



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

Os Reflexos da Lei da Mediação nos Julgados de Paz

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Francis Paula de Oliveira Silva

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número da candidata: 20160856

Julho de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditam na justiça enquanto valor supremo de uma sociedade pluralista, democrática e acima de tudo, pacífica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida e pela saúde proporcionadas para que eu pudesse me dedicar à investigação ora apresentada. Em seguida agradeço ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) que possibilitou a realização de um sonho que ultrapassou o lado profissional para se revelar em uma inesquecível experiência de vida. Estendo o reconhecimento à Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) juntamente ao departamento de mestrado, aos colegas da biblioteca sempre solícitos, aos professores doutores muito atenciosos, em especial meu orientador Dr. Alex Sander Xavier Pires pela sua disponibilidade e atenção em todos os momentos. Aos colegas de mestrado pelo apoio e as contribuições durante todo o curso e minha estadia em Lisboa. Por fim, mas não menos importante agradeço ao Gustavo Furini pela paciência, compreensão e auxílio sem os quais nada disso teria sido possível.

RESUMO

Diante da crise da Justiça, surgiram os movimentos de desjudicialização e o incentivo aos meios alternativos de resolução de litígios, cujo desenvolvimento em Portugal foi marcado pela instalação dos centros de arbitragem, surgimento dos julgados de paz e mais recentemente pela promulgação da Lei n.º 29/2013, de 19 de junho conhecida como Lei da Mediação. Na proposta do referido diploma foi expressa a intenção de que a lei específica resultasse em uma maior divulgação e utilização do mecanismo por parte dos utentes. Com uma abordagem diversa dos demais meios, baseada no empoderamento das partes e com o resultado de dois vencedores na superação do conflito, a mediação vem ganhando força no ordenamento jurídico português, impulsionada pelo incentivo da União Europeia desde a publicação do Livro Verde de 2002.

Palavras-Chave: Crise da Justiça; Resolução Alternativa de Litígios; Mediação; Lei da Mediação; Julgados de Paz.

ABSTRACT

As a response to the so called justice crisis, different movements have emerged in order to promote and encourage alternative mechanisms focused on conflict resolution, whose development in Portugal was marked by the establishment of the arbitration centers, emergence of the peace courts and more recently by the promulgation of the law No. 29/2013, June 19, known as the Mediation law. In the proposal of the mentioned diploma was expressed the intention that the specific law would result in a larger dissemination and use of such mechanism by the users. Departing from a different approach compared to other means of conflict resolution, based on the empowerment of the parts involved and also with the result of two winners in overcoming the conflict, mediation has been gaining strength in the Portuguese legal system, stimulated by the European Union since the publication of the Green Paper in 2002.

Keywords: Justice Crisis; Alternative Dispute Settlement; Mediation; Mediation Law; Peace Courts.

SUMÁRIO

Lista de gráficos.....	8
Lista de abreviaturas, símbolos e siglas	9
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS (RAL)	15
1.1. Litígio x Conflito	15
1.2. Da Autotutela à jurisdição participativa	18
1.3 Crise da Justiça e movimentos de desjudicialização.....	22
1.4. Os movimentos de acesso à justiça	27
1.4.1. <i>As ondas renovatórias de Mauro Capelletti e Brian Garth</i>	27
1.4.2. <i>Le boutiques de droit de Jean-Pierre Bonafé Schmitt</i>	28
1.4.3. <i>Multi-door courthouse system</i> de Frank E. A. Sander.....	29
1.5. O direito de acesso à justiça.....	32
1.6. Desenvolvimento dos meios alternativos como garantia do direito de acesso à justiça.....	35
1.7. Tipos de RAL mais utilizados em Portugal	40
1.7.1. <i>Negociação</i>	42
1.7.2. <i>Mediação</i>	44
1.7.3. <i>Conciliação</i>	44
1.7.4. <i>Arbitragem</i>	45
1.8. Divergências doutrinárias quanto aos métodos.....	48
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 1	51
CAPÍTULO 2 – MEDIAÇÃO DE CONFLITOS	54
2.1. Recorte histórico	57
2.2. Exemplos europeus de mediação	61
2.3. Em Portugal	65
2.4. O sistema jurídico brasileiro e a consciência da mediação.....	67
2.5. As escolas de mediação	71
2.5.1. <i>Modelo de Harvard</i>	71
2.5.2. <i>Modelo transformativo</i>	72
2.5.3. <i>Modelo circular narrativo</i>	73
2.5.4. <i>Modelo avaliativo</i>	74
2.6. Fases da mediação	75
2.7. Princípios da mediação	78
2.7.1. <i>Princípio da voluntariedade</i>	78
2.7.2. <i>Confidencialidade</i>	82
2.7.3. <i>Igualdade e imparcialidade</i>	84
2.7.4. <i>Independência</i>	85
2.7.5. <i>Competência e responsabilidade</i>	85
2.7.6. <i>Executoriedade</i>	87
2.8. O mediador de conflitos.....	89
2.8.1. <i>Estatuto dos mediadores de conflitos</i>	91
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 2	93

CAPÍTULO 3 – JULGADOS DE PAZ.....	97
3.1. Dos julgados de paz	97
3.2. Origens	99
3.3. Aspectos gerais	100
3.4. Princípios	102
3.4.1. <i>Simplicidade</i>	104
3.4.2. <i>Adequação</i>	104
3.4.3. <i>Informalidade</i>	104
3.4.4. <i>Oralidade</i>	105
3.5. A influência dos JECs brasileiros para os JPs portugueses	106
3.6. Mediação nos julgados de paz	109
3.7. Os relatórios do Conselho dos Julgados de Paz de 2002 a 2012	111
3.8. Os relatórios do Conselho dos Julgados de Paz de 2013 a 2017	113
3.9. Indicadores da mediação nos JPs após a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril	115
3.10. Satisfação dos utentes com os meios de RAL	120
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 3	123
 CONCLUSÃO DA DISSERTAÇÃO	 127
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 132

Lista de gráficos

Gráfico 1.....	115
Gráfico 2.....	116
Gráfico 3.....	116
Gráfico 4.....	117
Gráfico 5.....	118
Gráfico 6.....	119

Lista de abreviaturas, símbolos e siglas

§ – Parágrafo

ADR – *Alternative Dispute Resolution*

art. / Art. – Artigo

BGH – *Bundesgerichtshof*

CAAD – Centros de Arbitragem Administrativa

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJUSC – Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos

CEPEJ – Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça

CJP – Conselho dos Julgados de Paz

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

CRP – Constituição da República Portuguesa

DEDH – Declaração Europeia dos Direitos do Homem

DGPJ – Direção-Geral da Política de Justiça

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ed / ed. – Edição, Editora ou Editorial

EGZPO – *Gesetz Von Einführung Zum Zivilprozeßordnung*

EUA – Estados Unidos da América

FMA – *Family Mediators Association*

GRAL – Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios

JEC – Juizado Especial Cível

JP – Julgados de Paz

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária

LC – Lei Constitucional

LJP – Lei dos Julgados de Paz

MARL – Meios Alternativos de Resolução de Litígios

MERC – Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos

n.º – número

NAFCM – *National Association for Community Mediation*

ONG – Organização Não Governamental

PADT – Plano de Ação para Descongestionamento dos Tribunais

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos

p. – página

QUAR – Quadro de Avaliação e Responsabilização

RAC – Resolução Alternativa de Conflitos

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Vive-se uma nova era no meio jurídico marcado por dois aspectos contrastantes: se por um lado utilizam-se modernas técnicas de informática e comunicação processual, por outro, resgatam-se meios alternativos de resolução de conflitos¹ conhecidos pela humanidade desde os tempos mais remotos. Os operadores do direito tradicionalmente treinados para raciocinar sob critérios exclusivamente forenses perante uma situação conflitual (ou seja, buscar a solução na legislação e outras fontes do ordenamento jurídico), se viram obrigados a flexibilizar seu modo de proceder, mormente face à constatação da crise do Sistema de Justiça no início do século passado que maculou a reputação do Poder Judiciário, visto a partir de então como moroso e ineficiente.

Dentre os diversos meios alternativos de resolução de conflitos destacam-se a negociação, a conciliação, a arbitragem e a mediação, onde esta última, ao lado da negociação, ganha cada dia mais destaque como método autocompositivo em que as partes mantêm o poder de decisão durante todo o procedimento. Em Portugal, o desenvolvimento desses meios se iniciou pela arbitragem, que segundo Mariana França Gouveia (2014, p. 30-34), representou a primeira fase de um movimento maior dividido pela autora nas seguintes fases: surgimento dos centros de arbitragem; criação e desenvolvimento dos julgados de paz (JPs); aposta na mediação, e por fim, na aprovação das leis da arbitragem e da mediação em 2011 e 2013². Mas Gouveia destaca que apesar da recente valorização da mediação após a legislação específica, esta já era anteriormente realizada em centros de arbitragem de consumo, porém, ganhou força e passou a ser vista como meio técnico e até científico de resolução de litígios a partir da criação dos JPs em 2002.

Para José Vasconcelos Sousa (2002, p. 15-16) foram os JPs que representaram os primeiros passos do serviço de mediação em Portugal, o qual foi posteriormente reforçado com o aditamento do Código de Processo Civil (CPC) através da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a

¹ Em Portugal comumente utiliza-se a expressão resolução alternativa de litígios (RAL) enquanto no Brasil diz-se resolução alternativa de conflitos (RAC). Apesar dessa diferença, o certo é que ambas se apresentam como variações da originária *alternative dispute resolution* (ADR) do sistema anglo-americano da *common law* e referem-se a formas de processos de resolução de disputas que prescindem da intervenção de um juiz.

² Para a autora, desde o início do milênio esses meios têm sido impulsionados pelo Poder Público de forma permanente e imparcial.

certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, transposta para o sistema português pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho. Com a promulgação da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril³, conhecida como Lei da Mediação reuniu-se num único texto tudo o que antes se encontrava disperso na legislação como: princípios gerais da mediação em Portugal; regimes jurídicos da mediação civil e comercial; regime jurídico dos mediadores e dos sistemas públicos de mediação. Mas além da regulamentação, a proposta⁴ que culminou na promulgação da referida lei expressou a intenção do legislador no sentido de que sua existência contribuísse para maior divulgação e utilização do método por parte dos utentes e consequente descongestionamento dos tribunais judiciais⁵.

Mas para além desse possível reflexo nos tribunais judiciais (o qual não foi objeto de análise na investigação), o crescente incentivo verificado para os meios alternativos em Portugal, mais recentemente e em especial para a mediação, possui fundamento qualitativo. Isso porque esse método possui abordagem diversa que não visa simplesmente pôr termo ao litígio, e sim à solução ideal para o entrave posto resultando em dois vencedores que se sintam satisfeitos com a superação verdadeira do conflito. Trata-se de uma visão diferente quanto à decisão tecnicamente obtida por uma sentença judicial, onde ao final da contenda, são esperadas as figuras do perdedor e do vencedor.

É importante lembrar que direito e justiça⁶ não se confundem. O direito é visto usualmente como norma e representa uma das formas de ser alcançado o ideal a que todos almejamos enquanto cidadãos, mormente em um Estado democrático de direito. Além disso, o caráter multifacetário dos meios alternativos permite sua aplicação desde as relações internacionais até familiares e ao proporem uma solução mais célere, econômica e eficiente para os problemas conflituais, acabam por questionar a hegemonia

³ De acordo com Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 13-14) com este diploma o legislador pretendeu firmar um regime geral da mediação vez que havia verdadeira dispersão legislativa das normas disciplinadoras da mediação e ausência de regras para mediação privada.

⁴ Proposta de Lei n.º 116/XII.

⁵ Paula Costa e Silva (2009, p. 21) ressalta que as décadas de 1960 e 1970 podem ser reconhecidas como período de ouro do direito de acesso à justiça como sinónimo de acesso aos tribunais, mas é crescente a dissuasão do recurso a esquemas formais e estaduais de resolução de controvérsias e situações jurídicas prestacionais. Para a autora, na atualidade, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda antecedido de uma série de filtros legitimamente impostos pelo Estado.

⁶ Kelsen (2001) citado por Pires (2009, p. 41) distancia direito (no sentido real de jurisprudência) e justiça (princípio metodológico), pois a justiça enquanto valor absoluto é um ideal irracional que somente pode ser justificado pela religião ou metafísica, sendo inalcançável pelos homens que possuem cada um seu próprio conceito de felicidade e necessidades. A justiça “possível” para Kelsen é relativa e baseada em um sistema positivo de valores determinado pelo legislador em função da maioria dos indivíduos.

do direito material legislado. Por tal razão, o aprofundamento no conhecimento desses meios se mostra tão importante quanto o estudo do direito processual⁷.

Diante disso surgiu a motivação da presente investigação vez que a exemplo de Portugal, foi promulgada no Brasil uma lei específica sobre mediação com análogas finalidades. Soma-se a isso a experiência profissional da pesquisadora que ao longo de mais de uma década atuando como oficial de justiça em varas de juizado especial cível⁸ (JEC) constatou muitas vezes, a inadequação das sentenças judiciais para superação do conflito entre as partes na resolução dos pequenos litígios⁹. Os juzizados especiais cíveis (JECs), à semelhança dos julgados de paz (JPs), possuem como princípios norteadores a informalidade, a simplicidade, a economia processual, a celeridade e a oralidade e têm como característica exercer uma justiça de proximidade priorizando o acordo entre as partes, e consequentemente, garantir a pacificação social e a diminuição da litigiosidade.

Dessa forma, a partir da experiência portuguesa cuja legislação específica sobre mediação é anterior à brasileira, pretendeu-se analisar os reflexos dessa lei nos acordos obtidos nos JPs e a adequação desse método resolutivo para os pequenos conflitos. A escolha desses órgãos deu-se em virtude da proximidade com os JECs brasileiros, tanto no tocante aos princípios como às finalidades. Assim, investigou-se a mediação em nível teórico e prático, a fim de responder às seguintes questões: a mediação pode ser apontada como meio extrajudicial mais adequado para resolução dos pequenos conflitos? Houve aumento no número de acordos por mediação nos JPs após a promulgação da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril? Foram atingidas as finalidades da mediação no período analisado?

Portanto, utilizando-se do método dedutivo, a análise foi dividida com observância necessária dos dados indicadores sobre a prática judicial da mediação nos julgados de paz, em três capítulos.

⁷ Para Mauro Cappelletti (1988, p. 12) o estudo do moderno processo civil deve dar enfoque ao acesso à justiça sob certos aspectos essenciais dentre os quais: que os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que suas pesquisas devem ampliar-se para além dos tribunais para alcançar outras áreas do conhecimento como sociologia, política, economia e psicologia; que as Cortes não devem ser consideradas fontes únicas de solução de conflitos, pois o acesso à justiça é mais do que um direito social fundamental, é o ponto central da moderna processualística.

⁸ Os juzizados especiais são entidades da justiça ordinária com abrigo no art. 98.º, I da Carta Magna brasileira que define a instituição desses órgãos em níveis estadual e federal. No primeiro caso foram criados por meio da Lei n.º 9099/95, de 26 de setembro, com competência para julgar as causas de menor complexidade com valor inferior a quarenta salários mínimos. No segundo caso, os juzizados especiais federais foram criados pela Lei n.º 10259/2001, de 12 de julho, para julgamento das causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos.

⁹ Partindo-se da diferenciação entre litígio e conflito exposto no item 1.1, o fim do litígio não significa a superação do conflito.

No primeiro, foram abordados alguns conceitos doutrinários de conflito; origens da jurisdição e direito de acesso à justiça; crise da Justiça e os movimentos de desjudicialização; o surgimento dos meios alternativos de resolução de conflitos e os principais métodos apontados pela doutrina e utilizados em nível local.

No segundo capítulo, tratou-se especificamente da mediação, iniciando pelas suas origens nos Estados Unidos da América (EUA) e Europa por meio de recortes históricos; em seguida, destacaram-se alguns modelos de mediação praticados na Europa e em Portugal, onde se fez um panorama dos tipos instaurados e praticados após a constatação da crise da Justiça até chegar-se à atual Lei da Mediação; a partir desta, foram abordados seus princípios e o papel do mediador de conflitos.

O terceiro estudou os julgados de paz através de noções gerais como origens, enquadramento constitucional e legal desses órgãos, princípios, competência e serviços de mediação. Para auferir os resultados práticos da mediação como número de processos mediados, recusas ao método e eficácia da mediação, foram analisados dados percentuais relativos ao procedimento nos JPs, no período de cinco anos (2013 a 2017) após a promulgação da Lei da Mediação.

A conclusão visou dar resposta aos problemas levantados na proposta inicial com base na investigação realizada na bibliografia consultada bem como nas fontes primárias e secundárias como doutrina, legislação, relatórios e dados indicadores de órgãos oficiais que são disponibilizados para acesso público na rede mundial de computadores.

CAPÍTULO 1 – RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS (RAL)

É possível dizer que há consenso na doutrina ao afirmar que, apesar do incremento dos meios alternativos de resolução de litígios ter se verificado em determinados ciclos a partir da década de 1930, tais métodos sempre estiveram presentes onde havia grupamento social.

Para Soares Farinho (2017, p. 351) foi a partir da década de 1960 que os Estados passaram a se preocupar com os problemas apresentados pelo Sistema de Justiça monopolizado até então pelos tribunais e, dessa forma, todos os mecanismos de resolução fora o modelo tradicional judicial eram denominados extrajudiciais, os quais foram posteriormente rebatizados como meios de resolução alternativa de litígios (RAL), primeiramente nos países anglófonos e depois em outros países ocidentais¹⁰.

Mas o autor ressalta que embora sejam utilizadas as expressões “meios extrajudiciais” e “meios alternativos de resolução de litígios” ambos não tratam da mesma realidade, nomeadamente em Portugal. No primeiro caso, se referem a meios excepcionais e tolerados que ocorrem à margem do sistema judicial, que não se ressentem diante da ausência deles. Já o segundo se refere a uma visão compreensiva e ampla do Sistema de Justiça com vários meios alternativos, exclusivos ou complementares dos trabalhos dos tribunais, razão pela qual esta segunda nomenclatura foi adotada durante a investigação¹¹.

1.1. Litígio x Conflito

Elizabete da Costa Pinto (2017, p. 76) leciona que é reconhecida a diferença sociológica entre litígio e conflito e, ainda que aquele seja associado a este, do ponto de vista processual, a resolução do litígio não garante o fim do conflito entre as partes.

Citando Cunha (2007), Cleide Rocha Andrade (2009, p. 19) revela que a origem do termo litígio tanto pode ser encontrada na palavra lide (do latim *lis litis*) que significa contenda, querela, luta ou questão jurídica, usada no século XIII; como também no verbete

¹⁰ Revela o autor que estes eram considerados soluções extravagantes destinadas a resolver problemas de setores sociais específicos e não ainda como movimento de específica política pública.

¹¹ Fabiana Marion Spengler (2010, p. 215) rememora que nos EUA todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial eram agrupados sob a denominação de *alternative dispute resolution* (ADR). Nas palavras da autora o conceito de ADR é o de “vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos por meio do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e a maneira como cada um percebe as relações entre os seus objetivos e as alternativas apresentadas”.

litigar (do latim *litigare*) que corresponde a questionar ou pleitear em juízo, usada no século XV.

Catarina Frade (2003, p. 108) revela que todo litígio ou disputa surge de um conflito, isto é, de um confronto de diferentes perspectivas, mas não o contrário, uma vez que nem todo conflito se converte em litígio. Dessa forma, somente quando há consciência, identificação e necessidade de intervenção de uma instância sobre o conflito, que é formalmente assumido pelas partes, este passa a ser designado de litígio.

O conflito é conceituado por Juan Carlos Vezulla (2001, p.16) como “querer assumir posições que entram em oposição com os desejos do outro (...); uma luta pelo poder cuja expressão pode ser explícita ou ocultar-se por detrás de uma posição ou discurso encobridor (...); ou ainda, como atitude que se traduz em ocupar uma posição incompatível com os desejos de outrem”. Partindo da mesma premissa, Boulding (1962) citado em João Chumbinho (2007, p. 38), define conflito como “uma situação de concorrência em que as partes estão conscientes das incompatibilidades de futuras posições potenciais e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra”.

Corina Shabbel (2016, posição 829) afirma que em sentido mais *lato* conflito significa estar em oposição a algo ou alguém, por isso, no cotidiano, os conflitos são inevitáveis nos grupos sociais altamente complexos, competitivos e porventura litigantes, pois cada um visa preservar suas próprias ideias, opiniões e necessidades. Neste seguimento, Valeria Ferioli Lagrasta (2016, p. 58-59) esclarece que conflito é um choque de posições, intenções ou condutas diferentes que aparecem num momento de mudança na vida de uma ou de ambas as partes e na interação contínua e diária o conflito está latente em todos os ambientes, pois é resultado normal das diferenças humanas e da insatisfação de suas necessidades. Dessa forma, todo relacionamento humano, em maior ou menor grau, apresenta conflitos.

Para Thomas Eckschmidt, Mário E. S. Magalhães e Diana Muhr (2016, posição 730-735) os conflitos existem desde que a vida começou no planeta e fazem parte de todas as sociedades desde os primórdios da humanidade. Para os autores, tanto a filosofia como os diversos procedimentos para lidar com tais conflitos pertencem à herança humana, apresentando diferenças de acordo com as culturas e religiões de cada época e lugar. Por isso, governos, organizações e indivíduos vêm tentando lidar com os conflitos ao longo da história da civilização visando reduzir o impacto de suas consequências.

Para os autores, é possível haver conflitos em qualquer momento e lugar onde exista interação interpessoal e, independentemente da natureza dessa interação, a motivação do

conflito é certamente a percepção da não satisfação de interesses “na” ou “da” forma esperada. Portanto, partindo do pressuposto da inevitabilidade dos conflitos é fundamental saber gerenciá-los e lidar com eles de forma criativa e construtiva para que não escalem ou causem prejuízos.

Shabbel (2016, posição 859) afirma que no âmbito das relações humanas os fatores geradores dos conflitos, em regra, têm duas causas: a não-aceitação da diferença entre pessoas em dada circunstância ou o sentimento de frustração causado pela não satisfação de uma necessidade com a consequente transferência desse sentimento para o outro. A autora esclarece que se trata do pensamento autopoietico segundo o qual o ser humano constrói a sua visão de mundo baseado nas próprias experiências e no significado por si atribuído aos fatos vividos¹². Por isso, a visão subjetiva prevalece sobre a objetiva e, a depender do contexto cultural e social em que ocorre, dá origem ao surgimento de opiniões que quando não são respeitadas e compartilhadas permitem a escalada do conflito¹³.

Shabbel (2016, posição 761) informa ainda que independente do lugar, o conflito costuma apresentar uma conotação negativa que emite uma mensagem de desordem, cujo resultado esperado é sempre ruim e desanimador. Contudo, a experiência negativa pode ser transformadora quando utilizada a necessária perseverança de resolução que permita perceber que o conflito é gerador de possibilidades de evolução pessoal, criador de oportunidades de aprendizado e também de adaptação a novas realidades.

Comunga da mesma opinião Spengler (2010, p. 211-212) ao dizer que todas as relações da sociedade experimentam conflitos em algum momento, mas que nem sempre tais conflitos devem ser considerados ruins. Para a autora, o conflito é um fato da vida que surge quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos incompatíveis entre si, e se torna negativo a partir do momento em que ultrapassa o comportamento competitivo e passa a ser intencionalmente danoso ao oponente, seja física ou psicologicamente. Quando o

¹² Para a autora, numa sociedade voltada para o individualismo a solução que permite minimizar os conflitos parte do resgate da lógica e do bom senso, aliada à observância de clareza diante dos fatos; por isso, a interpretação passional será sempre contrária à cooperação e à colaboração. Sendo o conflito um conjunto de propósitos, métodos e comportamentos divergentes, a graduação da divergência é determinada pela gravidade e duração do mesmo, o que afeta diretamente as probabilidades de solucioná-lo.

¹³ Na componente emocional, Schabbel leciona que o conflito é formado por cinco fases das quais a barreira do equilíbrio de poder, marca o início da escalada considerada multifatorial. Ultrapassada esta barreira é desencadeada a escalada onde se manifesta o lado obscuro dos envolvidos, cujas incertezas provocam atitudes negativas tendentes a desqualificar, ferir ou até eliminar o outro. As ações causam desequilíbrio no relacionamento pelo uso de métodos antagônicos entre si que exigem altos níveis de estresse para a manutenção das diferentes fases da escalada.

conflito abandona o intuito de crescimento origina-se a necessidade de intervenção para tratá-lo, seja judicial ou extrajudicialmente.

1.2. Da autotutela à jurisdição participativa

Para Lagrasta (2016, p. 58-59) todas as sociedades, das mais primitivas às mais institucionalizadas, possuem mecanismos para solução de conflitos como decorrência da necessidade de harmonizar o tecido social. A autora relembra que durante muito tempo a heterocomposição e a autocomposição¹⁴ foram considerados instrumentos próprios das sociedades tribais e primitivas enquanto a jurisdição estatal refletia grande avanço da civilização. Porém, hoje ressurge o interesse pelas vias alternativas ao processo, isto é, pelos meios capazes de evitá-lo ou encurtá-lo ainda que não o excluam necessariamente.

