação, conceder-lhes-á qualidade reforçada ao título executivo daí decorrente (art.º 46º, n. 1, alínea “a”, do Código de Processo Civil - sentença).

A homologação obrigatória do acordo obtido em sede de mediação judicial não decorre da Directiva 2008/52/CE, tendo sido uma opção do legislador, que se compreende, tendo em conta que o acordo ocorre no âmbito de um processo judicial e que, como tal, deve o julgador poder aferir, nos termos expostos, a legalidade do mesmo, assim se consolidando os resultados obtidos por via da mediação.

7. Nos termos do art.º 249º - C, do Código de Processo Civil, “Excepto no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal salvo em caso de circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa.”

É positiva a consagração no Código de Processo Civil do princípio da confidencialidade no domínio da mediação, embora com a ressalva assinalada, na medida em que, sendo esta um acto voluntário, que pode desembocar num não acordo, com o subsequente recurso ao tribunal, caso a confidencialidade não estivesse assegurada, a mediação não lograria êxito, pois as partes tolher-se-iam de expor as suas razões, os seus verdadeiros problemas, receando que mais tarde pudessem ser utilizados contra si em sede judicial.

A confidencialidade é ínsita à mediação e aplica-se tanto às partes como ao mediador. Encontra-se ainda expressamente prevista na citada Directiva 2008/52/CE, no Código Europeu de Conduta para os Mediadores e ainda em várias legislações onde se prevê este meio extrajudicial de resolução de litígios, nomeadamente nos artigos 52º da Lei 78/2001, de 13 de julho (Lei dos Julgados de Paz) e art.º 14º da Lei 21/2007, de 12 de junho (Mediação Penal).

8. Em jeito de síntese, pode, pois, dizer-se que a mediação veio para ficar e que, pela crescente complexidade da sociedade, do próprio direito e da necessidade de participação directa e activa sentida pelos cidadãos na resolução dos seus problemas, tenderá a assumir um papel cada vez mais relevante no acesso à justiça. Tratando-se de um fenómeno em expansão, o seu quadro regulativo terá, naturalmente, de ser ajustado às realidades sociais.

Papel crucial está reservado aos mediadores, aos quais deve ser assegurada exigente e continuada formação técnica (e deontológica); impondo-se da parte dos demais operadores judiciais, em particular dos juizes e advogados, a suficiente abertura de espírito e a sensibilização para a necessidade (em muitos casos) de utilização deste tipo de mecanismo, para o que também se nos afiguram essenciais novos modelos formativos.

Se é verdade que aos juizes compete estabelecer pontes entre a lei e a sociedade, estamos chegados a um tempo em que importa cada vez mais (re)estabelecer a comunicação e os laços entre os homens. E, para isso, todos somos convocados.

ABSTRACT

- The mediation constitutes a modality of negotiated justice, in which the subjects through dialogue found by themselves, with the help of a third party, the solution to their conflict, being commonly referred to as alternative or extrajudicial mean of resolution of conflicts. By the potentialities which contents, by the natural connection to the judicial system, rather than competitive or alternative means of the courts the mediation should be seen in a complementary and integrated justice system, constituting the same as an important tool to achieve justice and social peace.

- Beyond the private nature of experiences that have emerged in the Portuguese society the mediation is presently established by the State in the areas: family (issues arising from family relations), civil (which takes place in the previous phase of the judgment in the ambit of the Justices of the Peace), labor (concerning to litigations arising from the individual employment contract), juvenile (applied to minors between 12 and 16 years who have committed fact qualified as crime by law) and criminal (limited to offenses punishable with fine or imprisonment up to 5 years).

- Through the Law 29/2009, of June 29, which amended the Code of Civil Procedure (CPC), was introduced in this legal diploma the pre-court mediation and the judicial mediation, also applicable in the field of the Labour Procedure Code. The first, is of the initiative of the parties, prior to the commencement of the litigation in court and provided they are not in question inalienable rights, and may be requested judicial homologation of the agreement reached; the second, can take place in any state of the cause, by determination of the judge or by the initiative of the parties, in case of agreement is the same remitted to the court for homologation. It is also consecrated in the referred CPC the principle of the confidentiality of the mediation.

Keywords: *Mediaton. Dialogue. Communication. Extrajudicial means. Confidentiality. Justice. Social pace.*