Sobre a transição dos meios de tutela, Alex Sander Xavier Pires (2009, p. 20) instrui que após a conclusão de que a autotutela enfraquecia os núcleos sociais houve o surgimento de variáveis de autocomposição. A primeira era amparada no diálogo onde se buscava a desistência, submissão ou transação da outra parte; já a segunda ocorria em decorrência da frustração da anterior. Nesta, um terceiro intervinha para estabelecer um debate civilizado entre as partes e de acordo com o autor representou a evolução das relações por meio da mediação, conciliação e arbitragem. Para Pires esta identificação do poder de compor os conflitos sociais para permitir o convívio harmônico levou à centralização do *jus puniendi* nas mãos do governante fazendo nascer a jurisdição nos limites de “dizer o direito”¹⁵.

Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016, posição 422-426) afirmam que em nível europeu foi o desenvolvimento dos centros de comércio através do fluxo de exploradores que representou grande avanço para a área jurídica e de registros de jurisprudência¹⁶. Os autores

¹⁴ Afastando-se a autotutela como meio egoísta e pouco civilizado de resolução de litígios, verificam-se duas formas de solução pacífica de contendas entre as partes: a heterocomposição e a autocomposição. A primeira é definida como método adversarial de solução de conflitos ao considerar a postura de enfrentamento das partes na qual um ganha e o outro perde e a imposição da decisão por um terceiro (árbitro, se escolhido pelas próprias partes, ou juiz, quando imposto pelo Estado). A segunda é conhecida como método não adversarial de solução de conflitos vez que pode ser obtida espontaneamente ou após o incentivo praticado através de mecanismos apropriados. É caracterizada pela busca conjunta das partes de um resultado que atenda aos interesses de ambas, através do diálogo e cooperação e não da competição (Lagrasta, 2016, p. 58-59).

¹⁵ Pires (2009, p. 63) leciona que nos sistemas constitucionais modernos, a jurisdição, para além de aplicação da lei ao caso concreto na administração da justiça, autoriza que o Poder Judiciário exerça o poder-dever na composição de conflitos de interesses, a fim de dar a cada um o que é seu como escopo para a pacificação social; e sintetiza que o objeto da Jurisdição é pôr termo ao litígio, ou seja, resolver a lide.

¹⁶ Isto porque, de acordo com os autores, o crescimento desses eventos comerciais exigia que fossem ultrapassadas as diferenças entre entidades públicas e privadas já que o controle até então era exercido por aqueles que detinham o domínio de suas áreas (reis, nobres, senhorios ou proprietários de terras). Dessa forma,

relatam que a criação de feiras e centros de comércio para a venda de produtos de diversos lugares do mundo levou comerciantes de origens e culturas diversas a se submeterem a regras próprias dos locais de realização dessas feiras e a evolução natural levou à criação de Cortes temporárias para tratar de conflitos originados nesses eventos. O rei ou outro nobre que controlava a região designava o juiz e os mercadores selecionavam o júri composto por seus próprios membros. Esta estrutura evoluiu até a criação da *Lex Mercatoria* (*European Merchant Law*), por volta do ano 1.000 d.C., a qual previa um corpo de participantes transitório, composto de mercadores, com resoluções rápidas baseadas na justiça e equidade¹⁷.

O constitucionalismo e a separação de Poderes representaram uma nova fase da jurisdição no Ocidente. Mas Pires (2016, p. 119) adverte que apesar de se atribuir ao século XVII o marco da efetivação da cisão entre monarquia, parlamento e autonomia dos tribunais, o início normativo dos debates sobre a limitação dos poderes do monarca se deu no século XIII com a Carta Magna inglesa¹⁸. O autor relembra que durante o Estado Absolutista o poder de aplicar e fazer as leis cabia ao monarca, primeiramente baseado no direito divino e depois, principalmente por influência do iluminismo, no despotismo esclarecido. Foi somente na fase seguinte, em decorrência dos movimentos precursores ocorridos em França com a Revolução Francesa, nos EUA com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno e na Alemanha pela influência jurídico-filosófica do racionalismo kantiano é que se amplia a separação de Poderes que representou a limitação de poder do monarca com o nascimento do Estado Constitucional, por vezes liberal¹⁹.

Para Pires (2009, p. 32) a transposição do Estado Medieval para o Estado Moderno se desdobra em quatro fenômenos: no modelo estatal proposto por Maquiavel em “O Príncipe”,

os conflitos surgidos eram resolvidos com base na força entre as partes ou por quem coubesse o domínio do local que poderia ainda designar um terceiro para fazê-lo (Eckschmidt, Magalhães e Muhr, 2016, posição 432-437).

¹⁷ Mas os autores contam que a diversidade de mercadores bem como dos tipos de mercadorias e suas origens reclamavam uma solução multicultural ou multilegislação que somente os meios alternativos poderiam oferecer (pois as leis locais onde eram realizadas as feiras de mercadores não eram capazes de atender à complexidade dos novos conflitos). Apesar disso a *Lex Mercatoria* não foi descartada pelo desenvolvimento dos países e de sua soberania, sendo utilizada até hoje como fonte de mediação e arbitragem comercial internacional (Eckschmidt, Magalhães e Muhr, 2016, posição 436-437).

¹⁸ Isabel Graes (2014, p. 63) afirma que a independência do Poder Judiciário enquanto poder político decorre da separação de Poderes e do constitucionalismo do século XIX.

¹⁹ Graes (2014, p. 60) recorda que o termo “liberal” adquiriu sentido político na Espanha de 1812 sendo utilizado para designar deputados das Cortes de Cádiz que pretendiam adotar em seu país o modelo de Constituição francesa de 1791, no qual eram estabelecidas as liberdades dos cidadãos. Na Inglaterra o termo se dirigia àqueles defensores de maior liberdade nas instituições políticas. Em Portugal Graes (2014, p. 47) revela a existência de variadas teorias sobre a construção do liberalismo debatendo a respeito da prevalência e da influência dos modelos norte-americano, inglês, francês e espanhol; mas defende que o país teve um liberalismo com contornos próprios que a autora denomina de “mitigado” por adotar as mais variadas correntes do pensamento jurídico-político europeu, adaptando-as conforme suas necessidades locais.

na concepção de soberania de Bodin, na negação da exploração individual e no nascimento de um sentimento popular de poder político. Citando Norberto Bobbio (2006) Pires (2009, p. 32) explica que na sociedade medieval o direito se apresentava como um fenômeno social, pois não era produzido pelo Estado, mas a partir das funções estatais estabelecidas pela Constituição onde se consagrou a submissão do Poder estatal ao domínio das leis. Para o autor, é esta limitação pelas leis que demonstra a vinculação do Estado com o positivismo jurídico²⁰. Gouveia (2014, p. 26) completa ao dizer que o positivismo²¹ surgiu como solução da democracia liberal para dar cabo ao regime anterior absolutista atribuído ao monarca, o qual ditava a lei, dizia o direito e aplicava a justiça.

A respeito da legitimação da jurisdição há várias teorias, mas para Spengler (2010, p. 240) foi através do modelo de contrato social hobbesiano²² que os homens pactuaram com o Estado para lhes garantir paz e segurança sociais²³. Tal contratação obrigaria todos ao cumprimento dos pactos celebrados, afastaria o estado natural de discórdia e transgressão humanas e evitaria a guerra de uns contra os outros²⁴. A autora explica que através desse “pacto” o Estado toma para si o monopólio da violência legítima, arrogando-se no direito de

²⁰ Pires (2009, p. 36) utiliza Fabio Ulhoa Coelho (2001) para explicar que positivista é aquele que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo Estado, em contraposição às formulações jusnaturalistas e outras não formais. É quem defende a possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas.

²¹ Também conhecido como legalismo ou estadualismo consiste na identificação do direito com a lei. Para Gouveia (2014, p. 27) esta concepção ainda domina tanto a formação dos juristas como o modo de aplicação do direito, o qual permanece distante das pessoas que por diferentes razões não se sentem detentoras desse poder. Para Gouveia, ainda que se admita que a democracia hoje é muito mais representativa que nos séculos XIX e XX a distância entre o cidadão e o Estado permanece no que tange às leis.

²² Pires (2009, p. 25) situa o contratualismo jurídico como um dos momentos do jusnaturalismo enquanto doutrina que analisa as condutas inatas ao ser humano, representada por comandos incorporados à própria existência do homem; portanto, pautada no conhecimento empírico e animal imanente à natureza humana. De acordo com o contratualismo, a sociedade nasce da vontade direta dos indivíduos, isto é, do desejo de vinculação e se dá por meio de um contrato hipotético em prol da paz coletiva. Dessa forma nega a ideia de que haja um impulso natural associativo que leva à formação do grupo social, ainda que admita que o homem seja um ser gregário. São apontados por Pires como representantes desse pensamento Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu.

²³ Graes (2014, p. 66) relembra que independente da teoria adotada para explicar a divisão de Poderes (pois esta ganha contornos distintos de acordo com Stuart Mill, Locke e Montesquieu), o que interessa ao liberalismo não é origem do poder mas sim seu fundamento e transmissão, associando-o à noção de contrato. É por força desse contrato que o indivíduo se torna cidadão e sua vontade antes individual passa a ser geral e soberana. E completa ao explicar que foi Rousseau quem reformulou o pacto social por meio do transpersonalismo da expressão “vontade geral” anteriormente utilizada por Montesquieu.

²⁴ Hobbes (*apud* Spengler, 2010, p. 200) proclama que os homens esperam que o Estado lhes proteja contra as ameaças à sociedade e combata os conflitos por meio de convenções e leis. Em outras palavras o Estado busca eliminar a violência arbitrária pelo combate regrado pelo direito, e para tanto chama para si o monopólio da violência legítima exercida pelo Sistema Judiciário.

decidir litígios e aplacar a violência através de um sistema diverso, diferente do religioso e sacrificial, denominado de Sistema Judiciário²⁵.

Para Gouveia (2014, p. 26) sob o argumento de concretizar este novo princípio democrático o direito passou a ser feito pelas assembleias eleitas pelos cidadãos, mas apenas formalmente vez que ainda persistiram as aplicações de “leis próprias” e “costumeiras” pelos senhores locais que não se submetiam ao Poder Central. Por isso surgiu a necessidade da criação de tribunais para aplicação das leis impostas, inclusive em locais mais distantes do Governo Central. A fim de ampliar este poder os juízes deviam aplicar o direito, mas sem qualquer autonomia interpretativa, funcionando assim como meras “máquinas de soluções jurídicas”²⁶.

Mas Rodolfo de Camargo Mancuso (2011) citado em Daniel Mota Gutierrez e Jânio Pereira da Cunha (2015, p. 123) afirma que o conceito contemporâneo de jurisdição, antes e superiormente no contexto de uma democracia participativa²⁷, deve se afastar da necessária agregação à Justiça oficial e aproximar-se da jurisdição compartilhada²⁸ com outros agentes, órgãos e instâncias capazes de prevenir ou resolver conflitos com justiça, em tempo razoável e sob uma boa equação custo-benefício. Por isso Gutierrez e Cunha (2015, p. 123) concluem que a jurisdição contemporânea aproxima-se do ideal de “jurisdição participativa” onde a solução dos conflitos não depende de forma exclusiva da Justiça estatal e pode ser realizada por meios equivalentes que possibilitem a prevenção e a justa solução das controvérsias num prazo justo e com menor dispêndio tanto de energia quanto de custo.

²⁵ Mas para Julien Freund (1995) citado por Spengler (2010, p. 262) o modelo do sistema judicial equivale a um estado agonal, ou seja, uma competição ou jogo cujas regras são pré-determinadas e notoriamente conhecidas (direito). Mas adverte que tal modelo não admite discricionariedade e pode, na tentativa de manter a ordem a qualquer custo, revelar-se em opressão para a parte “vencida”.

²⁶ Montesquieu (*apud* Gouveia, 2014, p. 25) diz que esse novo Poder judicial se reduzia à função de “boca que pronuncia as palavras da lei”, vez que aos juízes cabia tão somente proferir a decisão nos limites impostos pelo Poder Central.

²⁷ Sem aprofundar nas teorias sobre democracia debatidas pelo autor, Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 35) leciona que o termo utilizado se refere ao modelo de exercício de poder onde a população participa de forma ativa na tomada de decisões políticas, tendo surgido no final do século XX em oposição ao modelo de democracia representativa.

²⁸ Leonardo Augusto Marinho Marques e Vinícius Diniz Monteiro Barros (2010, p. 7599) conceituam jurisdição compartilhada como a atividade empreendida em conjunto pelas partes e pelo juízo, decorrente do pluralismo jurídico conformador de um Estado democrático de direito. Para adotar este ideário é necessário afastar-se da antiga visão de que a jurisdição é atividade solitária e soberana do juiz na declaração do direito e do processo.

1.3. Crise da Justiça e movimentos de desjudicialização

Para Jean-Pierre Bonafé Schmitt (1998) citado por Pires (2009, p. 48) ainda que as décadas de 1960 e de 1970 sejam apontadas como a origem da crise da Justiça em várias partes do mundo ocidental, foi no período entre 1900 e 1930 que surgiu nos EUA o primeiro movimento de deslegalização ou desjuridização²⁹ para regulação de pequenos conflitos. Este movimento também foi verificado em outros países europeus tendo exercido influência para o desenvolvimento dos meios alternativos em Portugal conforme se tratará mais adiante.

De acordo com Schmitt (1998, p. 4) os conflitos dessa época eram majoritariamente decorrentes da população pobre e marginalizada, vítima das más condições de vida proporcionadas pela recente e desordenada urbanização. O principal movimento, denominado de *sociological jurisprudence*, teve como maior representante Roscoe Pound e defendia uma ideologia baseada na socialização da lei, da justiça social e da integração dos mais pobres. Também combatia o formalismo legal e o Sistema de Justiça tradicional por ser demasiado caro, dilatatório e afastado dos problemas dos trabalhadores.

Pires (2009, p. 49) informa que Roscoe Pound propôs a unificação e a racionalização do aparato judicial que culminou no nascimento das *Municipal Courts*, as quais por sua vez, consistiram na pedra de torque das futuras *Socialized Courts*, caracterizadas pela existência de setores especializados como as *Domestic Relationships*, *Small Claims* e *Conciliation Courts*. Mas o autor revela que o novo aparato acabou por se revelar muito complexo e não impediu o aumento do contencioso no seio social que resultou na explosão judicial ocorrida nas décadas seguintes de 1960 e 1970.

Ainda de acordo com Pires (2009, p. 50), mais uma vez, a urbanização e a desordenada mobilidade social são apontadas como principais causas do abandono dos métodos autocompositivos (antes utilizados com frequência) e do aumento da demanda judicial. Dessa forma, a excessiva litigiosidade culminou no aumento da morosidade nos julgamentos, decorrente principalmente do despreparo da máquina judicial para a nova realidade social³⁰.

²⁹ Pires (2009, p. 48) adverte que “desjudicialização” é o melhor termo, pois o que se quer afastar é o conflito do Poder Judiciário e não da jurisdição. Isto porque ao Estado cabe o poder-dever de administrar a justiça, ainda que indiretamente.

³⁰ Helena Alves (2016, p. 59) acrescenta que o surgimento do movimento de RAL na década de 1960 nos EUA foi acompanhado por uma mudança sociocultural onde o cidadão passou a assumir um papel mais ativo na composição das lides.

É nesse cenário que surge um novo ciclo de desjuridização, caracterizado pela necessidade de intervenção estatal e aplicação da teoria das relações humanas, que favoreceu uma nova discussão sobre tratamento diferenciado para os conflitos em oposição ao modelo judicial tradicionalmente utilizado (*adversary model*).

Para Antonio Manuel Hespanha (1998, p. 225) e Gouveia (2014, p. 28) o movimento de promoção do acesso ao direito e à justiça está ligado à crise do direito positivo e às críticas ao positivismo jurídico marcantes na última metade do século passado, centrada na corrente do *Critical Legal Studies*³¹.

De acordo com Gouveia (2014, p. 28), o pensamento crítico da lei, originalmente político, partia do pressuposto de que não havia isenção no posicionamento dos juristas como ocorria nas demais ciências. Para a autora, suas escolhas e ações eram direcionadas de acordo com os interesses dominantes que visassem proteger.

Hespanha (2007, p. 231) no mesmo sentido, explica que o movimento contestava a ideia de que o direito era um saber politicamente neutro e limitado a aplicar corretamente normas ou precedentes, uma vez que todos os juristas faziam política tanto de forma macroscópica, por meio das decisões legislativas, como de forma microscópica, através das sentenças. Dessa forma, se todos consciente ou inconscientemente faziam política, então suas decisões deveriam ser comprometidas com objetivos politicamente justos e isso lhes obrigava a possuir outros conhecimentos além das leis e precedentes judiciais.

Hespanha (2007, p. 234) informa ainda que tal movimento, iniciado nas grandes universidades americanas como Harvard e Stanford, espalhou-se e deu origem a subcorrentes do uso alternativo do direito como a *Feminist Jurisprudence* e a *Outsider Jurisprudence*. O uso alternativo do direito fundamenta-se na busca de soluções criativas caracterizadas pela não intervenção do juiz para impor às partes uma decisão, e tem como fundamentos a informalidade, a celeridade e a economia processuais.

Gouveia (2014, p. 28) explica que as conclusões do movimento levaram ao reconhecimento da insuficiência dos mecanismos oficiais de aplicação do direito, bem como à promoção e à reintegração de meios comunitários de justiça, como por exemplo, a autocomposição. A autora relembra que foi nesse contexto, na conferência sobre a administração da Justiça no ano de 1976, que Frank E. A. Sander lançou a ideia de um

³¹ Hespanha (2007, p. 235) resume as propostas da Escola Crítica do Direito: substituição das regras práticas e do discurso jurídico admitindo que outras pessoas além de juristas possam participar do diálogo acadêmico e jurisprudencial; utilização de outros tipos de fatos como relevantes; adoção de outra linguagem; admissão que o direito é um saber controverso cujas escolhas refletem opções de ideologia e política.

tribunal multiportas, isto é, um centro com diversos mecanismos alternativos ao sistema procedimental tradicional para a resolução de litígios como a mediação, conciliação, arbitragem e a investigação de fatos³², assunto que será retomado mais adiante.

Em Portugal, de acordo com Alves (2016, p. 51), foram as alterações socioculturais da década de 1970 que desencadearam a crise do Judiciário. Tais alterações, decorrentes do fim do regime ditatorial e da incorporação de direitos de cidadania pela sociedade portuguesa, levaram à diminuição do analfabetismo e aumento da qualificação acadêmica. Estes são apontados como os responsáveis pela tomada de consciência de direitos que estimulou a procura pelos tribunais³³ que, no entanto, não estavam capacitados para responder à demanda e acompanhar a recente mudança verificada no seio social.

Para Silva (2009, p. 21) a Justiça portuguesa não reagiu preventivamente à crise, pois não investiu nas estruturas em tempo útil à demanda processual, o que levou a um aumento da tensão social e na consequente erosão da imagem do Judiciário com a redução de seu prestígio e de sua autoridade.

Mas Paula Fernando (2017, p. 481) destaca que apesar de o aumento no número de processos ter ocorrido após 25 de abril de 1974, a preocupação e a discussão sobre a ineficiência dos tribunais frente às demandas somente ganhou força no final da década de 1980 e início da década de 1990, com a publicação de pesquisas e estudos sobre o tema, o que fez aumentar o escrutínio público sobre o desempenho do Judiciário.

Nesse sentido, Lúcia Dias Vargas (2006, p. 19) relembra que em 2002 o Observatório Permanente da Justiça, num estudo coordenado por Boaventura de Sousa Santos, identificou três períodos evolutivos das alterações do sistema judicial a partir de 1974: o primeiro, compreendido entre os anos 1974 e 1984, é marcado por reformas judiciais visando à democratização do Poder Judicial onde ocorre a transição de regimes e consolidação do Estado de direito; o segundo compreende o período entre os anos 1985 e 1995 e caracteriza-se pela controvérsia sobre o tribunal de círculo e progressiva dificuldade dos tribunais frente à

³² Para Gouveia (2014, p. 28), o posterior desenvolvimento dessa ideia representou a transposição do pluralismo jurídico para o plano processual, e dessa forma, finalmente se fundava o pluralismo processual. E conclui ao dizer que a resolução alternativa de litígios é antes de tudo reflexo desse pluralismo jurídico.

³³ Hespanha (2007, p. 305) adverte que o aumento da procura por direito e Justiça (entendendo-se aqui a Justiça oficial), consequentes do recente fenômeno de estadualização e juridicização teve consequências sociais equívocas na periferia. Isso porque impôs à população modelos de resolução de conflitos estranhos àqueles tradicionalmente utilizados até então. Para o autor o acesso à Justiça oficial pressupunha a submissão à hegemonia do direito oficial que por outro lado obrigava a uma alienação em relação ao direito vivido.

crescente demanda; o terceiro ocorre após o ano de 1996 até 2006³⁴ e pode ser dividido em duas partes; na primeira verifica-se a tentativa de adaptação dos tribunais à exponencial procura por meio da informatização; na segunda, a aplicação de medidas de simplificação processual, desjudicialização e políticas públicas de gestão para a diminuição de processos pendentes como também da morosidade judicial³⁵.

Para Alves (2016, p. 53) o primeiro programa de governo a introduzir o debate sobre a crise da Justiça em Portugal nos meios público e político foi o XIII do Governo Constitucional, o qual reconheceu a existência de uma explosão judiciária no país. Foi nesse mesmo período que o Centro de Estudos Sociais realizou a pesquisa cujo resultado foi o primeiro grande diagnóstico a respeito do sistema judicial português, o qual identificou uma verdadeira “colonização” dos tribunais por ações de cobranças de dívidas movidas por litigantes habituais, especialmente, por pessoas coletivas³⁶. Diante dessa constatação foram adotadas várias medidas legislativas visando controlar o volume de litigação³⁷ como a aprovação do procedimento de injunção, os incentivos às extinções de ações e a criação dos JPs³⁸.

Conceição Gomes (2011, p. 21) acrescenta que a par da recomposição social e do crescimento das instâncias alternativas de resolução surgiram parcerias com profissionais especializados visando à desjudicialização total ou parcial dos conflitos. Como exemplo, cita a inclusão de matérias relativas a divórcio consensual e inventário no sistema de resolução dos conservadores de registro civil e predial, bem como a atribuição de algumas competências da ação executiva aos solicitadores de execução.

³⁴ Ressalta-se que Vargas (2006, p. 20) refere essa terceira fase de “1996 até a atualidade” e uma vez que a obra foi publicada em 2006, fez-se a necessária adaptação ao texto.

³⁵ Vargas (2006, p. 30) informa que a explosão da litigação e a colonização judicial são apontadas como causadoras do desajustamento entre a capacidade de oferta e a demanda processual que restringiu o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva.

³⁶ António Pinto Monteiro (2002) citado em Vargas (2006, p. 23) num estudo sobre litigância cível excessiva e sobrecarga dos tribunais indica como uma das causas do congestionamento na justiça cível a crescente e excessiva utilização do Sistema Judicial por um pequeno número de grandes litigantes, basicamente pessoas coletivas que viam na Justiça um meio de cobrança das dívidas de pequenos valores de seus clientes.

³⁷ Fernando (2017, p. 499) destaca dentre as ações: o plano de ação para descongestionamento dos tribunais (PADT) através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005, de 30 de maio; na área penal o programa de conversão das transgressões e contravenções em contra-ordenações com a Lei n.º 25/2006, de 30 de junho; a Lei n.º 28/2006, de 7 de julho e a Lei n.º 30/2006, de 11 de julho. Silveira (2017, p. 508) acrescenta ainda a Resolução n.º 172/2007, de 6 de julho às políticas de descongestionamento dos tribunais.

³⁸ Para Gouveia (2014, p. 34) desde seu “ressurgimento” os meios de ADR têm sido impulsionados pelo governo de forma constante independentemente da força política que assume o poder, entretanto, Alves (2016, p. 55) relembra que os exitosos investimentos nesse ramo sofreram um duro golpe com a intervenção da Troika em Portugal, por causa da imposição de medidas de austeridade que afetaram todos os setores da sociedade, sobretudo, a Administração Pública. Por isso muitos projetos e investimentos antes previstos para o setor ficaram estagnados, razão pela qual não foram criados mais JPs, sistemas de mediação estatal ou centros de arbitragem com apoio financeiro do Estado.

Para Vargas (2006, p. 30) a situação da Justiça no final do século XX exigia diferentes soluções tanto quanto ao número de processos como nas novas necessidades dos cidadãos e as medidas de combate à crise da Justiça deveriam seguir a mesma linha em todos os países³⁹: políticas públicas de simplificação processual; desburocratização; reforma tecnológica ou informatização dos tribunais; formação de recursos humanos e diversificação dos profissionais; aumento e melhoria na gestão dos recursos; incentivo à desjudicialização e meios de RAL⁴⁰.

Graça Fonseca e Mariana Vieira da Silva (2012, p. 189) asseguram que os problemas identificados em Portugal não diferem daqueles do restante dos países da União Europeia (UE), mas há posicionamento divergente. Para João Tiago Silveira (2017, p. 505) a associação comumente feita entre lentidão de resposta judicial, falta de celeridade dos processos, sobrecarga de trabalho e aumento de volume processual não se aplica à realidade portuguesa. De acordo com Silveira (2017, p. 506) desde 1994 há pouca variação no número de processos entrados o que impossibilita concluir que haja uma tendência de aumento nos tribunais comuns. Dentre tais processos, destaca a prevalência de execuções cíveis⁴¹ onde somente de forma pontual o tribunal intervém uma vez que a tramitação é desenvolvida basicamente pelo agente de execução.

Acresce o autor que outro fator considerável é a relação entre processos entrados, findos e pendentes, onde raramente se verifica uma vantagem no número de processos findos, o que, quando ocorre, não representa uma diminuição de processos pendentes. Por isso, Silveira conclui que diante da pressão no acúmulo processual ocorre maior reação judicial, mas quando tal pressão decresce o ritmo não segue no nível desejável e por isso existe uma eterna pendência processual.

³⁹ Fonseca e Silva (2012, p. 190) informam que em Portugal os programas de descongestionamento dos tribunais combinaram instrumentos voltados à redução da demanda com outros dirigidos ao ganho de eficiência. No primeiro caso citam como exemplos a desjudicialização de certos crimes como ocorreu com o regramento dos cheques sem provisão e aos conflitos ligados ao crédito e aos seguros, bem como ao incentivo nos métodos de RAL como a arbitragem e mediação e a criação dos JPs. Já no segundo grupo de medidas, enumeram a informatização dos tribunais e dos processos e a alteração das regras de gestão processual direcionadas prioritariamente aos litígios de massa como a mudança de regras competência territorial dos tribunais e desburocratização dos processos.

⁴⁰ Mas Vargas (2006, p. 41-42) afirma que apesar da implementação das soluções apontadas que dotaram a Justiça tradicional de mais e melhores meios de funcionamento, a eficiência esperada não foi lograda pois as medidas adotadas não se mostraram funcionalmente adequadas às mudanças sociais, econômicas e políticas ocorridas nos últimos anos. Para a autora é nesta seara que a última solução, dos meios alternativos de resolução de conflitos, ganha permeabilidade com a promessa de produzir uma mudança qualitativa de reforma da justiça.

⁴¹ De acordo com Fonseca e Silva (2012, p. 191), em 2010 os processos cíveis representavam 87% do número de processos nos tribunais, destes, 60% correspondiam a execuções e dentre estas 70% eram cobranças de dívidas.

Para Silveira (2017, p. 509) o grande problema da crise não está no volume processual ou na falta de recursos humanos⁴², mas sim na falta de gestão dos tribunais. O autor destaca que todos os momentos de redução de pendências ocorreram em decorrência de políticas públicas de descongestionamento e não pela capacidade de resposta dos tribunais.

1.4. Os movimentos de acesso à justiça

De forma sucinta pode se dizer que tais movimentos foram soluções propostas à crise da Justiça e aos problemas de acesso ao Judiciário, identificados em determinadas épocas e lugares. O aumento no número de demandas, os altos custos processuais e a morosidade na entrega da tutela jurisdicional são apontados como possíveis causas da crise verificada, sobretudo a partir das décadas de 1960 e 1970 por expoentes como Mauro Capelletti, Brian Garth, Jean-Pierre Bonafé Schmitt e Frank E. A. Sander.

1.4.1. As ondas renovatórias de Mauro Capelletti e Brian Garth

As referidas “ondas” foram etapas propostas para superação dos obstáculos de acesso à Justiça verificados por Mauro Capelletti e Bryant Garth no estudo denominado Projeto Florença e publicado em 1978 sob o título *Acess to Justice*. Esse projeto, financiado pela Fundação Ford na década de 1970, surgiu em decorrência das discussões acerca do acesso à Justiça fomentadas à época, o que levou ao estudo da situação em diversos países e culminou na elaboração de um relatório cuja preocupação central era a possibilidade de os cidadãos comuns acessarem o Sistema Jurídico estatal como pressuposto para garantia de todos os demais direitos.

A pesquisa de Capelletti e Garth inicia com a identificação das dificuldades enfrentadas para o acesso ao Judiciário os quais foram agrupadas em três grupos: econômicos, organizacionais e processuais. O primeiro relacionado aos altos custos que tornavam o processo inacessível para grande parte das pessoas; o segundo se refere à incompatibilidade dos meios disponíveis para defesa de direitos difusos e coletivos; o terceiro concluiu pela inadequação do processo judicial para defesa de certos direitos.

⁴² O autor revela que o número de profissionais na área jurídica aumentou de forma significativa após a democratização da sociedade portuguesa de 25 de abril de 1974.

A fim de serem superados os obstáculos encontrados foram propostas medidas as quais os autores denominaram de “waves” (em português, ondas). A primeira visava à superação da pobreza que impedia a busca de direitos pela maioria da população e propunha a assistência e o patrocínio estatais tanto na fase prévia como durante o processo judicial. Pires (2009, p. 57) ressalta que a grande preocupação neste caso recaía sobre a representação dos necessitados sob os critérios econômicos e técnicos. Isso significava, além do patrocínio gratuito aos que não tivessem condições financeiras, a garantia de assegurar a qualidade do profissional jurídico ofertado.

A segunda visava ultrapassar a dificuldade na defesa de interesses e direitos difusos e coletivos através de órgãos e mecanismos próprios que protegessem e fortalecessem os grupos afetados. Para Pires (2009, p. 57) esta repele o caráter individual da primeira ao dar prioridade para os casos com interesse coletivo, isto é, aqueles que interessam à toda coletividade.

Por fim, a terceira visava à desburocratização do acesso à justiça, seja por mecanismos processuais, seja pela simplificação do direito substancial. Pires (2009, p. 57) revela que pela abrangência apresentada, esta onda pode ser conhecida como “o enfoque do acesso à justiça”, pois além dos aspectos processuais já apontados, abrange a advocacia judicial ou extrajudicial, as instituições, os mecanismos, as pessoas e os procedimentos utilizados para processar ou ainda prevenir litígios. Por isso diz-se que nesta fase se situam os meios de ADR, como forma adequada de solução de conflitos extrajudiciais⁴³.

Para Capelletti (1998, p. 12) o movimento de acesso à justiça visa garantir a efetividade de direitos sociais por meio da igualdade de todos neste acesso. Dentre os direitos sociais o direito de acesso à justiça funciona como instrumento de garantia para todos os demais por isso é considerado o mais básico dos direitos humanos que requer mais do que o mero acesso formal ao Judiciário.

1.4.2. Le boutiques de droit de Jean-Pierre Bonafé Schmitt

O modelo proposto por Jean-Pierre Bonafé Schmitt (1998, p. 7-8) visava à implantação de “oficinas” nos bairros onde os excluídos do direito pudessem ter acesso à informação jurídica e a mediação de conflitos, porém, numa acepção mais ampla do que a técnica de resolver conflitos para se estender aos mecanismos de comunicação.

⁴³ Para Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini (2012, p. 238) hoje se enfrenta um novo desafio que a autora denomina como uma “quarta onda” a ser superada no acesso à justiça: o efficientismo processual.

Baseadas na descentralização, deslegalização e desprofissionalização, uma vez que funcionariam dissociadas da participação estatal direta e contariam com o engajamento de mediadores (interventores) da própria comunidade não pertencentes do corpo judiciário estatal, essas oficinas não se limitariam a questões formais e proporiam soluções múltiplas de acordo com a complexidade e natureza da demanda, e da dimensão social do fenômeno⁴⁴.

O serviço de informação jurídica funcionaria através de interventores que atuariam como intérpretes entre a população e as instituições, sejam jurídicas ou administrativas, visando com isso facilitar a compreensão da comunicação entre as partes. Em outras palavras, os interventores funcionariam como uma espécie de tradutores da linguagem geralmente complexa utilizada pelas instituições, para as pessoas. Além disso, seriam também educadores da cultura jurídica local.

A mediação deveria ser adaptada aos conflitos apresentados, visando à recomposição da socialização por meio da resolução dos conflitos de forma autônoma ao modelo tradicional judicial. Por isso, nas boutiques não deveria haver formalismo e fundamentação jurídica e a solução caberia às partes de acordo com suas necessidades e não de acordo com as normas abstratas.

1.4.3. Multi-door courthouse system de Frank E. A. Sander

O modelo proposto por Frank Sander consiste na idéia de um tribunal com múltiplas “portas” onde cada uma oferece a forma adequada de resolução das disputas após uma análise prévia do caso concreto⁴⁵. Lagrasta (2016, p. 65-67) ilustra que o fórum de múltiplas portas ou tribunal multiportas trata-se de uma forma de organização judiciária onde por meio de um centro de resolução de disputas o Poder Judiciário disponibiliza vários e diversos procedimentos com vantagens e desvantagens a serem consideradas em função das

⁴⁴ Para Schmitt (1998, p. 38) o conflito é uma construção social que leva as partes a invocar direitos, isto é, buscar as normas segundo uma lógica que reflita seus interesses e valores, mas é possível desestimular essa subcultura jurídica através da utilização do direito como um instrumento para formar uma nova situação jurídica adaptada aos interesses das partes por meios das boutiques.

⁴⁵ Lagrasta (2016, p. 65-67) esclarece que para definir situações de análise que se prestam a indicar qual o melhor método ou combinação de métodos para solucionar uma determinada controvérsia criou-se a expressão *multi-door settlement system* (sistema de solução multiportas). Tais métodos são usados de forma rotineira nos EUA que os classifica em: 1) mecanismos da justiça imposta (heterocomposição); 2) mecanismos da justiça consensual (autocomposição), com a subdivisão em mecanismos vinculados ao Estado e eminentemente privados; e 3) mecanismos híbridos (categoria intermediária que promove concomitantemente e sucessivamente mecanismos heterocompositivos e consensuais). A característica do tribunal multiportas permite a adoção de qualquer desses métodos.

características específicas do conflito e das partes envolvidas⁴⁶. Neste sistema o modelo de “porta única” do processo judicial é substituído por um sistema organizado pelo Estado, composto de variados tipos de procedimentos integrantes de um “centro de resolução de disputas” onde existem pessoas treinadas para recepção e encaminhamento das partes ao método mais adequado ao caso⁴⁷.

Gladys Kessler e Linda Finkelstein (1988, p. 580) lecionam que o primeiro procedimento *multi-door* é o *intake and referral* onde assistentes treinados e voluntários fazem a recepção das partes, demonstram as opções de resolução e hipóteses de composição. Em caso de impossibilidade de acordo cabe ao *intake specialist* a classificação e encaminhamento ao meio adequado: legal, serviço social ou outros organismos de resolução.

Nessa primeira fase ocorre a sintetização do processo e identificação das várias possibilidades para a resolução do caso pelo *intake specialist* que juntamente com os clientes decide o passo apropriado para resolver a disputa com um plano de ação conjunto em que, fracassando as demais tentativas, se recorra às vias judiciais. Dentre os métodos de resolução de disputas propostos por Sander, tem-se a *mediation*, a *arbitration* e a *case evaluation*.

Na primeira, tem-se um procedimento onde o mediador, que deve ser um terceiro neutro, ou seja, isento de opiniões ou juízos de valor sobre o caso, intermedia o diálogo e direciona as partes tanto quanto aos interesses como nas posições para que elas próprias possam avaliar o caso com trocas de informação, ideias e alternativas para a resolução.

A segunda consiste em um procedimento onde o árbitro imparcial, com poder legal de realizar audiências, se reúne com as partes para expedir um laudo após oitiva sobre os fatos e direitos expostos. A critério das partes, a arbitragem poderá ser *binding* (vinculativa) ou *non-binding* (sem vinculação). Se vinculativa o laudo arbitral será convertido em sentença

⁴⁶ Para Santos (2014, p. 56) os profissionais devem ser treinados desde a faculdade para a correta identificação objetiva do tipo de conflito e escolha do meio de RAL aplicável a cada caso concreto. Assim, constaria na grade curricular obrigatória dos cursos de direito. Isso porque, para a correta utilização desse modelo é preciso formar verdadeiros gestores de conflitos. Chaim Perelman (2005) citado em Santos (2014, p. 64) explica que o gestor de conflitos deve conjugar duas virtudes racionais fundamentais: prudência e justiça. A prudência é a virtude que nos faz escolher os meios mais seguros e menos onerosos de alcançar os fins desejados, ou seja, o meio que ofereça o máximo de vantagens e o mínimo de inconvenientes. Já a justiça, é alcançada quando se garante a igualdade daqueles que possuem as mesmas características. Além disso, o gestor de conflitos deve observar critérios racionais, tanto na ação preventiva de consulta e orientação jurídica como de solução de disputas: i) diagnóstico do conflito, ii) falseamento das alternativas disponíveis, iii) execução da medida adequada.

⁴⁷ De acordo com Chaim Perelman (2005) citado em Santos (2014, p. 65) o sistema multiportas, de acordo com a natureza do conflito (judicial ou extrajudicial) e dos objetivos do centro onde funciona, deve oferecer como métodos de prevenção e resolução de litígios: orientação individual e coletiva; ajuizamento de ação individual e coletiva; utilização da via administrativa de uma serventia extrajudicial; arbitragem; negociação direta ou assistida; conciliação e mediação.

judicial; se não vinculativa as partes podem recorrer à Corte para um novo julgamento em caso de discordância do laudo arbitral.

Por fim, no terceiro tipo, faz-se uma avaliação de caso que permite que os envolvidos submetam seu caso à análise confidencial e sem vínculo processual por um experiente jurisconsulto imparcial. Assim, na presença das partes, o conselheiro apresenta o caso ao avaliador que após a exposição avalia a causa quanto à extensão, fragilidade, custo e auxilia no desenvolvimento do plano de determinação, reduz a extensão da disputa e identifica áreas de entendimento⁴⁸.

Sobre as origens desse sistema no ordenamento jurídico norte-americano, Kessler e Finkelstein (1988, p. 578-580) relembram que inicialmente foram feitos testes em alguns estados como Oklahoma (em Tulsa), Texas (em Houston) e Washington (na *Superior Court*); e no ano de 1985 foi criada na *Superior Court of Columbia*, cuja experiência bem sucedida levou a sua implementação na estrutura da Corte. No mesmo ano foram instaladas as *small claims mediation* para causas com valor até US\$5.000,00 a serem resolvidas por voluntários. A mediação também era praticada pelo *the family mediation program* nas causas envolvendo direito de família, exceto se envolvessem armas, injúrias graves, violência reiterada, abuso de menor ou excessiva desigualdade entre as partes.

Kessler e Finkelstein (1988, p. 578-580) seguem ao dizer que no ano de 1987 a arbitragem extrajudicial foi adotada pelo *the non-binding arbitration* bem como a semana da conciliação ou *settlement week*, conceituado como um movimento dos tribunais de educação social e comunitária que consistia na suspensão dos julgamentos para a tentativa de mediação das partes. A experiência positiva levou a Corte a estender a mediação a outras causas que levou a institucionalização da sessão prévia de mediação.

Nicole A. Huggins (2002, p. 43) afirma que nos anos 90 a mediação e outras formas alternativas foram codificadas nas instituições do governo federal como, por exemplo, o Ato de Reforma da Justiça Civil de 1990 o qual exigia a todos os tribunais federais de primeira instância um plano de redução do custo e da demora dos processos que contribuísse com a celeridade da Justiça. Assim foram previstos processos diversos que iam desde o

⁴⁸ Gabbay (2013) citado em Santos (2014, p. 60-61) destaca que o modelo proposto por Sander na obra intitulada *Varieties of Dispute Processing* (resultado do discurso proferido durante a *Pound Conference*), requer a fiel utilização de uma taxonomia que permita orientar a triagem pelo servidor responsável (*screening clerk*) e posterior encaminhamento das partes para o método mais adequado. Mas o autor destaca que apesar da adoção da utilização desse sistema por vários estados norte-americanos não há critérios objetivos definidos para a triagem e isso contraria o desejo de Sander na taxonomia universal de seleção dos meios de resolução.

minijulgamento e negociação até a mediação, quando os magistrados passaram a desempenhar dupla função, de julgadores e mediadores.

Com o Ato de Alternativas à Resolução de Disputas de 1998 todos os tribunais federais foram obrigados a estabelecer pelo menos um programa de meio alternativo de resolução de litígios. Avi Schneebalg (2002, p. 34) informa que o alastramento desse movimento pelos estados se deu em função de leis estatais votadas para favorecer a utilização de ADR, sendo que quase todos os tribunais, além de encorajar a prática em diversos níveis, muitas vezes tornaram-na obrigatória. Por outro lado outras entidades administrativas do executivo federal sofreram reformas pelo ato de procedimento administrativo para incorporar técnicas alternativas de resolução de disputas, assim como as agências federais foram autorizadas a estabelecer regulamentos específicos e utilizar métodos alternativos.

Huggins (2002, p. 43) informa ainda que tais métodos possuem ampla e variada aplicação nos EUA seja na área administrativa, judicial ou privada. Ensina o autor que em muitos estados americanos é considerada falta grave profissional sujeita à sanção, a omissão do advogado no esclarecimento ao cliente sobre a existência e vantagens dos métodos de ADR antes de iniciar um litígio em um tribunal.

1.5. O direito de acesso à justiça

Norberto Bobbio (2004, p. 24) destaca que a difusão das doutrinas jusnaturalistas, a inclusão das Declarações de Direitos Humanos nas Constituições dos Estados liberais bem como o nascimento, desenvolvimento e reconhecimento do Estado de direito pelo mundo marcaram o reconhecimento dos direitos do homem, o que alcançou nível mundial após a segunda grande guerra. Mas o autor ressalta que a “facilidade” em declarar esses direitos não significa sua efetivação, o que representa um dos maiores desafios dos Estados democráticos: a garantia da igualdade de todos perante o direito e a justiça.

Capelletti (1988, p. 10) ressalta que tais direitos, inicialmente de caráter individual e fundamentados na igualdade, garantiam um acesso meramente formal à Justiça, porém, à medida que a sociedade francesa liberal cresceu em tamanho e complexidade, da mesma forma ganhou força um movimento tendente ao reconhecimento de direitos e deveres sociais pelos governos que deveriam assumir uma atuação positiva para sua efetivação. Dentre tais direitos “o acesso ao direito e à justiça” consistia em pressuposto para o exercício de todos os demais.

Para o autor, o direito de acesso à justiça se trata de aspecto fundamental do Estado social de direito que os alemães chamam *sozialerrechtstaat*, também denominado pelos anglófonos de *welfarestate*, típico das sociedades modernas⁴⁹. O reconhecimento e positivação desses direitos são associados ao aumento vertiginoso da demanda processual que ocasionou a crise da Justiça.

João António Fernandes Pedroso (2011, p. 3) informa que hodiernamente o direito de acesso efetivo ao direito e à justiça é considerado um direito humano, fundamental e social com previsão em vários documentos jurídicos importantes como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948⁵⁰, a Declaração Europeia dos Direitos do Homem (DEDH) de 1950⁵¹, o Tratado de Amsterdam (arts. 61.º a 67.º) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (art. 47.º). Mas Pedroso (2011, p. 180) adverte que apesar do reconhecimento universal do direito de acesso à justiça como direito humano não existe uma instituição global que o garanta a todo e qualquer indivíduo⁵².

Ronnie Preuss Duarte (2007, p. 23) ensina que o art. 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao estabelecer “o direito à ação e a um tribunal imparcial” pretendia reforçar e dar maior visibilidade às garantias processuais, mesmo sem efeito vinculativo e sem apresentar inovações além daquelas já previstas na DEDH e na Constituição da República Portuguesa (CRP). Mesmo assim, para Smith (2007) citado em Pedroso (2011, p. 196) o dispositivo representou a disposição legal mais abrangente até então existente em matéria de acesso à justiça. No entanto Pedroso ressalta que foi a partir do Tratado de Lisboa de 13 de dezembro de 2007 que a Carta, antes um compromisso político,

⁴⁹ Cappelletti (1998, p. 12) explica que o conceito de direitos humanos sofreu uma mudança radical com o liberalismo refletida nas Declarações de direitos típicas dos séculos XVIII e XIX, as quais reconheciam direitos e deveres sociais dos governos. Tais direitos, ao serem reproduzidos pelas Constituições, exigiam uma atuação positiva estatal e não apenas o mero reconhecimento como direito natural pré-existente. Assim o direito ao acesso efetivo à justiça mereceu destaque enquanto mecanismo de efetivação de todos os demais direitos sociais e passou a ser considerado o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno que não se resume em proclamar, mas, sobretudo, garantir os direitos de forma igualitária para todos.

⁵⁰ A DUDH é apontada como o primeiro diploma do sistema internacional de proteção dos direitos humanos que serviu de inspiração para os posteriores, como por exemplo, a Declaração Europeia dos Direitos Humanos (DEDH) ou Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) de 1950, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966, dentre outros.

⁵¹ Duarte (2007, p. 15) afirma que o documento europeu baseou-se na DUDH e que em caso de previsão constitucional de interpretação conforme os diplomas internacionais, as normas previstas subjacentes à dignidade da pessoa humana vinculam os Estados.

⁵² Situação diferente se verifica ao considerar os Tratados e Convenções Internacionais que na sua maior parte possuem mecanismos próprios de acesso à justiça em casos de violação de direitos humanos, como por exemplo, o PIDCP e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

ganhou força obrigatória pelo art. 6º⁵³, o qual consagrou a adesão da UE à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Somente a partir disso se pode dizer que existe um direito efetivo de acesso ao direito e à justiça na União Europeia⁵⁴.

Apesar de previsto em diversos documentos internacionais Pedroso (2011, p. 189) ressalta que o acesso à justiça não consta como prioridade da agenda política do Conselho da Europa e sim dentro de um plano mais vasto de reformulação dos Sistemas Judiciais, cujas estratégias têm como problemáticas principais a independência dos juízes e do Judiciário e a Justiça no que tange à qualidade, eficiência e eficácia, a fim de combater a morosidade e garantir um acesso efetivo ao sistema. A par disso o autor destaca a importância das Resoluções e Recomendações do Conselho publicadas desde a década de 1970 para a disseminação da necessidade de consagração de acesso ao direito e à justiça pelos Estados-membros. No direito interno a previsão vem no artigo 20º da CRP⁵⁵.

Para Gutierrez e Cunha (2015, p. 123) o conceito contemporâneo de acesso à justiça não pode mais ser generalizado ou mesmo banalizado por meio de posicionamentos que levem a um claro desvirtuamento da ideia de facilitação desse acesso. Para os autores adotar tal visão é inaceitável nos dias de hoje, pois revela uma atitude irrealista e ufanista geradora de graves consequências negativas que vão desde a busca da solução persuasiva dos conflitos (que representa um desserviço à verdadeira cidadania) passa pelo estímulo à contenciosidade social e acaba por inflacionar ainda mais a demanda por justiça. Em outras palavras o direito de acesso à justiça não se restringe em facilitar o ingresso em juízo ou reforçar o incentivo da litigiosidade, mas sim privilegiar os meios auto e heterocompositivos de solução dos conflitos.

⁵³ Do artigo 6º que representa um dos mais extensos do diploma destaca-se: “1- Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial (...)”. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

⁵⁴ Para Pedroso (2011, p. 3) garantir o acesso ao direito e à justiça é assegurar aos cidadãos ciência sobre seus direitos, e nos casos de lesões possíveis ou concretas dar-lhes condições de ultrapassar custos e barreiras para alcançar os meios adequados e legítimos para a resolução dos litígios, sejam judiciais ou não.

⁵⁵ “Artigo 20.º: 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>.

1.6. Desenvolvimento dos meios alternativos como garantia do direito de acesso à justiça

No direito norte-americano, Silvia Barona Vilar (1999) citada em Vargas (2006, p. 43) explica que podem ser identificadas três fases distintas na evolução desses meios: a primeira da década de 1960 onde se buscava meios de consenso principalmente em litígios de vizinhança; a segunda nos anos de 1970 que tentava solucionar a crise entre as práticas médicas e o mau funcionamento dos seguros; e a terceira ocorrida nos anos de 1980 que independentemente do tipo de litígio visava encontrar meios mais econômicos ao Sistema Judiciário tradicional de justiça.

Sousa (2007, p. 12) afirma que nos EUA as três fases de desenvolvimento de ADR podem ser assim definidas: a primeira fase foi experimental; a segunda de crítica e prudência (onde se separou o que resultava do que não resultava); por fim, a fase da institucionalização onde se encontra até hoje. Esta última resultou na incorporação dos referidos métodos ao sistema regular de solução de conflitos a fim de que os meios alternativos e nomeadamente a mediação fosse automaticamente incluída no ciclo de vida do conflito⁵⁶.

Na Europa Chumbinho (2007, p. 61) informa que o incentivo aos meios de RAL⁵⁷ decorreu de três fatores: constatação de barreiras no acesso ao Judiciário; aumento da quantidade, complexidade e tecnicidade de textos legislativos; crescimento de litígios perante os tribunais, fenómeno comumente denominado de explosão da litigação⁵⁸. Complementa ao dizer que o impulso ganhou força pela maior aceitação desses meios por parte dos cidadãos europeus diante da experiência exitosa em outros países onde eram aplicados.

Para o autor (Chumbinho, 2007, p. 61) os meios alternativos têm duas finalidades básicas, a primeira é desbloquear as instituições tradicionais de Justiça e a segunda é resolver questões de participação cívica dos cidadãos na administração da justiça. Enquanto políticas de melhoramento de acesso à justiça desempenham duplo papel, pois além de complementar os meios judiciais, muitas vezes se mostram mais adequados à natureza dos litígios.

Arafam Mané, Clara Moreira Campos e Miguel Cancellà de Abreu (2008, p. 337) relembram que o Conselho de Ministros de Tampere de 1999 foi fundamental para a iniciativa

⁵⁶ Como exemplos dessa integração o autor cita a obrigatoriedade de os advogados discutirem as opções de resolução de disputa com os clientes e as *multi-door courthouse*. Mas ressalta que esta fase também deve sofrer controle de qualidade à medida que se divulga.

⁵⁷ Na França o autor ensina que se denominam de MAC (*mediation, arbitrage, conciliation*) enquanto em Portugal comumente denominado de RAL (resolução alternativa de litígios).

⁵⁸ Para Gouveia (2014, p. 25), além do problema quantitativo existe o qualitativo e foi para este que os meios de RAL vieram dar resposta. Nas palavras da autora não se trata de fazer mais rapidamente a mesma coisa, mas sim fazer de forma diferente, e se possível, melhor.

de procedimentos extrajudiciais alternativos pelos Estados-membros e culminou na publicação em 2002 do Livro Verde relativo a um procedimento europeu de injunção de pagamento e medidas para simplificar e acelerar as ações de pequeno montante⁵⁹, o qual só veio reforçar o incentivo ao desenvolvimento desses meios.

O Livro Verde que foi apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias em 20 de dezembro de 2002 na cidade de Bruxelas e resultou de um estudo comparativo entre a gestão e modelos procedimentais adotados pelos Estados-membros nas questões processuais pertinentes, a fim de identificar as melhores práticas que pudessem ser seguidas pelos demais países. De acordo com a Comissão Europeia (Livro Verde, 2002, p. 3) o documento tinha como objetivos principais: lançar um processo de consulta, isto é, um guia a ser seguido pelos países sobre possíveis medidas a tomar em nível comunitário nas ações de pequeno montante; criar um procedimento comum de injunção de pagamento específico, rápido, econômico, disponível e compatível com créditos não contestáveis em outros Estados-membros; simplificar e agilizar ações de menores valores de forma a racionalizar procedimentos e diminuir custos⁶⁰.

Pedroso (2011, p. 200) aponta a importância prática e conjuntural do documento que surgiu como resposta às dificuldades de vários países, como o aumento do volume e custos de processos e morosidade judicial. Chumbinho (2007, p. 62-63) destaca nele o reconhecimento da necessidade de implementação dos meios de RAL como prioridade política pelos Estados e a constatação da inexistência de legislação específica sobre o tema em vários países. A partir do Livro Verde nasceram duas iniciativas fundamentais para o desenvolvimento desses meios em nível europeu: a proposta da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a redação de um Código Europeu de Conduta dos Mediadores.

A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, baseou-se no caráter fundamental do princípio do acesso à justiça para promover o recurso à mediação e reforçar o que havia sido acordado pelos Estados-membros anteriormente em Tampere⁶¹. Das várias

⁵⁹ Os livros verdes são documentos publicados pela Comissão Europeia sobre determinado assunto após consulta e debate das partes interessadas, passíveis de dar início ao desenvolvimento legislativo sobre o tema que foi discutido. Disponível em: https://www.eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_per.html?locale=pt.

⁶⁰ Disponível em: <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1558014243079&uri=CELEX:5202DC0746>.

⁶¹ A reunião de Tampere de 1999 discutiu sobre a criação de procedimentos extrajudiciais alternativos pelos Estados-membros.

medidas previstas na Diretiva⁶² destaca-se o reconhecimento da necessidade de previsão de um enquadramento normativo próprio, tanto para promover o recurso à mediação quanto para gerar confiança dos utentes diante de um quadro jurídico previsível.

Já o Código Europeu de Conduta dos Mediadores foi redigido com apoio dos serviços da Comissão Europeia e apresentado durante uma Conferência realizada em 02 de julho de 2004. Com um conjunto de princípios propostos para adoção por mediadores individualmente considerados ou em nível organizacional, teve como objetivo assegurar confiança e segurança por parte dos utilizadores, tanto nos profissionais como no procedimento de mediação⁶³.

Em nível local Elizabete da Costa Pinto (2017, p. 77) relembra que a Lei Constitucional – LC n.º 1/89, de 8 de julho, ao permitir a institucionalização de instrumentos e formas não jurisdicionais de composição de conflitos por meio de leis, conferiu sustentabilidade constitucional aos meios alternativos. Para Sousa (2007, p. 13-14) as políticas públicas voltadas à RAL constam na legislação a partir de 2001 com a lei que aprovou a orgânica da Direção-Geral⁶⁴ da Administração Extrajudicial (Decreto-Lei n.º 90/2001, de 23 de março).

Silveira⁶⁵ (2017, p. 507) complementa ao afirmar que por influência do Livro Verde de 2002, cuja intenção era a promoção dos meios de RAL pelos países da comunidade de acordo com as finalidades de integração da UE, Portugal assumiu esse compromisso através do Programa do XVII Governo Constitucional, tendo em conta que poderia representar o descongestionamento dos tribunais judiciais e prestar uma justiça mais próxima do cidadão e das empresas, e dividiu a ação em três vetores principais: JPs, arbitragem e mediação.

Nas palavras de Alves (2016, p. 51) nessa altura, sopravam os ventos da mudança provenientes dos EUA e alguns países da Europa na forma de atuação da Justiça e implementação dos meios de RAL. A arbitragem, já consagrada no texto constitucional português pela previsão de tribunais arbitrais no art. 212.º, n.º 2, foi concretizada através dos centros de arbitragem⁶⁶. No ano de 1986 foi publicada a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto que

⁶² A Diretiva surgiu após as conclusões sobre os modos alternativos de resolução de litígios de 2000 e os resultados apresentados pelo Livro Verde em 2002. Disponível em: <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/uri=CELEX%3A32008L0052>.

⁶³ Disponível em: http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2002/com2002_0196pt01.pdf.

⁶⁴ O autor conta ainda que a Direção-Geral estava prevista anteriormente na nova orgânica do Ministério da Justiça no art. 14.º, 1 e fazia referência a meios extrajudiciais de resolução de conflitos e não meios alternativos.

⁶⁵ Secretário de Estado da Justiça de Portugal em 2007.

⁶⁶ Gouveia (2014, p. 34) afirma que o desenvolvimento dos meios de RAL em Portugal iniciou-se na área do consumo por meio da criação dos centros de arbitragem e de informação autárquica ao consumidor.

regulava a arbitragem voluntária⁶⁷ que vigorou até 2011 quando então foi revogada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. Ainda em 1986 o Decreto-Lei (DL) n.º 425/86, de 27 de dezembro estabeleceu os requisitos necessários para outorgar competência a entidades para realizar arbitragens voluntárias especializadas que são autorizadas pelo Ministério da Justiça. Nos anos que se seguem vários centros de arbitragem foram criados com competência para resolução de conflitos privados além da contratação pública e matéria tributária.

A autora afirma que concomitantemente ao avanço da arbitragem surgiram grupos e estudos de trabalho dedicados a outros meios de RAL. Assim, em 1993 foi criado o Instituto Português de Mediação formado por diversos profissionais como psicólogos, terapeutas, magistrados, dentre outros, cuja base serviu para o lançamento do primeiro curso de mediação familiar pelo Centro de Estudos Judiciários. Em 1997 surgiu a Associação Nacional para Mediação Familiar cujo objetivo era desenvolver e difundir esse tipo de mediação. No mesmo ano foi celebrado um protocolo entre Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados com vista à criação do projeto “Mediação Familiar em Conflito Parental” que posteriormente originou o Gabinete de Mediação Familiar em Lisboa.

No que se refere à mediação privada e comercial, no ano de 1999 por meio da Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, foi prevista a possibilidade de intervenção de serviços públicos ou privados de mediação a todo tempo do processo judicial, desde que mediante consentimento ou a pedido das partes e cujo acordo deveria ser homologado judicialmente⁶⁸. Ainda nesse ano os JPs foram consagrados como categoria de tribunais no art. 209.º da CRP, por meio da 4ª Revisão Constitucional. Logo depois ocorreu a promulgação da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho que instituiu os JPs como órgãos competentes para a promoção da mediação.

Alves (2016, p. 55) afirma que a lei dos JPs contribuiu decisivamente para divulgação dos meios de RAL em Portugal⁶⁹. Destaca ainda que tal difusão foi impulsionada pelo Ministério da Justiça através de campanhas de promoção dos JPs, da mediação familiar, da mediação laboral e dos centros de arbitragem. A autora destaca vários fatos determinantes na divulgação dos meios de RAL: além do crescimento no número de JPs pelo país, o Gabinete de Mediação Familiar deixou de ser um projeto experimental para dar origem ao Sistema de

⁶⁷ Gouveia (2014, p. 33) informa que apesar de ter sido criado o centro de arbitragem no mesmo ano de publicação da Lei da Arbitragem, a Câmara de Comércio de Indústria Portuguesa/Associação Comercial de Lisboa foi fundada em 1834.

⁶⁸ Para Alves (2016, p. 54) esta lei representou o primeiro passo da desejada e necessária cooperação entre a mediação e o sistema judicial.

⁶⁹ Alves (2016, p. 57) informa que o Programa do XIV Governo Constitucional referia a necessidade de ampliação dos meios de RAL, e o executivo, na legislatura iniciada em 2002, comprometeu-se no incentivo desses meios.

Mediação Familiar. Este por sua vez, incentivou a posterior criação do Sistema de Mediação Laboral para mediação de conflitos laborais. Nessa época, a mediação pública estava dividida em familiar e laboral, mas havia legislação aprovada para a mediação penal. A publicação da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho sobre o estatuto da vítima em processo penal resultou na criação do Sistema de Mediação Penal para resolução de litígios relativos a crimes particulares e crimes semipúblicos contra pessoas ou patrimônio⁷⁰.

Em 2007 surgiu a proposta da Diretiva visando à valorização desse método frente ao processo judicial, destacando suas qualidades de eficiência e celeridade. A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial para o avanço dos meios de RAL foi transposta por Portugal pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho. Esta aditou o Código de Processo Civil (CPC) em alguns pontos a respeito da mediação e mais recentemente foi promulgada a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, chamada de Lei da Mediação⁷¹. Este diploma reuniu num único texto o que antes se encontrava disperso em várias normas, como os princípios gerais da mediação em Portugal; regimes jurídicos da mediação civil e comercial; regime jurídico dos mediadores e dos sistemas públicos de mediação. No mesmo ano houve a promulgação da Lei n.º 54/2013, de 31 de julho que alterou substancialmente a anterior legislação dos JPs.

Sonia Reis (2010) citada em Cátia Marques Cebola (2011, p. 7) ensina que desde 2007 os meios de RAL são coordenados e financiados pelo Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), órgão do Ministério da Justiça criado na esfera do Programa do Governo de modernização administrativa e melhoria dos serviços públicos. A missão desse órgão consiste em promover o acesso à justiça e aos meios de RAL através dos JPs, centros de arbitragem e sistemas públicos de mediação.

Schabbel (2016, posição 191) destaca que é genuína a preocupação das instituições internacionais para que os conflitos sejam resolvidos com agilidade e eficiência e revela que o

⁷⁰ Quanto à legislação das Resoluções Alternativas Portugal utiliza a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que estabelece a Lei da Arbitragem Voluntária, a Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, sobre Arbitragem Necessária Relativa aos Litígios Emergentes de Direitos de Propriedade Industrial e a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, conhecida como Lei da Mediação. A primeira pode ser aplicada a qualquer litígio com natureza patrimonial não submetido exclusivamente a tribunais estatais ou à arbitragem necessária. A segunda é aplicada especificamente aos litígios emergentes de propriedade industrial envolvendo medicamentos genéricos. Já a terceira se aplica a qualquer litígio pré-judicial bem como à mediação civil e à comercial, estabelecendo os princípios gerais e os regimes jurídicos do procedimento, dos mediadores e dos sistemas públicos de mediação.

⁷¹ De acordo com Lopes e Patrão (2016, p. 13-14) com este diploma o legislador pretendeu firmar um regime geral da mediação vez que havia verdadeira dispersão legislativa das normas disciplinadoras da mediação e ausência de regras para mediação privada.

International Finance Corporation publicou em 2013 uma recomendação para o uso da mediação independente nos conflitos comerciais envolvendo multinacionais sediadas ou parceiras de empresas nacionais de países em desenvolvimento. Ainda de acordo com a recomendação, altos investimentos e entrada de novos parceiros nos negócios são incompatíveis com a imprevisibilidade de um Sistema Judiciário moroso e com governos corruptos.

A autora acrescenta ainda que uma pesquisa realizada em 2013 pela *Pricewaterhousecoopers* revelou que 60% dos inquiridos davam preferência à mediação ou arbitragem para resolver disputas além-fronteiras não apenas pela morosidade do processo judicial como pela confidencialidade das ADRs. Ainda de acordo com Schabbel (2016, posição 208) estudos do *International Finance Corporation* em 2013 reportam que 75% dos casos submetidos à mediação são bem sucedidos nos países onde foram concretizadas as reformas judiciárias que tornaram realidade a prática dos meios alternativos.

1.7. Tipos de RAL mais utilizados em Portugal

Farinho (2017, p. 331) relembra que a transição dos conceitos (extrajudicial para alternativos) deu-se por influência do anteriormente referido movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*) enquanto teoria de um tribunal multiportas proposta por Frank Sander em 1976⁷².

Vargas (2006, p. 84) destaca que os primeiros passos no reconhecimento da utilidade dos meios de RAL pelo Conselho da Europa ocorrem em meados dos anos de 1980 através da Recomendação n.º R (86) 12 do Comitê de Ministros dos Estados-membros relativa a determinadas medidas destinadas a prevenir e a reduzir a sobrecarga de trabalho dos tribunais⁷³. No documento se propunha a adoção de práticas conciliatórias, processualmente simples e utilização da arbitragem quando apropriada, como meio mais acessível e eficaz do que a ação judicial.

⁷² De acordo com o autor, este movimento foi liderado inicialmente pela Academia, mas logo foi acolhido pelo próprio Sistema Judicial norte americano. No caso português o movimento ADR demorou a chegar à Administração Pública, o que somente se deu a partir da modernização e da transição para uma democracia ocorrida na década de 1970. Conclui o autor ao dizer que o movimento de ADR a cada dia evolui da ideia de um tribunal multiportas para a configuração de um sistema de justiça multiportas.

⁷³ Vargas (2006, p. 84) informa que este relatório foi elaborado em Junho de 2000 pelo Comitê Europeu de Cooperação Jurídica em colaboração com o Comitê Europeu para os Problemas Criminais no âmbito da 23.ª Conferência de Ministros Europeus da Justiça, medidas para uma boa relação custo-eficácia tomadas pelos Estados-membros para permitir uma melhor eficácia da Justiça.

Silva (2009, p. 46) informa que tradicionalmente a doutrina elenca como meios extrajudiciais de resolução de conflitos a arbitragem, a conciliação e a mediação. Em comum, as modalidades possuem a característica de serem formas de resolução privada de conflitos onde não há imposição de decisão estatal e sim a presença da autonomia das partes, a qual, no caso da arbitragem, se manifesta pelo consenso em atribuir o poder decisório a um terceiro convencionado ou escolhido por ambas. Mas a autora critica a designação de meios alternativos para os métodos da arbitragem, conciliação e mediação. Isso porque a expressão remete à ideia de relação, entretanto, não sendo a alternatividade uma qualidade absoluta, dependente de um referencial e dessa forma, algo somente será alternativo em relação à outra coisa considerada.

Por isso, Silva (2009, p. 34-36) defende que pressupor uma relação entre os diversos meios considerados sob a expressão única de ADR desfoca a real relação existente entre eles que tratam de realidades diversas. Para a autora é possível estabelecer uma relação entre a arbitragem e o processo judicial (ambos são heterocompositivos) e assim, se falar em alternatividade na escolha do método a utilizar. O mesmo não ocorre com a mediação e a conciliação (métodos autocompositivos) cuja relação com o processo judicial será de adequação, o que, de acordo com Silva, garante a legitimidade desses meios em um Estado de direito. Para a autora, considerar a conciliação, a mediação e a arbitragem como meios de alívio da pendência dos tribunais ou soluções para crise da Justiça, impede denominá-los de alternativos⁷⁴.

Cebola (2011, p. 19) defende a utilização da expressão “meios extrajudiciais de resolução de conflitos” ainda que nos EUA tenham recebido a designação de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), sob um cariz de movimento. Para a autora, é importante afastar qualquer ideia de substituição ou eliminação dos métodos judiciais tradicionais que o uso da palavra “alternativo” possa acarretar.

Alguns autores como Gouveia (2014, p.17) definem os meios de resolução alternativa de litígios pelo critério da exclusão ou negação. Assim, são meios de RAL aqueles procedimentos alternativos aos meios judiciais (não sendo judicial, será alternativo). Mas a autora ressalta que não há uma tipologia fechada vez que lentamente são firmados tipos de resolução cujo rol atual não é definitivo. Para a autora, a definição deve ser alargada a todos

⁷⁴ Para Silva (2009, p. 34-36) só haverá livre escolha pelos meios alternativos na medida em que os meios disponíveis forem funcionalmente equivalentes, dessa forma, se a utilização dos meios extrajudiciais se der por causa da ineficiência ou inacessibilidade dos meios judiciais, aqueles meios serão inevitáveis ou necessários. Se assim for, estará suprimida a legitimidade de escolha que os fundamenta: a adequação.

os meios de resolução de conflitos diversos da decisão por julgamento de um tribunal estadual.

Lopes e Patrão (2016, p. 11) também pelo critério da exclusão, afirmam que são extrajudiciais os meios que não sejam judiciais e, como alternativa à tradicional nomenclatura RAL propõem a utilização do termo “meios extrajudiciais de resolução de conflitos” (MERC) que para os autores se mostra mais adequado. Primeiro porque não há uniformidade entre os mecanismos aglomerados nesse termo (conciliação, mediação, arbitragem e JPs)⁷⁵; segundo porque não se tratam de substitutos ou oponentes dos tribunais, mas sim mecanismos complementares e mais adequados a serem utilizados a depender do tipo de conflito apresentado, mantendo-se a possibilidade de recurso ao Judiciário se necessário.

Elizabete da Costa Pinto (2017, p. 76-77) comunga da mesma opinião e completa ao dizer que o termo “alternativo” ganhou conotação crítica por ser associado à ideia de subsidiariedade, substitutividade e secundariedade relativamente aos tribunais e que, portanto dever ser preferencialmente adotada a expressão MERC.

Jorge Morais Carvalho, João Pedro Pinto Ferreira, e Joana Campos Carvalho (2017, p. 13) afirmam que os meios de RAL apresentam um importante traço em comum que é a abordagem alternativa aos meios judiciais e compreendem meios de resolução de controvérsias como a negociação, mediação, conciliação e a arbitragem⁷⁶, que serão abordadas a seguir. Assentes numa nova perspectiva, podem se caracterizar pelo estímulo à resolução consensual do litígio, pela função das partes ou por visar aos interesses ou motivações dos envolvidos subjacentes às pretensões apresentadas.

1.7.1. Negociação

Lagrasta (2016, p. 59) conceitua a negociação como método de solução de conflitos em que as próprias partes chegam à solução sem a necessidade de intervenção de um terceiro facilitador, mas adverte que nos casos de negociação assistida poderá haver auxílio de profissional especialmente capacitado no desenvolvimento de negociações.

⁷⁵ Os autores incluem os JPs dentre os meio de RAL, mas esta posição não é pacífica, conforme se verá no capítulo 3 sobre os JPs.

⁷⁶ Gouveia (2014, p. 21-22) refere outros meios híbridos que não são adotados em Portugal: *ministerial or summary jury trial* (mini-julgamento), *early neutral evaluation* (avaliação neutral prévia), *non binding ex arte adjudication* (decisão não vinculativa) e *dispute resolution board* (painel de resolução de conflitos).

A autora aponta o período pós Segunda Guerra Mundial como marco do estudo da negociação como técnica de solução de conflitos nas decisões governamentais. Ressalta que foram fatores preponderantes para sistematização, tratamento profissional e sua organização como método a aplicação da teoria dos jogos e a organização do núcleo de pesquisas sobre negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard (*Program on Negotiation*). De acordo com Lagrasta (2016, p. 60) foi neste ponto que surgiram os modelos de negociação resumidos em três tipos: distributiva, integrativa e por princípios⁷⁷.

Na primeira, denominada distributiva ou “barganha de posições”, os envolvidos declaram uma posição inicial e a partir disso negociam concessões acerca das posições apresentadas que possibilitem a obtenção de um acordo. Como ponto negativo desse modelo tem-se o apego às posições inicialmente declaradas e a postura na obtenção de maior ganho possível que muitas vezes pode gerar um impasse que impossibilite a negociação.

A segunda, chamada de integrativa, é comumente utilizada nos casos que envolvam dois ou mais objetivos e questões que permitam a conjugação desses elementos para obtenção de soluções mais criativas e satisfatórias, vez que se considera a ampliação dos ganhos possíveis.

A terceira, apelidada de negociação por princípios, cooperativa ou colaborativa trata-se do modelo proposto pelo *Program on Negotiation* da Universidade de Harvard. Tal modelo não se baseia nas posições, mas nos reais interesses das partes (interesses subjacentes às posições que são declaradas), sendo o processo tratado como uma experiência colaborativa para a obtenção da solução de uma questão comum.

Nesta última, o enfoque é outro, ou seja, o problema não é visto como de uma ou de outra parte, mas de ambas, podendo elas, juntas, resolvê-lo de uma forma que seja mutuamente satisfatória. Além da concentração nos interesses, a Escola de Harvard estabeleceu outras regras para a negociação cooperativa, que são: a) separar as pessoas dos problemas; b) criar opções de ganhos mútuos; c) utilizar critérios e padrões objetivos; e d) ter uma alternativa de acordo.

⁷⁷ Gouveia (2014, p. 21-22) informa a existência de dois modelos de negociação, a de princípios e a competitiva. A primeira é mais indicada para situações onde as partes mantêm uma relação continuada e primam pelo resultado a ser alcançado. A segunda caracteriza-se pela forte manipulação e ganho, isto é, visa à cessão da parte contrária e por isso tende a provocar hostilidade; por isso é cada vez menos utilizada. Para a autora a tendência atual é a conjugação de ambos os modelos a depender do caso em concreto.

1.7.2. Mediação

Cebola (2010, p. 445) afirma que comumente a mediação é definida como processo extrajudicial de resolução de conflitos caracterizado pela intervenção de um terceiro cujo objetivo principal é facilitar o diálogo entre as partes a fim de que estas possam solucionar o problema gerador de conflito.

Sousa (2002, p. 19) define mediação como uma variante da negociação, uma forma sofisticada de realização de interação entre pessoas. Assim, todas as situações passíveis de negociação⁷⁸ podem ser mediadas. É um meio que visa o acordo entre as pessoas envolvidas que são auxiliadas por um especialista que orienta o processo (chamado de mediador).

Tendo em vista que a mediação é o tema central da presente investigação, tratar-se-á de forma mais pormenorizada sobre a mesma no próximo capítulo que trata exclusivamente do assunto.

1.7.3. Conciliação

Para Lagrasta (2016, p. 68) conciliação é a atividade desenvolvida pelo terceiro facilitador, neste caso chamado de conciliador, o qual não possui poder de decisão, mas age para incentivar, facilitar e auxiliar as partes na autocomposição por meio de metodologia que permite a apresentação de proposições visando obtenção de um acordo. Dito de outro modo é o método de solução de conflitos onde um terceiro imparcial investiga os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução estimulando os envolvidos na celebração de um acordo. Quando levada a juízo para homologação passa a ser denominada de autocomposição judicial.

Lagrasta (2016, p. 69) adverte que a conciliação é apenas um dos mecanismos para autocomposição que pode ser obtida através de outros mecanismos de solução de conflitos. Completa a autora ao dizer que, sendo baseado na verdade formal ou posição assumida pelas partes, não cabe ao conciliador investigar os verdadeiros interesses e necessidades subjacentes ao conflito, portanto a utilidade deste método reside na solução rápida e objetiva de problemas superficiais que não envolvem relacionamento interpartes e cuja solução não trará reflexos no futuro de suas vidas.

⁷⁸ Todas as situações em que os intervenientes procurem chegar a um acordo mantendo em suas mãos o poder de decisão quanto à aceitação ou não desse acordo (Sousa, 2002, p. 20).

Vargas (2006, p. 54) afirma que a conciliação se inscreve dentre os métodos de RAL como um meio informal onde as partes, com a intervenção de um terceiro, tentam encontrar uma solução para o litígio. O conciliador possui posição mais ativa e pode inclusive propor alternativas de acordo. A autora distingue a conciliação técnica não contenciosa da conciliação de audiências que pode ser realizada preliminarmente nos moldes do art. 509.º do CPC ou em processos especiais como o previsto no art. 2.º, n.º 1 do DL n.º 201/2004 de 18 de agosto.

1.7.4. Arbitragem

Lagrasta (2016, p. 64) afirma que se trata de técnica privada de solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis e se encontra ao lado da decisão judicial como método heterocompositivo. As partes escolhem o procedimento e o terceiro imparcial (árbitro ou tribunal arbitral) para decidir de forma vinculativa a contenda. Via de regra o árbitro possui habilidade técnica e conhecimentos específicos na matéria versada no litígio, sendo seu poder decisório decorrente de vontade expressa na convenção arbitral. Esta, por seu turno, é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Para Vezzulla (2001, p. 84) trata-se “do melhor exemplo de procedimento misto (não contencioso e contencioso) onde numa primeira fase, as partes dominam totalmente o processo e, depois de assinado o compromisso arbitral, passam o mesmo para as mãos do árbitro.” Tal meio é comumente aplicado nas grandes disputas comerciais, por ser mais célere que o processo judicial, no qual, muitas vezes, a demora na obtenção de uma solução definitiva a respeito da interpretação de uma cláusula contratual, pode inviabilizar a realização ou o prosseguimento de um negócio.

A arbitragem, na visão de Gouveia (2014, p. 24) se diferencia dos demais métodos de RAL; primeiro por ser adjudicatória; segundo pela sua longa tradição, história, finalidade e ambiente, fatores que a aproximam dos meios judiciais. Por outro lado, a simples característica de não ser judicial já permite enquadrá-la no conceito de RAL que não requer homogeneidade de procedimentos.

A autora ressalta que a arbitragem enquanto meio de RAL é diferente da arbitragem comercial ou internacional que surgiu no período medieval para solucionar problemas entre comerciantes nas feiras europeias. Neste caso, eram aplicadas regras próprias do comércio e não estatais, portanto consistia em uma espécie de jurisdição privada dos grandes

comerciantes onde somente a partir do século XIX, devido à internacionalização do comércio e dificuldade de imposição de sanções pelo descumprimento das decisões arbitrais, o Estado passou a intervir⁷⁹.

Alexandre Mota Pinto (2017, p. 369) relembra que os tribunais arbitrais são anteriores aos tribunais estaduais e a prática da arbitragem ocorria no direito romano como procedimento de uma base contratual. Na Idade Média foi fortemente utilizada pela Igreja católica romana, pelos proprietários de feudos e principalmente pelos comerciantes nas feiras medievais. Posteriormente a arbitragem foi positivamente influenciada pelos ideários da revolução francesa enquanto meio livre e razoável de resolução de conflitos entre cidadãos.

Acrescenta o autor que nos países de *common law* houve maior incentivo legislativo de desenvolvimento da arbitragem, o que não ocorreu nos países de tradição jurídica romano-germânica, cuja codificação do processo civil fragilizou o método ao condicionar sua recorribilidade e exequibilidade à homologação pelos tribunais estaduais. Somente no final do século XX em decorrência da crise do Sistema Judicial, a arbitragem voltou ser valorizada como meio extrajudicial de resolução de conflitos.

Em Portugal, Alexandre Mota Pinto (2017, p. 370) refere que já no final do século XIII e início do século XIV constava nas Ordenações Afonsinas a figura do “juiz alvidro” na função de árbitro que desempenhou importante papel na história judicial portuguesa. Também na sequência das revoluções liberais a arbitragem era reconhecida como meio destacado na solução de litígios e a Constituição de 1822 mencionava de forma expressa a faculdade das partes para nomearem árbitros a decidir suas causas. As reformas processuais que seguiram representaram um encolhimento da arbitragem perante os tribunais estaduais sob a justificativa de evitar uma desconfiança ilegítima por parte da população. Para o autor somente após a instauração democrática de 1974, o instituto voltou a ser estimulado com vários diplomas legais que se seguiram com a consagração constitucional dos tribunais arbitrais advinda pela revisão de 1982 no artigo 212.º, n.º 2 da CRP.

Alexandre Mota Pinto (2017, p. 371) conta ainda que a primeira lei sobre arbitragem voluntária portuguesa foi o DL n.º 243/84 de 17 de julho que, além de ressaltar a importância desse método como meio de RAL, reconhecia a necessidade de estímulo estatal para a criação e expansão dos centros de arbitragem no país e também trouxe vários dispositivos de consagração de autonomia dos tribunais arbitrais face aos tribunais judiciais. A fim de evitar

⁷⁹ Atualmente a importância da arbitragem internacional é tamanha que Gouveia (2014, p. 24) afirma ser estimado um percentual de 90% de presença de convenções de arbitragem nos contratos internacionais sendo mais fácil o reconhecimento de uma sentença arbitral do que uma sentença judicial no meio comercial.

uma possível declaração de inconstitucionalidade do referido DL 243/84⁸⁰ foi promulgada a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, conhecida como Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), que consagrou os tribunais arbitrais como órgãos jurisdicionais ao reconhecer os efeitos de coisa julgada e atribuir a mesma força executiva de sentenças judiciais às decisões arbitrais. Mas apesar de representar grande avanço para a arbitragem em Portugal, a lei apresentava lacunas que foram parcialmente preenchidas pelo DL n.º 38/2003, de 8 de março. No entanto, era preciso adaptar a legislação à nova realidade internacional e ao modelo de arbitragem comercial proposto pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. Para tanto, foi promulgada a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

Reis (2010) citada em Cebola (2011, p. 6) explica que a arbitragem voluntária potencia a submissão de um conflito ao tribunal arbitral com exceção daqueles atinentes a direitos indisponíveis, de competência dos tribunais estaduais ou da arbitragem necessária, nestes casos, por determinação legal. Informa ainda que atualmente são trinta e cinco os centros de arbitragem institucionalizada, sendo onze apoiados financeiramente pelo Ministério da Justiça. Desses centros, muitos possuem atribuições genéricas e alguns, competência especializada como consumo, contratos e empregos públicos ou questões comerciais.

Sobre a arbitragem pública, Alexandre Mota Pinto (2017, p. 386) relembra que a primeira LAV já previa no art. 1.º n.º 4, a possibilidade de o Estado celebrar convenções arbitrais, porém, o maior avanço nessa área se deu pela previsão do art. 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro⁸¹. No ano de 2011, o DL n.º 10/2011, de 20 de janeiro instituiu um regime legal de arbitragem tributária para dirimir conflitos decorrentes de legalidade de atos de liquidação de imposto ou de matéria coletável, através de tribunais arbitrais tributários que funcionam sob a estrutura dos Centros de Arbitragem Administrativa (CAAD). Já quanto à arbitragem necessária, que é aquela imposta às partes e não decorrente de acordo ou cláusula contratual, o autor revela que o Estado tem firmado uma política de incentivo nos últimos 20 anos que

⁸⁰ Alexandre Mota Pinto (2017, p. 371) assevera que a matéria relativa à organização e competência dos tribunais é exclusiva da Assembléia da República e, portanto, o governo carecia de lei autorizadora para o DL n.º 243/84.

⁸¹ Podem ser submetidas questões contratuais; de responsabilidade civil e extracontratual; de validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; relações jurídicas de emprego público exceto se tratar de direitos indisponíveis, resultantes de acidente de trabalho ou doença profissional (Alexandre Mota Pinto, 2017, p. 376).

inclui a submissão ao procedimento de algumas matérias importantes como expropriação e litígios de consumo decorrentes de serviços públicos essenciais dentre outros.

1.8. Divergências doutrinárias quanto aos métodos

O enquadramento da negociação como meio autônomo de RAL não é pacífico na doutrina. Gouveia (2014, p. 22) defende que se trata de meio de resolução sem intervenção de terceiros, mas ressalta a existência de posicionamento divergente que defende ser componente de qualquer processo de resolução. Para a autora, a negociação é um modelo de resolução *inter partes* que também pode servir de instrumento em outros métodos, nomeadamente, a mediação, tanto que o modelo cooperativo de negociação de Harvard exerceu forte influência para o início da teorização da mediação facilitadora.

A conciliação também provoca divergências sobre sua equivalência à mediação. Para Gouveia (2014, p. 23), em ambas há a presença de um terceiro, porém, a diferença se situa no tocante à função exercida por este. No primeiro caso o juiz ou árbitro possui poder adjudicatório enquanto no segundo não. O mediador, além da imparcialidade e neutralidade na condução da sessão de mediação, perde o contato com o processo no caso de frustração da tentativa do acordo. Renata Marques da Frota (2016, p. 163) informa que há três correntes principais sobre o tema.

A primeira parte da análise da função do “terceiro” e o “grau de intervenção exercida sobre as partes” na busca de acordo. Para esta corrente, haverá conciliação se o terceiro puder propor acordo e apresentar soluções ao caso; já a mediação ocorre se esse terceiro atua como mero facilitador da comunicação, estabelecendo o diálogo entre as partes, mas sem propor acordos ou soluções. A segunda entende que não há diferenças substanciais entre os mecanismos e, portanto, a intervenção do terceiro não determina o tipo de meio utilizado. Já para a terceira, a diferença se encontra na figura que realiza a intervenção e não nos poderes que possa exercer. Assim, nos dois casos, é possível propor acordos ou soluções, porém, enquanto na conciliação a função é exercida pelo juiz, na mediação fica a cargo do mediador.

Paulo Eduardo Alves da Silva (2014, p. 45) afirma que a diferenciação entre os institutos deve conter alguma relevância prática e operacional que possibilite o uso de métodos e técnicas próprios sob pena de uma inútil taxonomia teórica. E segue ao dizer que em termos teóricos há diferentes níveis de mediação e conciliação que permitem ao utilizador combinar as técnicas de acordo com a necessidade do caso prático apresentado.

Dentre os diferentes critérios de distinção o autor aponta: i) quanto à relação das partes, a mediação é usada para conflitos que atinjam relações continuadas enquanto a conciliação é dirigida para conflitos cujas partes não possuem qualquer relação além do fato conflituoso; ii) quanto à matéria discutida, para conflitos patrimoniais a conciliação é indicada enquanto nos não patrimoniais seria a mediação; iii) quanto ao objetivo, a conciliação visa definir um valor de acordo enquanto a mediação visa uma composição detalhada e sólida do conflito; iv) quanto à intervenção do terceiro, na conciliação, a intervenção possui um caráter superficial destinada a fixar um valor para o acordo enquanto na mediação é mais profunda e visa descobrir e tratar as causas e o próprio conflito.

O autor ressalta que do ponto de vista operacional todos os critérios estão corretos pela utilidade que apresentam na articulação dos métodos no caso concreto, porém do ponto de vista teórico estão incorretos pela insuficiência para compor a diferenciação e classificação esperadas em uma boa taxonomia de conceitos. Explica ainda que dentre os especialistas norte-americanos o termo *conciliation* é comumente preterido pela expressão *mediation* que se divide em dois tipos: *facilitative* e *evaluative*. A primeira se caracteriza por ser meramente facilitadora do acordo entre as partes enquanto a segunda é mais complexa e se baseia numa avaliação mais pormenorizada do conflito.

Afirma também que tanto a conciliação como a mediação pressupõe uma base de negociação e têm como objetivo final o acordo, mas o que as diferencia da negociação pura (esta situada na classe dos métodos autocompositivos como a autotutela) é a intermediação de um terceiro estranho ao conflito e às partes envolvidas. É justamente este terceiro e a função desempenhada por ele que indica o tipo de resolução aplicada ao caso: processo judicial, arbitragem, mediação ou conciliação, que por isso estão na classe dos heterocompositivos.

Assim, se o terceiro tem a função de decidir o conflito pelas partes, estar-se-á perante arbitragem (o terceiro é agente privado) ou processo judicial (o terceiro é agente estatal). Nestes casos a atividade de ambos busca descobrir a verdade para declarar a vontade da lei ou a quem pertence o direito. Se a função do terceiro for auxiliar as partes na obtenção de acordo, temos mediação ou conciliação. Aqui também se pretende apurar a verdade, mas o objetivo não é julgar ou avaliar a conduta das partes e sim encontrar uma zona de convergência de interesses dentro da qual se situam as propostas de acordo satisfatórias para ambas as partes. Para o autor aqui reside a confusão nas funções do mediador e conciliador porque intermediar um acordo de vontades é diferente de intermediar uma disputa de argumentos.

Joana Paixão Campos (2009) citada por Frota (2016, p. 165) ressalta que outro ponto de diferenciação é o caráter judicial da conciliação e o extrajudicial da mediação, o que, segundo Frota, foi o posicionamento adotado pela Diretiva 2008/52/CE e pelo legislador português na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, vez que em ambos, o mediador é referido como “não responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio” e “desprovido de poderes de imposição”.

Para Lagrasta (2016, p. 75-78) a distinção entre conciliação e mediação possui pouca importância prática, pois além de poderem ser utilizadas separada ou conjuntamente, também convergem em vários aspectos, senão vejamos: comungam de igual finalidade, ou seja, a solução do conflito; do mesmo meio, que é a aproximação da vontade das partes; do mesmo instrumento, qual seja, a intermediação de um terceiro; e por fim, apresentam a legitimidade e a efetividade como benefícios do acordo eventualmente obtido.

Por isso a autora afirma que a diferenciação entre esses procedimentos ganha relevo de forma mais expressiva nas áreas doutrinária e acadêmica. Como critérios de diferenciação a doutrina aponta o grau de interferência do terceiro facilitador na escolha das opções de solução do conflito pelas partes, a abrangência do conflito no relacionamento inter partes (lide aparente ou lide sociológica) e a eventual ligação com o Poder Judiciário.

Sobre o primeiro critério diz-se que na mediação o terceiro não intervém para adiantar propostas de solução para o conflito, mas tão somente cria as condições necessárias para que as próprias partes a encontrem. Sua atuação visa, por meio do restabelecimento do diálogo dos envolvidos garantir maior cooperação para que os mesmos encontrem seus verdadeiros interesses e construam de forma consensual a melhor solução para a lide, o que reforça o comprometimento e a responsabilidade no cumprimento do acordo. De acordo com Lagrasta (2016, p. 76) a mediação se preocupa com o futuro, com a manutenção do relacionamento ou relação de continuidade das partes.

Já na conciliação o terceiro pode apresentar sugestões e soluções visando à tentativa de obtenção do acordo e por isso diz-se que sua interferência é direta. Neste caso a preocupação é com o presente, pois não existe relação duradoura entre as partes e a solução versa sobre questões pontuais. Dessa forma acaba por ser um procedimento mais célere.

Sob o critério da abrangência Lagrasta (2016, p. 76) leciona que a mediação foca naquilo que Carnelutti denomina de “lide sociológica”⁸² que se reflete nas necessidades e nos

⁸² Carnelutti (1936) citado por Eduardo Ribeiro de Oliveira (1985, p. 13) afirma que a lide é o conflito de interesse qualificado pela pretensão à satisfação de uma necessidade, que surge diante da restrição dos bens

interesses das partes os quais devem ser investigados pelo mediador através de técnicas próprias. A lide sociológica se encontra por trás da lide aparente representada pela posição assumida pelas partes no conflito posto. Na conciliação o terceiro se atém nos pontos elementares do conflito porque não possui a mesma obrigação de investigação que é imposta ao mediador.

No critério do vínculo distingue-se a mediação da conciliação na medida em que aquela é exercida por meio de atividade privada e desvinculada da estrutura de qualquer Poder Público enquanto esta ocorre no âmbito da atividade estatal, especialmente no Poder Judiciário, pelo próprio juiz ou alguém destacado para função específica de conciliador. Portanto, pode se dar pela atividade judicial ou parajudicial, processual ou paraprocessual.

Lagrasta (2016, p. 77) ressalta que apesar dos supracitados critérios que diferenciam os procedimentos, a conciliação e a mediação não podem ser definidas separadamente de forma rigorosa visto que seus conceitos se inter-relacionam e usam de técnicas praticamente iguais. Como exemplo, a autora afirma que é possível ao terceiro facilitador verificar ser mais adequado o uso de técnicas de mediação no curso de uma sessão de conciliação e diante disso, dar continuidade à sessão como mediação. Assim, na reunião com as partes, poderá o terceiro usar dos mesmos princípios ideológicos aplicáveis tanto na conciliação como na mediação.

E conclui que, na prática, ainda que na função de mero facilitador de diálogo dos envolvidos, o mediador acaba por oferecer alguma sugestão de solução e por tal razão pode-se dizer que existe uma figura híbrida de mediador/conciliador. Além do mais, não havendo regra absoluta de recomendação da conciliação para conflitos objetivos e da mediação para conflitos subjetivos, tal diferenciação será útil apenas para o terceiro facilitador no reconhecimento do caso e escolha das técnicas mais adequadas para atingir os objetivos das partes.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 1

O primeiro capítulo intitulado, Resolução Alternativa de Litígios (RAL) teve início com a distinção entre litígio e conflito, o que se entendeu necessário para abordar o assunto tratado logo a seguir sobre a evolução dos meios de solução dos conflitos em sociedade que vão desde a autotutela à jurisdição participativa. Depois se abordou a crise da Justiça e os

disponíveis ante às necessidades humanas que são ilimitadas. É justamente quando os interesses opostos dos sujeitos recaem sobre o mesmo bem que surge o conflito; e diante da pretensão resistida, a lide.

movimentos de desjudicialização surgidos nos EUA e Europa, bem como o direito de acesso à justiça enquanto corolário do exercício dos demais direitos positivados pelas Constituições dos Estados Modernos após o período absolutista. A fusão desses dois fatores (crise do Judiciário e reconhecimento do direito de acesso à justiça) deu origem ao desenvolvimento dos meios de RAL que foi abordado em seguida, tratando-se desde a origem no sistema norte-americano até os métodos utilizados em Portugal, ressaltando-se a existência de divergência doutrinária no que tange à classificação dos meios.

Apesar da existência de algum posicionamento divergente acredita-se que a crise da Justiça e do acesso ao Judiciário foi causada inicialmente por diversos fatores políticos, econômicos e sócio-culturais, dentre os quais se destacam a mudança de regime e separação de Poderes, a urbanização e crescimento desordenado das cidades, o reconhecimento de direitos pelos Estados Constitucionais e o aumento da demanda processual. Esta última, diante da falta de estrutura judiciária para atendimento da nova sociedade emergente, levou à constatação da ineficácia do modelo de tutela jurisdicional adotado.

Posteriormente, outros momentos de crise são apontados pela doutrina, especialmente na década de 1960, período em que ocorrem os fenômenos de jurisdição⁸³ e o surgimento dos métodos de RAL da forma como hoje os conhecemos. Mas não se pode esquecer que antes de ser solução para a crise do Judiciário (altos custos processuais e morosidade), de resultar em diminuição da sobrecarga de processos e custos da Justiça, o verdadeiro objetivo dos meios alternativos é garantir o acesso a uma ordem jurídica justa e permitir a realização dos escopos da jurisdição.

A respeito das vantagens dos meios de RAL, Alves (2016 p. 62) refere que para além da maior rapidez e menos custos nos processos, esses meios tem outra grande vantagem que é pacificação social, pois apostam na promoção do diálogo entre partes e dessa forma proporcionam a resolução do conflito, nomeadamente nas relações onde as quizílias são constantes mas se quer manter a ligação entre as partes sem rotura do relacionamento.

No mesmo sentido Vargas (2006, p. 85) ressalta que a mais valia dos meios de RAL reside tanto na informalidade como na capacidade de potenciar um acordo voluntário entre as partes envolvidas; além disso, podem ser mais adequados para litígios onde a tramitação por vezes morosa nos tribunais judiciais possa ser prejudicial como, por exemplo, nos casos que envolvem relações de consumo.

⁸³ Por judicialização ou juridicização Zanferdini (2012, p. 240) explica que é o fenômeno de intenso acesso ao Poder Judiciário para buscar ou realizar direitos individuais ou sociais.

Mas outros autores como Gomes (2011, p. 23) ressaltam que em alguns casos tais métodos podem ser desaconselháveis sob o risco de não oferecerem a devida proteção à parte mais vulnerável da relação, como por exemplo, em conflitos laborais onde a liberdade negocial pode ser perigosa sem a intervenção de “protetores legais” como o juiz e o Ministério Público. Gomes ressalta ainda que é importante ter cuidado para que os problemas de morosidade e excesso processual da Justiça tradicional não incentivem a “conciliação repressiva” que consiste num incentivo forçado de utilização de instâncias alternativas aos tribunais judiciais, mesmo quando se revelem menos garantísticas e protetoras dos direitos dos cidadãos. Vargas (2006, p. 86) acrescenta alguns possíveis aspectos negativos a serem observados na utilização dos meios de RAL. O primeiro é como instrumento de medição de forças da pretensão antes de buscar a tutela judicial e o segundo é como mero expediente dilatório pela parte. Nesses casos, ao contrário de ter a real intenção de acordar o que se pretende, o procedimento é utilizado como um dilatamento desnecessário de tempo e custos para os envolvidos e mesmo para o Estado.

Concorda-se com Albertina Pereira (2006) citada em Sousa (2007, p. 110) ao dizer que os meios de RAL podem contribuir para a melhoria do Sistema de Justiça desde que sejam verificados fatores de operacionalização e articulação com os meios judiciais. O primeiro parte de uma visão integrada e de conjunto do sistema que englobe os meios judiciais e extrajudiciais que devem se harmonizar e ter coerência entre si, conforme o problema apresentado e a técnica indicada. Os meios de RAL devem ser qualitativamente considerados e não visando à diminuição do volume processual. O segundo reside na formação adequada dos mediadores, a qual, além de profunda e continuada deve ser fiscalizada pelo Estado. O terceiro fator é o costume atual revelado na mentalidade e nas atitudes dos juristas e das partes fortemente influenciadas pela cultura demandista enraizada na sociedade ocidental⁸⁴.

⁸⁴ Gomes (2011, p. 23) explica que a cultura demandista ou judiciarista é a visão que enxerga a solução judicial como única ou pelo menos a primeira a ser buscada diante de um conflito.

CAPÍTULO 2 – MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Para Elizabete da Costa Pinto (2017, p. 76) a mediação propõe um método de tratamento de conflitos procedentes de contextos de ação e interação de caráter privado. Sousa (2002, p. 23-24) aponta as variadas possibilidades de sua utilização como por exemplo: na iniciativa privada entre atores econômicos que buscam solução rápida de seus antagonismos, nas relações de trabalho quando as partes pretendem salvaguardar uma boa relação ou na solução de pendências entre vizinhos ou familiares. Além disso, o autor ressalta que também pode ser utilizada como forma expedita e eficaz de realizar consultas públicas sobre decisões e projetos de foro público, pela necessidade de agilizar diferendos entre atores públicos e privados e ainda como solução para o problema endêmico dos atrasos, demoras e ineficiência do aparelho judicial.

Mas apesar da versatilidade do instituto investigado, vale ressaltar que os temas a seguir tratados se referem à mediação como mecanismo “alternativo”, “extrajudicial” ou como preferem alguns autores, meio mais “adequado” de resolução de conflitos entre partes, isto é, como instrumento de pacificação social paralelo ao sistema judicial tradicional⁸⁵.

Até a vigência da Lei da Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) não havia uma definição geral da mediação, mas sim noções não completamente coincidentes nas leis sobre mediação pública, nomeadamente a dos JPs⁸⁶ e mediação penal⁸⁷. Atualmente, a definição de mediação vem expressa logo no início do novo diploma, em seu segundo artigo⁸⁸.

De acordo com Lília Maia de Moraes Sales (2004, p. 23) o termo se originou do latim “*mediare*” cujos significados são mediar, dividir ao meio ou intervir, mas como

⁸⁵ Luís Melo Campos (2008, p. 112) ressalta que há diversidade no conteúdo da mediação de conflitos que pode ser familiar, comercial, laboral, penal ou escolar.

⁸⁶ A definição de mediação prevista no art. 35.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho foi revogada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. (Lopes e Patrão, 2016, p. 22)

⁸⁷ Art. 4.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho: “um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apóia na tentativa de encontrar ativamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo fato ilícito e contribua para a restauração da paz social” (Cebola, 2011, p. 22-23).

⁸⁸ Art. 2.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril: “Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: a) Mediação – 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”. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis

utilizada hoje, refere-se a um procedimento onde um terceiro imparcial, por meio do restabelecimento do diálogo pacífico, atua encorajando e facilitando a solução de uma disputa entre partes de forma amigável, colaborativa e satisfatória para ambas.

Para Elizabete da Costa Pinto (2017, p. 76) a mediação se situa entre os meios alternativos de resolução de litígios (MARL) podendo ser conceituada como método não adversarial de gestão de controvérsias e colaborativo na construção de acordos mutuamente satisfatórios. No mesmo sentido Sales (2004, p. 24) diz que a mediação é uma técnica não adversarial de resolução de conflitos por intermédio da qual duas ou mais pessoas (individuais ou coletivas, privadas ou públicas) recorrem a um especialista neutro e capacitado que por meio de reuniões com as partes, estimula a obtenção de uma solução satisfatória para ambas e dessa forma salvaguarda o bom relacionamento entre as mesmas.

Para Jean-François Six (1995) citado em Sales (2004, p. 26) mediar consiste em estabelecer ligações onde ainda não existem, isto é, suscitar a comunicação ausente entre as partes e com isso fazer uma corrente entre os litigantes para restabelecer a harmonia. Fernanda Tartuce (2017, p. 31) na mesma direção afirma que a mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. Luís Alberto Warat (2004) citado em Sales (2004, p. 25) completa ao dizer que a autocomposição dos procedimentos de mediação, sendo assistida ou terceirizada, requer sempre a presença de um terceiro imparcial, porém implicado, que ajude as partes no processo de assumirem os interesses de sua autodecisão transformadora do conflito.

Lopes e Patrão (2016, p. 24) ensinam que as definições são diversas, mas que em geral a diferença está radicada no âmbito, por isso há um posicionamento mais amplo e outro mais restrito adotado pelos autores. O primeiro é mais amplo por entender que mediação é uma via voluntária de autocomposição de conflitos que deve ser auxiliada por um terceiro. Alinham este pensamento, o qual foi utilizado pelo legislador na mediação criminal, Cátia Marques Cebola e Lúcia Dias Vargas. O segundo, para além das características comuns do procedimento acrescenta o elemento da confidencialidade à mediação, pensamento partilhado por Rossana Cruz, Ana Soares da Costa e Maria Lima. Lopes e Patrão ressaltam que a Lei da Mediação utilizou a aceção mais ampla embora seja exigida a confidencialidade como princípio necessário ao processo.

Para Gouveia (2014, p. 3) apesar da existência de diversidade de conceitos da mediação, o indispensável é a presença do princípio do *empowerment*, simultaneamente fundamento e característica permanente desse meio de RAL. Esse princípio, que significa o pleno domínio do processo pelas partes, se reflete diretamente na função do mediador que atua como auxiliar, assistente ou ajudante dos mediados. A autora esclarece que além do *empowerment* a mediação se caracteriza essencialmente pela sua finalidade, a pacificação social. O objetivo é resolver o conflito, revelando os interesses reais das partes por trás das posições assumidas que geralmente as coloca em pontos diametralmente opostos. Na mediação não é importante determinar a quem pertence a razão, mas sim resolver os problemas subjacentes ao surgimento do litígio. Esta finalidade sobrepõe-se completamente à questão legal, pois o foco são os interesses e não os direitos de cada um⁸⁹.

Lagраста (2016, p. 84-89) explica a dinâmica do procedimento da mediação, o qual ocorre num ambiente sigiloso onde um terceiro facilitador, usando de técnicas próprias, investiga os reais interesses dos envolvidos para auxiliá-los a restabelecer o diálogo e assim criar opções que indiquem o melhor resultado para ambas as partes na solução do problema. Através desse terceiro imparcial que busca a reconstrução da comunicação entre os mediados e a identificação do conflito é estimulada a negociação (cooperativa), havendo o comprometimento dos responsáveis pela obtenção de um eventual acordo. Em resumo, é um processo cooperativo que engloba emoções, dificuldades de comunicação, necessidade de equilíbrio e respeito das partes para que resulte em acordo satisfatório que as comprometa com a solução obtida.

Para Lagраста (2016, p. 63) em princípio, qualquer conflito interpessoal é passível de ser mediado desde que observados os seguintes requisitos: capacidade dos conflitantes, voluntariedade manifestada, boa-fé, livre escolha do mediador, respeito, cooperação, e confidencialidade. E relembra, que ainda que não seja alcançado o acordo, através desse procedimento é possível restabelecer o diálogo e estabelecer a pacificação dos conflitantes. Para a autora a mediação é interdisciplinar por utilizar teorias e práticas de outras áreas do saber como direito, psicologia, assessoria e outras disciplinas do ramo das relações humanas.

⁸⁹ Gouveia (2014, p. 3) cita um exemplo para ilustrar a ideia: dois cozinheiros disputam um limão alegando a propriedade de cada um sobre a fruta. A posição de ambos é igual, isto é, exigir o objeto por ser seu. Porém, indagados sobre a finalidade da utilização, um responde que usará a casca enquanto o outro, deseja o sumo. Desse modo, é possível resolver o litígio com base nos interesses vez que as posições anteriormente adotadas são incompatíveis.

De acordo com Cebola (2015, p. 54) como método de resolução de conflitos a mediação pode ser classificada como autocompositiva e não adversarial. A primeira parte do critério do sujeito decisório e significa que são as partes quem obtêm a solução do seu conflito em contraposição ao meio heterocompositivo onde é o terceiro quem decide a lide. A segunda parte do critério da posição conflitual das partes que no caso colaboram para a obtenção do acordo e contrapõe-se ao método adversarial como é, por exemplo, o judicial.

Sob o critério do papel exercido pelo terceiro imparcial (neste caso, o mediador), Cebola (2015, p. 55) relembra que a doutrina identifica dois tipos de mediação: a facilitadora ou *facilitative* e a interventiva ou *evaluative mediation*. Na mediação facilitadora o mediador é minimamente visível, porém, determinante para promover a reabertura das pessoas ao diálogo⁹⁰. Já a mediação interventiva requer atuação mais ativa do mediador que pode, além de promover o diálogo das partes, tratar sobre o mérito em causa, inclusive com a apresentação de propostas de acordo. Sobre isto, ou seja, a possibilidade de apresentar soluções às partes, a autora ressalta que somente é possível no modelo interventivo e mesmo assim há divergência doutrinária sobre sua admissão.

2.1. Recorte histórico

Cebola (2010, p. 444) relembra que é historicamente recorrente a utilização da mediação como resolução de disputas nas diversas culturas como nas aldeias Hindu da Índia como também nas sociedades africana, islâmica e chinesa. De acordo com a autora, não é pretensioso afirmar que a história da mediação é tão antiga quanto a existência de conflitos na humanidade; estes por sua vez, são inerentes às relações humanas.

Na mesma direção Schneebalg (2002, p. 34) refere que a mediação é tão antiga como os conflitos entre duas pessoas ou grupos de indivíduos, e no sentido contemporâneo da expressão, aparece há séculos na China e Japão como meio principal de resolução de litígios e não como alternativa aos tribunais. Nesses países, somente

⁹⁰ Portugal adotou o modelo da mediação facilitadora nos sistemas públicos de mediação e JPs, por isso serve de base na formação obrigatória para mediadores.

com o esgotamento dessa fase mediadora as partes podem ser encaminhadas para instrução e julgamento.

Gisele Leite (2018, p. 4) completa ao dizer que no Japão o método é legalmente regulado desde 1947 prevendo a figura de um terceiro neutro ou comissão formada pelo magistrado e conciliadores para atuar nos conflitos de direito de família. Já no Ocidente a autora diz que a mediação ressurgiu no final do século XX com origem em dois movimentos simultâneos ocorridos no Reino Unido e nos EUA os quais foram disseminados posteriormente para o Canadá e França.

Sousa (2002, p. 30) afirma que a institucionalização da mediação como processo de resolução formal de conflitos teve início nos EUA por volta de 1970 e na Europa na década seguinte e tem sido uma das pedras da fundação do movimento de utilização de métodos de ADR. Para o autor além da institucionalização prematura, os EUA também inovaram com a mediação de conflitos ao estabelecer sua ligação ao próprio tribunal em muitos casos.

Para Sousa (2002, p. 15) a Conferência Pound de 1976 em Chicago⁹¹ assume papel destacado, uma vez que neste evento Frank Sander, professor da Universidade de Harvard, propôs a ideia de um tribunal com múltiplas portas que consistia na oferta de mais de um serviço de resolução de conflitos no edifício do tribunal. Tal proposta serviu de modelo para vários projetos-piloto de ADR e a partir disso quase todos os tribunais dos EUA adotaram a mediação dentre outros métodos⁹².

Nos países de expressão anglófona como os EUA existem centros de mediação comunitária local onde pessoas da própria comunidade atuam como voluntários após serem devidamente treinadas com técnicas de mediação. Segundo o autor, a *National Association for Community Mediation* (NAFCM), além de definir o que é mediação, lista as características das mediações nesses locais: uso de voluntários treinados e da própria comunidade; apoio financeiro de entidade pública ou organizações não governamentais (ONGs); utilização de mediadores que representem a diversidade da comunidade onde se inserem; acesso a todos os cidadãos; oferta independente da capacidade de pagamento do serviço; empenho na divulgação da importância e eficácia

⁹¹ O nome é atribuído em função de Roscoe Pound que em 1906 publicou um artigo sobre “As causas da insatisfação popular com a administração da Justiça” e que serviu de inspiração ao encontro de juristas que estavam preocupados com o Sistema Judiciário americano (Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo, 2008, p. 669).

⁹² Muitos outros países seguiram o exemplo. Em Portugal os primeiros passos foram dados com os JPs que ofereceram o serviço de mediação (Sousa, 2002, p.16).

das relações colaborativas na comunidade; encorajamento à participação de todos; intervenção nos momentos iniciais dos conflitos; oferta de alternativa ao sistema judicial em qualquer momento da evolução do conflito.

Mas Huggins (2002, p. 38-39) lembra que nos EUA a mediação tem uma longa história de aplicação nas relações de trabalho que teve início com a promulgação da *Arbitration Act* de 1888⁹³. Posteriormente foram promulgadas outras leis que marcavam o avanço da mediação no país, sendo que após a Segunda Guerra Mundial a mediação nos contratos coletivos de trabalho tornou-se comum sendo utilizada até hoje por várias razões: manter uma boa comunicação interna, evitar litígios demorados e dispendiosos nos tribunais e melhorar a satisfação dos trabalhadores. Mas ressalta Huggins que apesar dessa tradição nos conflitos de trabalho a mediação somente foi integrada nos tribunais na década de 1970 como consequência do movimento reformista.

No direito de família, Huggins (2002, p. 39-40) conta que a mediação primeiramente foi adotada por entidades privadas sendo logo incluída pelo Sistema Judiciário por meio de leis e estatutos estaduais que muitas vezes exigiam a obrigatoriedade da mediação antes da submissão a julgamento. Leite (2018, p. 9) revela que a expressão mediação familiar é atribuída a D. J. Coogler, advogado de Atlanta que inaugurou escritório para a prática privada deste método e publicou a teoria da experiência em 1978 sob o título *Structure Mediation in Divorce Settlement*. O projeto obteve grande êxito e já no ano de 1982 contava com a presença de mediadores em 44 estados do país.

Quanto às causas cíveis e comerciais Huggins (2002, p. 40-41) assegura a existência nos EUA de longa tradição na utilização dos meios extrajudiciais na resolução de litígios pelas empresas. O autor cita inclusive que a Câmara do Comércio de Nova Iorque já no ano de 1768 estabeleceu a arbitragem comercial como regra a ser utilizada, tendo sido prontamente aceita pelas empresas em razão das vantagens apresentadas dentre as quais destaca os baixos custos e a celeridade frente às demandas judiciais.

Huggins (2002, p. 42-43) revela ainda que o surgimento de direitos ligados à responsabilidade civil, proteção do consumidor, danos ambientais, discriminação de

⁹³ Esta lei consignava a arbitragem e a mediação das disputas de trabalho dos trabalhadores dos caminhos de ferro (Huggins, 2002, p. 38-39).

funcionários bem como a publicidade negativa, representaram um aumento de custos processuais para empresas que viram nos meios de ADR uma boa solução para os litígios, principalmente pela característica da confidencialidade que revestem.

Nos tribunais, Leite (2018, p. 7) afirma que foi no final dos anos 1960 e 1970 que se firmaram os movimentos para direitos dos cidadãos e dos consumidores que culminaram num aumento de demanda processual. Frente à complexidade, altos custos⁹⁴ e demora na solução dos processos as pessoas demonstravam insatisfação com o modelo tradicional proposto, o que levou à realização da Conferência Roscoe E. Pound de 1976 e o já referido projeto de *multi-door courthouse* do professor Frank Sander. A partir de então, gradualmente os tribunais foram incorporando regras de processos judiciais que incluíam a mediação prévia e dessa forma expandiram a utilização dos meios de ADR. Posteriormente, o uso generalizado do método pelos tribunais federais levou à inclusão das regras no processo federal.

Como incentivo à utilização da mediação, Huggins (2002, p. 42-43) destaca a Regra Federal 408 que tornou inadmissível como prova em processo judicial o uso de quaisquer comunicações feitas durante a mediação, inclusive a oferta de indenização, as promessas, as afirmações ou mesmo confirmações dadas por qualquer das partes durante o procedimento.

Leite (2018, p. 9) afirma que o modelo norte-americano de mediação disseminou-se para Austrália e Nova Zelândia e chegou ao Canadá em 1980 onde desenvolveu características próprias pela influência da cultura francesa do local⁹⁵. Huggins (2002, p. 42-43) acrescenta ao dizer que no Canadá a mediação foi inicialmente ofertada de forma gratuita e voluntária pelo setor público onde era praticada de forma global e fechada, isto é, não havia acesso dos magistrados e advogados ao conteúdo das sessões. Em 1984 com a criação do primeiro serviço de mediação familiar de Montreal, a prática privada passa a ser exercida como função especializada por profissionais liberais dentre advogados, terapeutas e assistentes

⁹⁴ Leite (2018, p. 7) afirma que a adesão das pessoas deu-se rapidamente pelo baixo custo em comparação ao Judiciário, mas que era ainda vista como justiça de segunda classe pela maioria o que só começou a mudar a partir da década de 70 com o aperfeiçoamento desse tipo de acesso e desenvolvimento em outros campos além do consumo, nomeadamente no divórcio, onde encontrou campo fértil.

⁹⁵ Tartuce (2017, p. 38) revela que em Quebec foi instituído um serviço obrigatório de pré-mediação na apreciação de conflitos familiares onde os interessados assistem a uma palestra informativa sobre o procedimento e a técnica processual, podendo a partir disso optar em adotá-lo com total liberdade de escolha.

sociais. Em 1997 a promulgação de uma lei específica aprimorou a mediação prevendo sessões gratuitas aos envolvidos no conflito familiar.

2.2. Exemplos europeus de mediação

Sousa (2002, p. 75) lembra que historicamente a mediação é aplicada nas relações cívicas e jurídicas das nações não totalitárias, ou seja, é atividade típica das sociedades democráticas sendo utilizada por setores diversificados como saúde, seguros, banca, telecomunicações, educação, construção, dentre outros. O autor informa que na UE após Recomendação por parte do Conselho da Europa⁹⁶ de 15 de maio de 1981 sobre soluções amigáveis de resolução de conflitos, o tratado de Maastricht de 2 de fevereiro de 1992 criou um mediador europeu designado pelo Parlamento com função de intervir nos conflitos entre administração comunitária e os cidadãos da comunidade⁹⁷. No ano de 2002 a UE lançou o Livro Verde sobre modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial e em 2008 surgiu a Diretiva 2008/52/CE.

A Diretiva 2008/52/CE no seu artigo 5º admite qualquer sistema de integração ao Sistema de Justiça. Dessa forma, pode haver obrigatoriedade da mediação⁹⁸ como ocorre na Alemanha⁹⁹ ou ser facultativa como em Portugal. A mediação é admitida nas fases pré ou pós-processual, isto é, anteriormente ou concomitantemente ao processo, seja judicial ou arbitral. Nestes casos, deverá haver suspensão da instância e dos prazos prescricionais. Também pode ser judicial quando inserida nos tribunais como, por

⁹⁶ O Conselho da Europa criado em 1949 integra 47 membros dos quais 28 fazem parte da UE e se autointitula como a principal organização de defesa dos direitos humanos no continente. Todos os Estados-membros são signatários da CEDH, Tratado que visa à proteção dos direitos do homem, da democracia e do Estado de direito. Dentre as finalidades do Conselho destacam-se a conclusão de acordos para harmonizar as práticas sócio-jurídicas dos Estados-membros bem como o incentivo da identidade europeia fundada em valores comuns que ultrapassam as diversas culturas. Disponível em <https://www.coe.int/pt/web/about-us>.

⁹⁷ Nos Estados europeus função semelhante é exercida pelo *Ombudsman*, defensor da nação ou provedor de Justiça, para intervir nas divergências entre cidadãos e Estado. (Sousa, 2002, p.31).

⁹⁸ Silva (2009, p. 45) informa que a conformidade constitucional da mediação pré-processual obrigatória já foi alvo de posicionamentos dissonantes de tribunais europeus, nomeadamente na Alemanha e Reino Unido. Enquanto o Supremo Tribunal Alemão considerou a imposição conforme a Constituição germânica, a *Court of Appeal* inglesa concluiu pela desconformidade da mediação obrigatória com a CEDH.

⁹⁹ Na Alemanha, Silva (2009, p. 51) explica que o procedimento de mediação pré-processual obrigatória assume natureza de verdadeira condição de admissibilidade da ação, ou seja, a ação é julgada inadmissível por ausência de pressuposto processual em caso de supressão dessa instância prévia pela parte nos Estados em que tal medida é imposta.

exemplo, nos JPs, ou extrajudicial como acontece nos sistemas públicos de mediação portugueses.

A doutrina cita alguns exemplos importantes na origem e no desenvolvimento desse método em nível europeu. Na Inglaterra¹⁰⁰, Leite (2018, p. 5) aponta que primeiramente teve início com os movimentos associativos como, por exemplo, o “*parents forever*”, através do qual se oferecia ajuda às partes nos conflitos de divórcio. Em 1977 foi criado o primeiro serviço de conciliação familiar judicial de autoria de Guynn Davis, pesquisador da Universidade de Bristol, cujo objetivo era atuar antes das medidas judiciais, especialmente nos conflitos que envolviam crianças. Esta iniciativa caracterizava-se pela obrigatoriedade e gratuidade sendo apoiada e divulgada pelo Judiciário.

Leite (2018, p. 6) informa que em 1978 pioneiramente na mesma cidade de Bristol o serviço de mediação passou a ser ofertado pela assistente social Lisa Parkinson, de forma independente em relação aos tribunais caracterizando-se por ser remunerado, o que, de acordo com Leite, simbolizou o necessário reconhecimento da atividade de mediador como função altamente especializada da mediação. Tal modelo difundiu-se em todo o país e no ano de 1988 foi criada a *Family Mediators Association* (FMA), cuja prática consistia em realizar mediações mais gerais, isto é, cujo objeto, para além das crianças, também incluía questões financeiras dos divorciandos. A autora revela ainda que a FMA organizou estágios de formação e instituiu um Código Nacional de Mediação.

Schneebalg (2002, p. 35) acrescenta que desde 1990 foi instituído o *Center Effective Dispute Resolution* (CEDR) em Londres e, de acordo com o Código Civil britânico, é permitido ao juiz em certos casos obrigar a parte vencedora a suportar os custos processuais da ação quando esta tenha recusado a utilização de um método de ADR. Isto significa que é facultado ao juiz inverter a regra do *victus victori* de condenação em custas previstas pelo ordenamento jurídico anglicano.

De acordo com o autor, o sistema inglês optou por não adotar a mediação obrigatória baseando-se no respeito ao art. 6º da CEDH, mas admite a mediação

¹⁰⁰ Na Inglaterra, Leite (2018, p. 64-68) informa que permanece o estímulo judicial à mediação que não é obrigatória para as partes, em respeito ao art. 6.º da CEDH, porém, o Tribunal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, somente utilizado após ou quando inexistente o referido protocolo aplicável ao litígio em questão. Porém, se houver recurso imediato ao tribunal, a causa não é julgada inadmissível, mas de acordo com a regra 44.3.4.a, será avaliado o comportamento da parte inclusive com a possibilidade de alteração da condenação de custas imposta pela “*victus victori*”.

estimulada. Tal sistema requer que o tribunal encoraje as partes a utilizar os meios extrajudiciais caso entenda que seja mais adequado ao caso apresentado, podendo em caso de recusa, impor à parte vencedora o pagamento de custas processuais.

Schneebalg (2002, p. 36) sustenta que na Itália desde 1998 existe lei que obriga a mediação prévia organizada pelas câmaras de comércio locais nos litígios entre empresas; na Holanda, o *Nederlands Mediation Institut* desde 1995 mantém uma lista de mediadores formados por centros de formação reconhecidos; na Bélgica, o *Brussels Business Mediation Center* forma mediadores e desde 1998 populariza o conceito de mediação como forma de ADR para litígios comerciais, o que levou o *Centre Belge d'arbitrage et médiation* a promulgar regulamento para mediação em 2000.

Na França, Leite (2018, p. 10) indica que o primeiro vestígio de mediação consta da norma jurídica de 1671 que atribuía à Assembleia de Nobres e ao Clérigo a tarefa de pacificar desavenças e discórdias através da mediação de todos os litígios. Já a institucionalização formal da mediação somente ocorre em 1973 pela Lei n.º 73-6 com a criação da figura do Mediador da República para intervir em conflitos no direito público, tendo sido estendida aos litígios privados no ano de 1978 pelo Decreto n.º 78-381 que criou a função dos conciliadores.

Como método de RAL, Leite (2018, p. 10) relembra que a mediação ganhou força a partir da década de 1980, por influência da exitosa difusão da prática nos EUA, Canadá e Reino Unido. A autora aponta que doutrinadores como Jacqueline Mourret, Anne Babus, Jean-Pierre Bonafé Schmitt e Benoit Bastard foram os autores do modelo francês de mediação.

Mas apesar do desenvolvimento teórico observado na década de 1980, Leite (2018, p. 11) adverte que a previsão da mediação no meio jurisdicional somente ocorreu em 1995 pela Lei n.º 95-125, regulamentada pelo Decreto n.º 96-652, que introduziu o instituto no Código de Processo Civil, sob o título específico “mediação judiciária”. Schneebalg (2002, p. 36) afirma que esta lei permitiu ao juiz a designação de um mediador e a suspensão do processo judicial caso as partes concordassem com a mediação, e resultando esta em acordo, ao juiz era facultado dar-lhe força executória.

Sousa (2002, p. 77) acrescenta que hodiernamente o Código de Processo Civil francês trata da mediação em todas as matérias cíveis. A mediação familiar¹⁰¹ é

¹⁰¹ Leite (2018, p. 11) afirma que a mediação familiar francesa é conceituada sob um fundamento interdisciplinar, diferente do modelo americano, pois, enquanto este visa resolver o conflito, o francês

praticada perante os centros da *Association Française des Centres de Consultation Conjugale* para dissolução de casamento e questões afins e pelo *Centre Nationale de la Mediation* para questões mais abrangentes das relações familiares. Este último, fundado em 1988, funciona ainda como órgão equivalente à mediação comunitária local que na França é denominada de *civique*, responsável pela divulgação e prática da mediação como reforço das relações sociais e cívicas¹⁰².

Para Sousa (2002, p. 77) atualmente a mediação francesa visa à cultura da paz, mormente a pacificação dos conflitos e por isso o conceito francês de mediação consagrou o modelo europeu legitimado e reconhecido pela comunidade europeia. Silva (2009, p. 79) aponta o modelo francês como a melhor conjugação entre o sistema judicial e os meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Isso porque, inspirado na ideia de um *multi-door courthouse*, com este não se confunde na medida em que a parte inicia a procura pelo Judiciário (que não possui as estruturas plúrimas de serviço americanas) sendo então encaminhada para outros órgãos de acordo com a necessidade e a adequação do caso concreto.

Silva (2009, p. 51) informa que a Alemanha optou por um modelo mais rígido onde a mediação pré-processual é obrigatória, configurando-se em verdadeira condição de admissibilidade da ação. Dessa forma, caso a parte autora não comprove que previamente recorreu ao método, sua ação será julgada inadmissível por ausência de pressuposto processual.

Sousa (2002, p. 49-50) destaca a versatilidade da mediação a depender do nível de desenvolvimento verificado em cada país e aponta a importância que assume nas comunidades locais para resolver questões de cidadania como vizinhança, condomínio, urbanização, etc. Leite (2018, p. 4) ressalta que inegavelmente a mediação é fenômeno universal presente nos sistemas de *common law* e de *civil law*, sendo que no primeiro se encontra mais desenvolvida e geralmente representa uma fase obrigatória anterior ao

busca transformá-lo. Assim, o pensamento binário, comum na linguagem jurídica e frequente da cultura ocidental é abandonado em prol de um pensamento ternário, próprio do mundo oriental, o qual inclui um terceiro que, criando tempo e espaço entre as partes, permite o reconhecimento do valor do outro, encoberto pela ausência de diálogo.

¹⁰² Anne Wyvekens (2010, p. 235-238) informa que na década de 1990 foram criadas as *maisons de la justice et du droit* (MJD) que tinham como objetivo oferecer tratamento judiciário mais célere das pequenas delinquências dos bairros menos favorecidos e dessa forma facilitar o acesso à justiça. Estas, a partir de 2002, foram substituídas pelas chamadas jurisdições de proximidade que eram integradas ao edifício judiciário e tiveram seu rol de competência ampliado, abarcando contenciosos de massa. Para a autora, a institucionalização desse modelo representou um retrocesso em termos qualitativos vez que as preocupações com a quantidade dos processos e julgamento de massa passaram a ser priorizados.

processo judicial enquanto no segundo assume caráter de meio alternativo de solução de conflitos.

2.3. Em Portugal

Cebola (2015, p. 56) ensina que dentre os tipos de regulação possíveis da mediação a UE adotou a regulamentação-quadro ou *formal framework* materializada pela Diretiva 2008/52/CE, enquanto o Estado português optou pela regulação legislativa ou *formal legislative approach* por meio de um diploma legal específico sobre o assunto, no caso, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril¹⁰³.

Sousa (2002, p. 72) informa que à semelhança de outros países Portugal revela dois modos de utilização da mediação: privado e público¹⁰⁴, sendo neste último caso, convencionado no todo ou parcialmente pelo Poder Público ou por entidades sem fins lucrativos. Para Cebola (2015, p. 56) o ordenamento jurídico lusitano inovou face ao panorama europeu ao criar serviços públicos de mediação geridos por entidades públicas no âmbito da competência material do sistema onde mediadores previamente listados eram habilitados e fiscalizados em suas atividades, nada sendo previsto para as mediações privadas ou *ad hoc*¹⁰⁵, pelo menos até a promulgação da Lei da Mediação em 2013.

Mas de acordo com Jorge Morais Carvalho (2011, p. 271) o marco fundamental na legislação nacional se deu antes com a introdução da mediação no Código de Processo Civil pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho que transpôs a Diretiva 2008/52/CE

¹⁰³ A autora informa outros países que adotaram o mesmo tipo de regulamentação da mediação: Espanha com a Lei n.º 5/2012, de 6 de Julho, Alemanha com a lei alemã “*mediationsgesetz*” vigente desde 26 de Julho de 2002 e o *Uniforme Mediation Act* americano de 2002.

¹⁰⁴ Reis (2010) citada em Cebola (2011, p. 7) ressalta que em Portugal a mediação pública é promovida pelo Ministério da Justiça, na área cível através dos JPs; na área familiar ocorre nacionalmente; no setor laboral de forma continental; e na área penal, em algumas comarcas.

¹⁰⁵ Gustavo Henrique Nitão Pereira, Mariana Silva de Sousa, Cassius Guimaraes Chai e Mariana Lucena Sousa Santos (2014, p. 259) informam que sob a ótica da escola austríaca a mediação privada é um complexo sistema e a melhor forma de solução de conflitos. É de lembrar que os meios de autocomposição são anteriores ao próprio Estado e a liberdade é o *standart* dos austríacos, assim como o respeito aos direitos de igualdade, propriedade e vida. Dessa forma, sendo a liberdade inerente à natureza humana, é com base nela que se deve pautar o convívio social. Para a escola austríaca, marcada pela subjetividade de valor, individualismo metodológico, conhecimento disperso e ordem espontânea, a mediação privada é mais eficaz que o Estado, uma vez que este, ao possuir o monopólio da jurisdição, não sofre concorrência e dessa forma falha na prestação sem ser responsabilizado como ocorre num contrato de mediação. Em conclusão, para a escola austríaca, a associação do ideal de liberdade com a análise empírica de que o monopólio jurisdicional estatal está fadado ao fracasso faz imperativa a aplicação de novas formas de resolução de conflitos.

do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, ainda que tenha tido carácter simbólico¹⁰⁶.

Em termos práticos Sousa (2002, p. 49) defende que os primeiros passos em mediação foram dados pelos JPs e Carvalho (2011, p. 272) confirma que a LJP consagrou a mediação que já era aplicada de forma pouco expressiva em vários setores como relações de consumo, imobiliário e família¹⁰⁷. Como exemplo o autor informa que a mediação familiar como via alternativa e complementar da via judicial já vinha sendo aplicada desde 1997 através do Gabinete de Mediação Familiar, de iniciativa do Ministério da Justiça em colaboração com a Ordem dos Advogados.

Albertina Pereira (2006, p. 130) informa que a mediação familiar em Portugal foi oficialmente consagrada pelo despacho 12368/97, de 25 de novembro em Lisboa e se restringia a conflitos decorrentes do poder parental. Para a autora, foi o ponto de partida na criação dos ADR em observância ao compromisso internacional e comunitário assumido perante o Conselho da Europa e a UE que propugnavam a criação e desenvolvimento desses meios.

No que se refere às relações de consumo a autora revela que o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, iniciativa conjunta da Câmara Municipal de Lisboa, Associação Portuguesa para Defesa do Consumidor, Instituto Nacional da Defesa do Consumidor e da União das Associações de Comerciantes do Distrito de Lisboa, também oferecia serviços de mediação com grande sucesso, exemplo que foi seguido por numerosas entidades que, iniciando o serviço de arbitragem (movimento mais antigo e estruturado em Portugal) alargaram o âmbito de atuação para incluir também a mediação.

Carvalho (2011, p. 273) informa que além da conciliação e arbitragem implementadas por organismos privados e administrativos (administração direta e indireta) a mediação foi sendo paulatinamente instituída em diversas áreas como: na

¹⁰⁶ Apesar da relevância do aditamento ao CPC, a opção do legislador foi duramente criticada pela doutrina que considerou que a matéria merecia destaque e autonomia e não ser inserida sem qualquer preocupação de organização sistemática ao processo de inventário (Carvalho, 2011, p. 276).

¹⁰⁷ De acordo com Carvalho (2011, p. 272) originalmente foi o DL n.º 146/99, de 4 de maio que criou o sistema de registro voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, incluindo entre estes o serviço de mediação; no campo da família a Lei n.º 133/99, de 28 de agosto que aditou o DL n.º 314/78, de 27 de outubro sobre o poder paternal também já fazia previsão da mediação; no setor imobiliário o Código dos Valores Mobiliários aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de novembro, previa a organização pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários de um sistema de mediação de litígios e segundo o autor, nesse diploma, foi pioneiramente regulado o processo de mediação no artigo 34.º em aspectos específicos como: princípios da imparcialidade, celeridade, gratuidade e a garantia da confidencialidade do processo.

jurisdição de menores (regime de visitas, alimentos e guarda); mediação penal para jovens entre doze e dezesseis anos que praticassem fatos qualificados como crimes; JPs (na fase preliminar ao processo ou como extra competência, ou seja, aquela realizada pelos julgados ainda que a matéria não seja de sua atribuição original); na relação laboral¹⁰⁸ (criada por protocolo entre o Ministério da Justiça e as Confederações Patronais e Profissionais, exceto acidentes de trabalho e outras matérias indisponíveis); e na ação penal para os crimes cuja pena não exceda cinco anos¹⁰⁹. Para o autor, a mediação tem sido cada vez mais utilizada devido ao aumento de sua divulgação no meio científico, especialmente o jurídico.

2.4. O sistema jurídico brasileiro e a consciência da mediação

Leite (2018, p. 5) afirma que a mediação no Brasil se inseriu no ordenamento jurídico através da interdisciplinaridade alimentada pela via principiológica e, a partir da década de 1960, reapareceu como prática social possibilitando uma mudança de cultura do adversarial para uma construção dialógica.

Lagrasta (2016, p. 69) relembra que na primeira Constituição do Império de 1824, nos arts. 160 e 161, já havia incentivo expresso para a solução de litígios por outros meios que não a decisão judicial emanada do Estado. A tentativa prévia de conciliação era entendida como condição de procedibilidade e sua ausência causava a inviabilidade do desenvolvimento do processo. Dessa forma, ter-se-ia verdadeira falta de interesse de agir a obstaculizar o prosseguimento do processo. O artigo 162 trouxe a figura do juiz de paz, que, entre outras funções, tinha a finalidade precípua de promover atividade conciliatória prévia.

Segue Lagrasta (2016, p. 69) ao dizer que a Lei Orgânica das Justiças de Paz, promulgada em 15 de outubro de 1827, regulamentou a figura do juiz de paz no § 1º do art. 5º, estabelecendo-lhe a atribuição de conciliar as partes por todos os meios pacíficos que estivessem ao seu alcance visando à pacificação social. Não se exigia do juiz de paz formação jurídica, podendo ser um juiz leigo eleito por seus pares. Ainda no período

¹⁰⁸ Carvalho (2011, p. 275) diz que a mediação laboral revela alguma tradição nas relações de trabalho sendo prevista no atual Código do Trabalho nos artigos 526.º a 528.º para conflitos coletivos e para os contratos individuais se encontra regulada pelo Sistema de Mediação Laboral.

¹⁰⁹ Para Gouveia (2014, p. 13) é incontestável o desenvolvimento dos meios de RAL em Portugal promovido pelo Governo através da criação de centros de arbitragem institucionalizada, instalação dos JPs e implementação de serviços de mediação laboral, familiar e penal.

imperial, o Código Comercial de 1850 estabeleceu normas referentes à conciliação e à arbitragem, mas manteve a obrigatoriedade da conciliação prévia. A par desse diploma o Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, destinado à regulamentação do processo nas causas comerciais previa expressamente no artigo 23¹¹⁰ a conciliação prévia obrigatória, sendo que a tentativa de composição podia ser realizada por convocação do juiz ou comparecimento espontâneo das partes.

A autora acrescenta que a Lei n.º 2.033 de 1871, conhecida como Consolidação das Leis de Processo Civil do Conselheiro Ribas, tratou da conciliação e manteve a tentativa prévia perante o juiz de paz como condição para o ajuizamento da ação. Esta condição fora afastada após a proclamação da República pelo Decreto n.º 359, de 26 de abril de 1890 sob os argumentos de inutilidade como elemento de composição dos litígios e diminuição de onerosidade do instituto. Com isso deixava de existir a tentativa obrigatória de conciliação antes do processo judicial, mas se manteve o reconhecimento de efeito aos acordos celebrados pelas partes e às decisões proferidas em sede de juízo arbitral.

Para Lagrasta (2016, p. 71), ainda que reconhecesse o valor da conciliação, o Estado não mais disponibilizava estrutura própria para sua promoção e, no final do Século XIX e início do Século XX, seguiu as ideologias vigentes dos Estados Liberais não fazendo referência à conciliação ou Justiça de Paz na Constituição Federal de 1891. A partir de então tanto em nível constitucional como infraconstitucional as legislações deixaram de mencionar a função conciliatória apesar de manterem a figura do juiz de paz cujas atribuições limitaram-se à habilitação e celebração de casamentos. A Justiça de Paz no século XX passou a ser órgão de criação facultativa da organização judiciária estadual. A conciliação somente voltou a ser disciplinada no Código de Processo Civil de 1973, mas como forma de se encerrar o processo e não mais de forma preliminar ou obrigatória. Para a autora, a Lei do Divórcio representou o resgate da autocomposição ao prever a designação de audiência específica para tentativa de reconciliação ou transação das partes.

De acordo com Lagrasta (2016, p. 71) a década de 1980 marcou o avanço dos métodos alternativos de resolução de conflitos, primeiro com a Lei n.º 7.244/84, de 7 de

¹¹⁰ “Art. 23 Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>.

novembro, conhecida como Lei de Pequenas Causas e depois com a previsão dos Juizados Especiais e Justiça de Paz no art. 98 da Constituição Federal de 1988. No ano de 1995 foi promulgada a Lei n.º 9099/95, de 26 de setembro, denominada de Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos estados, a qual, além de substituir a expressão anteriormente utilizada de “pequenas causas” para “causas de menor complexidade”, ampliou a competência dos juizados para a área criminal, estendendo, na área cível, a competência para as causas de valor até quarenta salários mínimos. Pautado nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade e na busca prioritária da conciliação ou transação, o art. 2º da Lei nº. 9.099/95 prevê uma sessão de conciliação logo no início do procedimento.

Na opinião da autora, apesar da utilização de mediadores voluntários em diversos tribunais e do surgimento de diversos cursos de formação para essa função, havia ausência de critérios pré-estabelecidos para capacitação e seleção. Com isso surgiu a necessidade de institucionalização da mediação cujo primeiro passo foi dado pelo Projeto de Lei nº 94, de 2002 de autoria da Deputada Zulaiê Cobra.

Por meio do referido projeto pretendia-se institucionalizar a mediação extrajudicial através de duas modalidades: a mediação prévia que facultaria ao litigante buscar o auxílio de um mediador antes de ajuizar a demanda e a mediação incidental que seria obrigatória após a distribuição da demanda e ocasionaria a extinção do processo se obtido o acordo. Além disso, a proposta previa medidas voltadas diretamente ao mediador como estabelecimento de capacitação obrigatória com registro no Tribunal de Justiça e a fiscalização do trabalho tanto pelos juízes como pelos advogados com previsão de afastamento em caso de falta apurada por meio de processo administrativo regular. Para mais, estabelecia a remuneração dos mediadores equiparando-os aos auxiliares da Justiça.

Entretanto não houve avanço no projeto que foi objeto da Nota Técnica nº 2/2007, de 25 de maio de 2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quando já se encontrava na Câmara dos Deputados para votação. Lagrasta (2016, p. 74) informa que somente no ano de 2010, por iniciativa do ministro Cezar Peluzo na presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ na esteira da política pública de tratamento

adequado de conflitos¹¹¹, foi lançada a Resolução n.º 125 do CNJ cujo objetivo precípua era incentivar métodos alternativos, principalmente a mediação e a conciliação¹¹².

A autora relembra que a partir dessa Resolução surgiram novos projetos de regulamentação da mediação no Brasil que acabaram sendo unificados na Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. De forma paralela a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil) passou a regulamentar a conciliação e a mediação judiciais, prevendo no início do processo uma sessão de conciliação/mediação que somente admite dispensa após expressa manifestação de ambas as partes. Caso não se manifestem ou não compareçam à sessão designada pelo juiz aplica-se multa por litigância de má-fé. A supracitada sessão deve ser realizada no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC), podendo ser desmembrada ilimitadamente em outras sessões dentro do prazo máximo de sessenta dias. A lei prevê ainda seleção, cadastro, capacitação e remuneração de mediadores considerados em todas as hipóteses como auxiliares da Justiça¹¹³, bem como a instalação de câmaras privadas de conciliação e mediação perante os tribunais¹¹⁴.

¹¹¹ Lagrasta (2016, p. 114) informa que a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos tinha como objetivo a utilização dos métodos consensuais principalmente a conciliação e a mediação no âmbito do Poder Judiciário sob a fiscalização deste; e, em última análise, a mudança de mentalidade tanto dos operadores do direito como da população com a finalidade de obter a pacificação social, escopo mor da jurisdição. De forma sistemática tais objetivos podem ser assim definidos: acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa; mudança de mentalidade e diminuição da resistência no uso dos métodos consensuais de solução de conflitos; qualidade do serviço por meio da capacitação de mediadores e conciliadores.

¹¹² Lagrasta (2016, p. 42) adverte que diferente do que ocorre no direito norte americano onde há obrigatoriedade das partes em seguir o procedimento indicado pelo centro de resolução de conflitos, no Brasil prevalece o princípio da voluntariedade em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

¹¹³ Para Lagrasta (2016, p. 55) o fato de a maioria dos tribunais trabalhar com serviços voluntários de mediadores constitui grave entrave para o bom funcionamento do sistema, uma vez que a remuneração é fundamental para garantir qualidade do serviço e motivar o aprimoramento de conhecimento pelos terceiros facilitadores. A necessidade de remuneração é reforçada pelo art. 13 da Lei n.º 13.140/2015 e nos arts. 167, § 6º e 169 do Novo CPC segundo os quais a remuneração de conciliadores e mediadores deverá estar prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça; ressalvada a hipótese de conciliadores e mediadores concursados.

¹¹⁴ No que concerne ao Código de Conduta do Mediador, Lagrasta (2016, p. 105) defende que no Brasil o mais detalhado foi o elaborado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA). Já o “Projeto de Gerenciamento de Casos” baseou-se no modelo de *Stuttgart* do Código de Processo Civil alemão e pelo *Case Management* do direito norte americano. Para a autora o gerenciamento do processo foi o marco para a mudança de mentalidade dos juízes e outros operadores do direito no estado de São Paulo cuja exitosa experiência foi majoritariamente transposta para a Resolução n.º 125/2010 do CNJ.

2.5. As escolas de mediação

Para Schabbel (2016, posição 363) independentemente do modelo ou contexto de atuação o que interessa é que o mediador tenha ciência de que a mediação se baseia num acordo de vontades que transcende a solução dos conflitos tendo como olhar diretivo a transformação de um ambiente adversarial em cooperativo/colaborativo.

Em nível teórico as principais famílias técnico-metodológicas de conciliação e mediação podem ser agrupadas em quatro modelos: modelo de Harvard ou negocial, modelo transformativo, modelo circular-narrativo e modelo avaliativo.

2.5.1. Modelo de Harvard

Por ter origem na Escola de Direito de Harvard é conhecido como método de Harvard ou modelo tradicional no qual um terceiro auxilia as partes na descoberta dos seus interesses para chegar a soluções de ganhos mútuos. Trata-se de um processo estruturado onde o mediador facilita, conduz e controla a interação e colaboração das partes na realização de acordos mutuamente satisfatórios de seus interesses.

Para essa escola a mediação é uma extensão da negociação colaborativa assistida por um terceiro, cujo enfoque teórico visa à resolução conjunta de problemas, sendo comumente usada no mundo corporativo. Desse modo, a comunicação é pensada de forma linear sobre um conflito baseado numa relação de causa e efeito com objetivo de obter um acordo adequado proveniente da colaboração, integração de interesses e comprometimento das partes. Apresenta como características as noções de posições e interesses, o estímulo a soluções criativas e a avaliação objetiva das propostas apresentadas.

Em função do escopo de acordo e das características próprias o modelo de Harvard também é conhecido por *problem-solving* e *interested-based*. De acordo com Lagrasta (2016, p. 97) são essas características que lhes diferenciam dos demais modelos onde a obtenção do acordo é consequência secundária do procedimento. Além disso, é indicada a co-mediação que consiste na participação de dois mediadores no procedimento.

2.5.2. Modelo transformativo

O Modelo transformativo idealizado por Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger¹¹⁵ afirma que a mediação é um processo de intervenção que capta o potencial transformador do conflito e está a serviço de valores próprios de uma perspectiva relacional da sociedade. De acordo com essa teoria as pessoas envolvidas em um conflito tendem a concentrar-se nas suas próprias preocupações e nos efeitos que a situação produz em suas vidas fechando-se em si mesmas e provocando maior hostilidade e suspeição do oponente. Por isso, o principal objetivo da mediação é partir do enfoque relacional que considera o conflito algo extremamente negativo para outro que o considera construtivo e positivo¹¹⁶.

Lagrasta (2016, p. 100) explica que o modelo transformador busca melhorar a qualidade das relações interpessoais por meio da transformação do paradigma social predominantemente individualista, para o desenvolvimento de valores morais e padrões de relacionamentos mais harmônicos na sociedade. Assim, cabe ao mediador estimular a participação dos mediados no processo; promover a autodeterminação; incentivar o exercício da autonomia na obtenção de resultados projetados e executados por eles mesmos. A partir do mútuo reconhecimento esse modelo permite que as partes conheçam as necessidades e perspectivas do outro e assumam um novo posicionamento de modificação de valores e padrões de relacionamento que consiste em não falar contra o outro e sim com o outro.

Na mediação transformadora o objetivo principal não é a obtenção do acordo, mas sim a transformação individual, social e da relação entre as partes envolvidas no litígio. Isso porque o conflito assume papel de elemento potencialmente transformador ao permitir o fortalecimento da autodeterminação individual e o reconhecimento do outro. Assim, não sendo visto como simples problema a ser resolvido, mas sim como agente transformador, o conflito é hábil para fortalecer, desenvolver e integrar as capacidades de cada indivíduo considerado em si mesmo além de melhorar a qualidade

¹¹⁵ Schabbel (2016, posição 81) ensina que os autores fazem referência à opressão histórica do mais forte sobre o mais fraco e por isso em sua obra “A Promessa da Mediação” defendem o uso desse método nos casos em que se verifica uma equidade entre as partes.

¹¹⁶ Bush, Robert A. Baruch; Folger, Joseph (2005) citados por Lagrasta (2016, p. 99) ensinam que o modelo transformativo define mediação como um processo onde um terceiro auxilia as partes a transformar as qualidades de seu conflito de negativa e destrutiva para positiva e construtiva ao mesmo tempo em que buscam opções e possibilidades para a solução (tradução livre).

da relação entre as partes. Por isso o acordo eventualmente obtido é considerado um resultado secundário dessa transformação verificada.

2.5.3. Modelo circular narrativo

O Modelo circular narrativo cujos maiores expoentes são Sara Cobb¹¹⁷ e Marinés Suares resgatou a teoria da comunicação e algumas técnicas usadas na psicologia familiar sendo voltado principalmente para o campo da família. Difere do modelo de Harvard por não ter como objetivo precípua a obtenção de um acordo tendo sido construído com base em conceitos, investigações e técnicas de outras ciências sociais.

Para Schabbel (2016, posição 837) este método impõe que primeiramente o mediador deve averiguar superficialmente o problema a fim de se familiarizar com as partes e com a natureza do conflito em pauta. Isto porque todo conflito é multifacetado e apresenta em sua narrativa um tripé de sustentação, formado pelo tipo, espectro e escalada. Ultrapassada essa fase inicial o mediador estará apto para detectar a colisão de opiniões e posições geradoras e sustentadoras do conflito.

Neste modelo o elemento chave é a comunicação que possui elementos verbais e não verbais, como por exemplo, a linguagem corporal e a gestual. Ao considerar o sentido amplo da comunicação afasta a noção reducionista de causa e efeito baseada na premissa de que a produção de um determinado resultado advém de uma única causa nas inter-relações; portanto, pressupõe a existência de uma causalidade de tipo circular, composta de inúmeros fatores que se retroalimentam.

Schabbel (2016, posição 993) explica que se baseia na noção de influência recíproca onde a declaração de cada parte produz efeitos e reações na outra ocasionando um círculo contínuo de referência, por isso na evolução da integração de novos elementos ao discurso das partes, se desenvolvem e aperfeiçoam as histórias. Neste caso o mediador utiliza técnicas relacionadas à teoria da comunicação como a

¹¹⁷ Cobb (1997) citada em Schabbel (2016, posição 815) afirma que um conflito tem uma questão principal e várias questões menores ou tácitas que não devem ser ignoradas e utiliza a metáfora do cometa para ilustrar: o corpo representa a questão principal e a cauda os temas sutis; estes, não obstante a secundariedade em relação àquele, não deixam de ser significativos para percepção do problema. E completa ao exemplificar que o aparentemente simples descumprimento de uma tarefa ou prazo pode desencadear uma discussão ou polêmica cuja motivação possui questões mais complexas como atribuição de poder e controle. Por isso muitas disputas objetivas tendem a ser tornar pessoais, pois as partes envolvidas tendem a construir objetivos baseados em emoções.

formulação de perguntas abertas, apresentação de resumos, recontextualização das narrativas dos envolvidos e destaque dos pontos e preocupações comuns, a fim de descobrir os reais interesses e objetivos que possibilitem a co-construção da versão integrada que reorganiza o padrão comunicacional com a obtenção de um acordo entre as partes.

Isso porque o conflito é considerado um descompasso entre as versões das partes onde não existe verdade absoluta em nenhuma delas, mas sim diferentes visões sobre o mesmo fato ou aspecto da situação conflitiva. Dessa forma o objetivo da mediação é a desconstrução das narrativas originais e a construção de uma versão integrada que poderá resultar ou não em um acordo.

Ao inverso do Modelo Tradicional de Harvard este modelo não esconde nem diminui, mas sim aumenta as diferenças apontadas pelas partes que as manifestam até certo ponto que permita a introdução de caos na ordem, o que flexibiliza o sistema e dá a possibilidade do surgimento de estruturas dissipativas por meio de alternativas que não foram previstas, para e a partir delas, se obter uma nova ordem.

Schabbel (2016, posição 994) considera tal modelo flexível para ser aplicado a diferentes tipos de demandas uma vez que a utilização de seus alicerces teóricos (teoria dos sistemas, teoria narrativa e o construtivismo) facilita a compreensão da fenomenologia pós-moderna e sua aplicabilidade tanto na mediação de conflitos como na gestão destes em vários segmentos sociais.

2.5.4. Modelo avaliativo

No modelo avaliativo a mediação se afasta das técnicas de aproximação das partes que exigem do mediador conhecimentos de comunicação e negociação para se preocupar também com a matéria de fundo da discussão. Por isso é esperado que o mediador seja profissional e detenha conhecimento e experiência no assunto debatido para que possa fornecer dados e critérios de decisão às partes para obtenção do acordo.

Lagраста (2016, p. 103) adverte quanto à existência de oposição na utilização do termo “mediação avaliativa”, uma vez que a mediação não é um procedimento avaliativo em si mesmo; por isso, alguns autores preferem termos como avaliação neutra, arbitragem não vinculante ou procedimento misto. Para a autora, a abordagem do mediador condiciona a tipificação do procedimento como mediação facilitativa ou

avaliativa. A diferença reside na atitude, que pode ser afirmativa sobre aceitação da proposta, ou simplesmente indagativa, sobre as possíveis consequências de cada uma delas.

Para Lagrasta (2016, p. 103) a adequação da abordagem utilizada depende em suma da expectativa das próprias partes em relação ao procedimento. Para a autora comumente o mediador inicia o processo pela abordagem facilitativa e diante do surgimento de impasse, informa os pontos fortes e fracos da cada parte, os possíveis resultados do litígio e sugere possíveis soluções a fim de incentivar a retomada das negociações. Diante dessas características a autora afirma que se trata de um procedimento misto, que se inicia com a mediação e termina com a avaliação neutra.

Lagrasta (2016, p. 104) concorda com Vezzulla (2001) no sentido de que cada modelo possui características próprias e apresenta técnicas que podem ser utilizadas simultânea ou sucessivamente de forma a extrair de cada um deles o instrumental mais adequado para a abordagem no caso concreto. Lagrasta exemplifica que o modelo tradicional de Harvard se mostra adequado para conflitos na área empresarial enquanto o modelo transformativo é recomendado nos casos onde as relações entre as partes são mais valoradas. O modelo circular narrativo possui ampla aplicação ao priorizar tanto as relações quanto o acordo entre as partes.

2.6. Fases da mediação

Sousa (2002, p. 23) ensina que o início da mediação pode ocorrer pelo desejo voluntariamente expresso pelas partes (por exemplo, por cláusula contratual que convencie previamente a submissão das partes à mediação como primeiro recurso para resolução de litígios); por convite à mediação na presença de impasse na negociação; por decisão demandada por entidade tal como o juiz, chefe de empresa ou outra personalidade com poderes decisórios.

Como essência da mediação, Sousa (2002, p. 29) lista: um terceiro neutro que facilite as negociações; voluntariedade; possibilidade de terminar o processo a qualquer momento por qualquer das partes; rapidez; menor custo; confidencialidade; resultados mais satisfatórios do que os obtidos em outros processos, principalmente quando há relação continuada das partes; envolvimento de representantes das partes que tenham poder suficiente para chegar a um acordo; flexibilidade de acordo com a necessidade

das partes; versatilidade, pois é cabível em disputas nacionais ou internacionais, bilaterais ou multilaterais, ou ainda nos casos em que já foram iniciados processos judiciais ou arbitrais.

Vezzula (2001, p. 54) relembra que ainda que seja um procedimento flexível, existem fases e técnicas próprias a serem seguidas pelo mediador que poderá prescindir de uma ou outra de acordo com o caso concreto, visando a melhor forma de aplicá-las. Antes da mediação propriamente dita deve haver uma reunião prévia e preparatória entre as partes, chamada de pré-mediação, a qual poderá ser dividida em sessões.

Nessa fase preliminar os principais objetivos são: esclarecer pormenorizadamente sobre o procedimento, ouvir os problemas dos envolvidos, detectar os principais aspectos do conflito, verificar a adequação da mediação, eliminar a contenciosidade, fomentar a confiança mútua e obter a concordância expressa bem como o compromisso de participação das partes. Ao fim da sessão o pré-mediador deve informar que outro profissional conduzirá a mediação propriamente dita, a fim de preservar a imparcialidade do terceiro facilitador.

Ultrapassada a fase preparatória tem lugar a mediação propriamente dita que Vezzula (2001, p. 56-64) divide em seis etapas: 1) apresentação do mediador e das regras da mediação; 2) exposição do problema pelas partes; 3) resumo e ordenamento inicial dos problemas; 4) descoberta dos interesses ocultos; 5) geração de ideias para resolução dos problemas; 6) acordo final.

A primeira é a abertura da mediação onde, além de sua própria apresentação e identificação das partes, o mediador esclarece de forma clara e breve as regras do procedimento e seu papel na condução dos trabalhos, transmitindo aos envolvidos a certeza quanto sua imparcialidade e sigilo. Nesse momento o mediador esclarece sobre a possibilidade de entrevistas a sós¹¹⁸ com os participantes se achar necessário, e os deveres de respeito mútuo, sinceridade e escuta ativa¹¹⁹ a serem observados entre eles.

¹¹⁸ Estas reuniões individuais, denominadas de *caucus*, não têm aceitação unânime da doutrina (Vezzula, 2001, p. 61).

¹¹⁹ Schabbel (2016, posição 1201) explica que a escuta ativa é um método que necessita de atenção concentrada onde o foco deve estar no que o interlocutor está dizendo. Para a autora trata-se de uma competência a ser desenvolvida pelo mediador que não se resume em ouvir mas sim escutar atentamente, compreender o conteúdo e registrar o que é dito. Ainda de acordo com Schabbel (2016, posição 1207) a escuta ativa tem como pressupostos: silenciar a voz interior e não emitir pré-julgamentos durante a escuta; utilizar a linguagem corporal proativa para criar empatia com o interlocutor; buscar compreender e não o contrário; utilizar paráfrases e explicações acuradas para aquilo que ouviu para mostrar verdadeiro interesse nas preocupações e necessidades do outro; usar a reflexão ampliada, ou seja, utilizar as mesmas palavras de seu interlocutor durante um *feedback*; aplicar o reconhecimento quando as conversas são mais

Na segunda fase, as partes são convidadas a expor livre e tranquilamente o problema e suas aspirações, assim como podem apresentar eventuais soluções para o conflito. Com base nesses depoimentos é possível ao mediador desvendar os verdadeiros interesses que formarão a base da negociação e do futuro acordo (se houver). Vezzulla (2001, p. 59) sugere que o mediador deve ser gentil e compreensivo não devendo interromper o manifestante e ao mesmo tempo deve estimular na outra parte a valorização da escuta ativa.

Na etapa seguinte é feito um resumo pelo mediador com base nas declarações dos envolvidos, o qual visa unir as versões expostas em uma só, demonstrando que o problema é comum a ambas as partes e pode apresentar mais concordância do que parece. O mediador deve ainda decompor o problema em quantos aspectos julgar necessários para ampliar os pontos de discussão e permitir o surgimento dos pontos reais de interesse para ordená-los em ordem crescente de complexidade. A exatidão da versão descrita deve ser confirmada pelo mediador junto às partes.

A quarta fase é de fundamental importância, pois nela se busca a descoberta dos interesses ainda ocultos pelas partes após o resumo. Via de regra, na etapa anterior ocorre um verdadeiro esquadrinhamento do problema que acaba por expor as divergências, contradições e obscuridades que permaneceram nebulosas nas indefinições dos mediados. Cabe ao mediador formular perguntas abertas e incentivar a comunicação entre as partes, porém, caso perceba que há dificuldade no avanço dessa descoberta pode proceder ao *caucus*, mediante a concordância dos mediados.

Na quinta etapa, ocorre a geração das ideias para resolver os problemas, podendo o mediador retornar às fases anteriores quantas vezes achar necessário. Vezzulla (2001, p. 62) destaca a possibilidade de entraves dependentes de assessoria técnica ou outros tipos de obstáculos, nestes casos, é possível interromper a mediação até o suprimento dessa lacuna. O autor informa que este é um momento que requer extrema habilidade e didática do mediador para explicar às partes sobre os interesses, problemas e opções que cada uma apresentou, podendo utilizar-se de recursos visuais gráficos como quadros, figuras, etc.

A última fase é a do acordo e deve contar com a presença das partes. O termo lavrado, cuja linguagem deve ser fácil e compreensível, será assinado e entregue aos

difíceis e há manifestação de fortes emoções; usar o silêncio não opressivo para substituir perguntas inoportunas.

envolvidos ao final da sessão caso queiram proceder à homologação judicial. Se não houver acordo poderá ser redigido termo de encerramento da mediação sem referência ao conteúdo do procedimento em respeito aos deveres de sigilo de todos os participantes, salvo expresse desejo em sentido contrário das partes.

2.7. Princípios da mediação

Os princípios da mediação estão previstos a partir do artigo 3.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril conhecida como Lei da Mediação, elencando do art. 4.º ao 9.º na seguinte ordem: voluntariedade, confidencialidade, igualdade, imparcialidade, independência, competência, responsabilidade e executoriedade¹²⁰. O diploma estabelece que tais princípios são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal de qualquer natureza de litígio.

Elizabete da Costa Pinto (2017, p. 80) reforça que os seis princípios previstos pela lei representam os traços identitários e deontológicos do procedimento de toda e qualquer mediação realizada em Portugal e, portanto, devem ser observados por todos os envolvidos aos quais são dirigidos. A autora informa que à exceção da executoriedade todos os outros princípios já eram previstos na legislação dos sistemas públicos especializados e JPs, e mesmo não sendo próprio da essência da mediação, a ela confere maior vantagem.

2.7.1. Princípio da voluntariedade

Este é o primeiro princípio exposto na Lei da Mediação no artigo 3º e estabelece a voluntariedade do procedimento para o qual deverá ser obtido o consentimento esclarecido e informado das partes para ser realizado. Além disso, cabe às mesmas a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do processo, e a liberdade para

¹²⁰ Schabbel (2016, posição 369) diz que, partindo do pressuposto de que o principal objetivo é o empoderamento das pessoas envolvidas, os princípios que regem a mediação são: voluntariedade, autonomia da vontade das partes, diligência dos procedimentos (que impõe a observância da flexibilidade, clareza e simplicidade para atender as necessidades e o nível de compreensão dos participantes), segurança e sigilo do processo, boa-fé e lealdade das práticas aplicadas, imparcialidade, empatia e competência profissional do mediador (esta última obtida mediante a formação adequada e constante, inclusive com a complementariedade de conhecimento por ser uma prática transdisciplinar).

assentir, recusar ou mesmo prosseguir com a mediação sem configurar ofensa ao princípio da cooperação do artigo 7.º do CPC¹²¹.

Apesar de o legislador comunitário assumir posição neutra neste aspecto, Portugal optou pela mediação voluntária, isto é, não se aplica a mediação obrigatória como em outros países. O princípio da voluntariedade é considerado um dos pilares da mediação e permanece com as partes durante todo o procedimento.

Alexandre Mota Pinto e João Pedro Castro Mendes (2013, p. 143) acreditam que este princípio decorre de forma direta e expressa da própria definição legal de mediação e Carvalho (2011, p. 280) acresce que a voluntariedade é característica necessária da mediação sem a qual o processo perde sua própria identidade. O autor questiona o sentido da mediação obrigatória sob dois prismas: primeiro quanto à conveniência de se impor um meio de resolução que visa o acordo e a pacificação social; segundo quanto à conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico se impuserem impedimento de imediato recurso a um tribunal. Para o autor há verdadeiro desvio da essência da mediação quando esta é imposta às partes e assim, em regra, não pode produzir efeitos satisfatórios.

Silva (2009, p. 46), defende que tanto a mediação obrigatória como a mediação induzida são meras etapas num processo de descoberta e essenciais para a interiorização de que o diálogo, a cedência e a abertura poderão ser outras vias para resolver os conflitos em sociedade. A autora ressalta que apesar da inexistência de expressa previsão da mediação obrigatória em Portugal alguns dispositivos levam a crer que poderá haver indução ao procedimento.

O primeiro exemplo é o artigo 273º, nº 1, do CPC que prevê a possibilidade de o juiz determinar a remessa do processo para mediação sempre que considere conveniente, salvo se alguma das partes se opuser expressamente. Outro exemplo é o artigo 533º nº 4 do CPC que estabelece a imposição das custas do processo ao autor

¹²¹ “Art. 7.º: 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio; 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência; 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º; 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis.

ainda que a decisão lhe seja favorável, nos casos em que opte tão logo pela via judicial mesmo sendo possível a utilização dos meios alternativos de resolução de litígios. Esta regra não se aplica se o óbice à via alternativa foi causado pela parte contrária.

Para Gouveia (2014, p. 72) ainda que se admita que a indução imposta pelo legislador restrinja a plena voluntariedade das partes, o princípio permanece resguardado pela própria redação do artigo 273º, ao prever que a remessa do processo pelo juiz para a mediação fica impedida nos casos de manifesta oposição de qualquer das partes do processo. Por outro lado, para a autora, ainda que formalmente garantida, a voluntariedade das partes pode ficar estremecida diante dessa previsão legal, pois na realidade as pessoas podem se constranger em contrapor-se à ação do juiz e dessa forma a vontade não seria totalmente “livre”.

Lopes e Patrão (2016, p. 38) acham criticável a regra imposta pelo art. 533º, n.º 4 do CPC primeiro porque vai de encontro à essência da mediação e diminui a liberdade de escolha das partes; segundo por ter eficácia duvidosa já que nada garante a disponibilidade da parte contrária para autocomposição; terceiro pelos exemplos de Itália e Inglaterra, onde normas parecidas foram declaradas inconstitucionais por violação ao art. 6.º da CEDH, normativa a qual Portugal está identicamente vinculado.

Os autores relembram que muitos países europeus adotaram restrições ao princípio da voluntariedade e impuseram mecanismos de mediação pré-processual obrigatória. Por exemplo, citam que na República Checa e na França se aplica aos litígios de regulação do poder paternal enquanto na Itália e Alemanha (em alguns estados) funciona como pressuposto processual perante as instâncias judiciais (Lopes e Patrão 2016, p. 40-41).

Diana C. Droulers (2002) em (Sousa, 2002, p. 91) ressalta que nos países latino-americanos que adotaram a mediação obrigatória foram criados mais problemas do que soluções, pois muitos deles não estavam estruturalmente preparados para realizá-las, muitas vezes devido à falta de recursos humanos e materiais. A imposição também criou confusão para os utilizadores quanto à violação do princípio da voluntariedade pelos meios alternativos. Por isso, para a autora, a incorporação da mediação requer uma mudança cultural a ser obtida por marketing, educação e sensibilização, pois não é suficiente promulgar leis se não houver um ambiente social propício à aplicação.

Como já referido anteriormente, Portugal utiliza o sistema facultativo ainda que existam regras sancionadoras para a não utilização dos meios de RAL quando possíveis.

Neste aspecto há duas questões importantes a serem observadas: a primeira quanto à constitucionalidade dessas normas e a segunda quanto à oportunidade para consagrar os meios alternativos no atual quadro do Sistema de Justiça.

Sobre o primeiro aspecto, Silva (2009, p. 52) destaca os posicionamentos divergentes dos superiores tribunais alemão e inglês. No caso alemão a regra imposta pelo art. 15.º-A da *Gesetz von Einführung zum Zivilprozeßordnung* (EGZPO)¹²² permite a adoção de procedimentos pré-processuais obrigatórios de mediação sendo aceita pelo *Bundesgerichtshof* (BGH)¹²³ de forma rígida e com duas funções primordiais: afastar a litigiosidade dos tribunais e cumprir com o caráter pedagógico desejado pelo legislador de criar uma cultura de responsabilidade individual na solução dos conflitos.

Já a *Supreme Court of the United Kingdom* decidiu pela inadmissibilidade da mediação obrigatória numa decisão conjunta nos casos *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* e *Steel v. Joy Halliday*, em que as partes que perderam a ação suscitavam a inversão do pagamento das custas processuais para as partes vencedoras por estas terem diretamente acionado o tribunal e não utilizado os *pre-action protocols*. Baseada em decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no caso *Deweert v. Belgium*, a *Supreme Court* decidiu que a criação de esquemas de mediação obrigatória violaria a regra do art. 6.º da CEDH por impor obstáculo inadmissível ao exercício do direito de acesso aos tribunais.

A despeito disso, Silva (2009, p. 48) afirma que inevitavelmente a mediação pré-processual obrigatória limita o direito de acesso aos tribunais, mas não o impede. Segundo a autora, a regra geral consagrada nas Constituições é de acesso ao tribunal, mas não necessariamente de forma imediata e, portanto, se a limitação imposta for justificável e não significar uma desvantagem desproporcionada para qualquer das partes, o direito de acesso estará salvaguardado. É o mesmo pensamento de Gouveia (2014, p. 60) quando afirma que somente se pode falar em restrição ao direito caso haja impedimento efetivo de seu exercício. Para a autora, partindo-se de uma visão teleológica das normas, a imposição da mediação obrigatória não visa obstaculizar o acesso a direitos e sim aproximar o cidadão da justiça.

¹²² Tradução para o português: Lei de Introdução ao Código de Processo Civil (Ramos, 1995, p. 117, 192, 503).

¹²³ Tradução para o português: Supremo Tribunal Federal (Ramos, 1995, p. 90).

Sobre a adequação da mediação obrigatória Gouveia (2014, p. 61-62) relembra que o argumento contrário mais forte se baseia na restrição ao pleno domínio das partes, que requer o total envolvimento no processo e lhes impõe a responsabilidade sobre a decisão a tomar, o qual ficaria seriamente comprometido caso a mediação fosse imposta. Neste caso, a mediação poderia ser vista como mera fase dilatória onde as partes não se sentem comprometidas para buscar um acordo. Entretanto, em face das estatísticas em Portugal a autora admite que a imposição da mediação em algumas matérias é fator a ser considerado.

2.7.2. *Confidencialidade*

Este princípio que se revela um dos pilares da mediação vem exposto no art. 5.º da Lei da Mediação e no n.º 4 do Código Deontológico e determina a natureza confidencial da mesma. Quer isto dizer que impõe ao mediador o dever de sigilo de toda e qualquer informação fornecida pelas partes durante e após o procedimento, seja entre as mesmas, seja em relação a terceiros, exceto nos casos expressamente autorizados.

A importância deste princípio se situa na garantia do próprio direito de acesso à justiça vez que, em decorrência da voluntariedade, a qualquer tempo é permitida às partes recorrer ao Judiciário e, portanto, não pode haver influências ou prejuízos decorrentes da mediação. Isto se explica pelas características próprias de cada método e visa garantir a segurança na utilização desse meio.

Lopes e Patrão (2016, p. 46) lecionam que tal princípio possui duas implicações. A primeira ligada à postura do mediador com dimensões externa e interna. A externa proíbe o mediador de utilizar quaisquer informações das partes fornecidas no decorrer do procedimento enquanto a interna impede a transmissão à outra parte daquilo que um dos mediados revelou reservadamente. Dessa forma, o dever assumido se aproxima do segredo profissional, por isso, Gouveia (2012) citada em Lopes e Patrão (2016, p. 47), afirma que se encontra a “paredes-meias com a ética profissional” e reúne as condições para que o mediador seja visto como um terceiro imparcial.

A segunda implicação ultrapassa a figura do mediador e atinge os mediados e o conteúdo da mediação¹²⁴, assim, nenhuma confissão pode ser posteriormente suscitada

¹²⁴ Coelho (2003) citado em Lopes e Patrão (2016, p. 53) acrescenta que o dever de confidencialidade recai inclusive sobre os representantes das partes.

em juízo. A intenção do legislador foi garantir confiança e segurança para que as partes discutam abertamente sobre seus interesses sem receio de que, em caso de insucesso, venham a ser prejudicadas em juízo por informações e confissões do processo de mediação. Para os autores, este princípio garante a promoção do procedimento, sobretudo nos conflitos de consumo e empresariais onde a publicidade do julgamento muitas vezes é indesejada pelos efeitos negativos que possa acarretar.

Pinto e Mendes (2013, p. 143) defendem que a confidencialidade substancia-se em um dever de sigilo dirigido ao mediador de conflitos e comporta algumas exceções por razões de ordem pública. Gouveia (2014, p. 82) acrescenta que o dever de não revelar o conteúdo da mediação impede o mediador de testemunhar em processo judicial das partes mediadas, e Lopes e Patrão (2016, p. 54) reforçam que a proibição se estende aos encargos de mandatário e perito conforme o disposto no art. 28.º.

Gouveia (2014, p. 82) reforça que a confidencialidade não é absoluta, pois há exceções previstas no n.º 3 do art. 5.º, são elas: razões de ordem pública, nomeadamente assegurar a proteção do superior interesse da criança; quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa; ou quando seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido em mediação, na estrita medida dessa necessidade.

Lopes e Patrão (2016, p. 49) advertem que o rol de exceções é exemplificativo e o legislador ao utilizar a expressão “designadamente” para listar os casos do art. 5.º permitiu uma mobilidade legitimada de aplicação do princípio. Mas os autores discordam que seja afastado por vontade das partes, pois ainda que haja previsão no art. 7.º da Diretiva n.º 2008/52/CE, o legislador português optou em ser mais restritivo e no ato de transposição apenas previu as situações excepcionais em que pode ser afastada a confidencialidade.

De acordo com os autores a lei não definiu se perante os casos previstos de exceção da confidencialidade o mediador decide de plano ou se depende de autorização para revelar as informações necessárias para a salvaguarda dos direitos ameaçados ou violados. Diante da omissão defendem que caberá ao mediador ponderar os interesses em questão e a necessidade da quebra da confidencialidade, devendo observar as regras gerais atinentes à responsabilidade civil, penal e administrativa pelos danos causados.

2.7.3. Igualdade e imparcialidade

Este princípio previsto no art. 6.º da Lei da Mediação significa que o tratamento ofertado pelo mediador aos mediados deve ser equitativo, equilibrado, imparcial e sem inclinações que influenciem o acordo que, sendo facultativo, deve ser fruto do poder das partes envolvidas. O dispositivo é complementado pelo art. 27.º que estabelece um sistema de impedimentos e escusas e inclui a hipótese de recusa nos casos de dúvida sobre a isenção ou a neutralidade do mediador. Lopes e Patrão (2016, p. 56) sublinham que tal previsão já se aplicava no sistema público (JPs e áreas especializadas) e a partir da Lei n.º 29/2013, de 19 de junho, passou a ser exigida também para o sistema privado.

O Código Deontológico Europeu de Mediadores exige independência, imparcialidade e neutralidade do mediador sob o n.º 2. Para tanto, determina que o mediador deve se autodeclarar impedido de iniciar ou continuar com o processo quando sua independência seja concreta ou possivelmente afetada ou caso verifique a existência de conflito de interesses como: relação pessoal ou profissional com qualquer das partes; interesse financeiro direto ou indireto no resultado da mediação; prestação de serviços pelo mediador ou algum membro do órgão a algum dos mediados. Verificada alguma das circunstâncias descritas, o mediador deve declarar seu impedimento, mas poderá conduzir ou prosseguir com a mediação se tiver certeza de sua independência e neutralidade e as partes expressamente consentirem.

A imparcialidade deve se caracterizar através do empenho do mediador em agir com neutralidade, servindo às partes de forma equitativa durante todo o procedimento. A equidade é destacada no Código sob o n.º 3.2. e exige que o mediador assegure-se de que todas as partes dispõem das mesmas oportunidades na mediação, devendo, mediante sua análise, informar aos mediados sobre o término do procedimento nos casos em que considere o possível acordo ilegal ou impossível de ser executado.

De acordo com Pinto e Mendes (2013, p. 143) o mediador deve tratar equitativa e imparcialmente os mediados tendo em vista não ter interesse no litígio. Para Lopes e Patrão (2016, p. 54) a imparcialidade reside na equidistância a ser mantida em relação a cada parte, não sendo permitido ao mediador representar, aconselhar, ou assessorar qualquer delas. Contudo os autores defendem que poderá o mediador contrariar assimetrias ou desigualdades entre as mesmas a fim de garantir o equilíbrio da relação procedimental.

Para Cebola (2013) citada por Lopes e Patrão (2016, p. 55) há quatro vetores a serem analisados sob esse princípio: o direito à informação por todas as partes; o direito de expressão livre quanto a opiniões e pontos de vista desde que respeitado o princípio da colaboração; o direito de assessoramento por um advogado; o dever do mediador de encerrar a sessão se verificar a existência de desequilíbrio intransponível entre as partes.

2.7.4. Independência

De acordo com este princípio previsto no art. 7.º da Lei da Mediação, o mediador deve ser totalmente independente no desempenho de sua função, isto é, não estar subordinado a quaisquer influências ou fatores alheios à mediação. Para Pinto e Mendes (2013, p. 143) é suposto que o mediador deve salvaguardar sua independência.

Lopes e Patrão (2016, p. 56) advertem que este dispositivo não se confunde com o anterior na medida em que a imparcialidade e a igualdade se referem às partes e ao objeto da mediação, enquanto a independência está ligada diretamente ao exercício livre e descomprometido da função pelo mediador. Para os autores há duas dimensões a se considerar na observância da independência. A primeira significa que o mediador não se subordina às partes bem como à nenhuma outra entidade ou autoridade (inclusive tribunais), cabendo-lhe a responsabilidade sobre seus próprios atos. A segunda garante a emancipação frente a valores, influências ou interesses tanto de terceiros como de suas convicções íntimas. Em razão disso o mediador deve respeitar o interesse exclusivo das partes mediadas afastando qualquer juízo seu que afete o acordo entre as mesmas.

Lopes e Patrão (2016, p. 57) ressaltam ainda que a independência apresenta-se escudada em alguns expedientes dos sistemas públicos de mediação e nos JPs onde é expressa a proibição de o mediador atuar como advogado perante esses órgãos ou mesmo de prestar apoio psicoterapêutico ou patrocinador de qualquer das partes em tribunais judiciais ou arbitrais.

2.7.5. Competência e responsabilidade

Expresso no art. 8.º da Lei da Mediação este princípio exige por parte do mediador formação específica e obediência a certos deveres no exercício da função sob pena de responsabilização em caso de violação. Pinto e Mendes (2013, p. 143)

informam que em decorrência deste princípio o mediador deve assumir a exclusiva responsabilidade sobre seus atos, sobre os quais pode responder civilmente pelos danos causados, nos termos gerais.

Cebola (2015, p. 59) afirma que esta norma atendeu a exigência do art. 4.º, n.º 2 da Diretiva 2008/52/CE e espelhou o desejo do legislador português de promover a qualidade da mediação através da qualificação do mediador. A capacitação de mediadores faz-se atualmente por meio de cursos de formação teórico-prática realizados por entidades certificadas pelo Ministério da Justiça sob o art. 5.º da Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, que regula o regime aplicável à certificação de entidades formadoras de cursos de mediação.

Lopes e Patrão (2016, p. 58) relembram que antes da Lei da Mediação não havia qualquer requisito para o exercício da função de mediador privado, ao contrário dos sistemas públicos de mediação, mas advertem que a disposição do artigo na verdade não exige a frequência aos cursos de formação específica e por isso não representou avanços quanto à situação anterior; todavia, Cebola (2015, p. 60) entende que apesar de não haver expressão imperativa na lei, o art. 26.º na alínea *h* impõe ao mediador o dever de zelar pela sua formação e sua qualificação.

Para Lopes e Patrão (2016, p. 58) a contribuição do artigo reside na referência à lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça que garante o efeito prático desejável, uma vez que somente mediadores aprovados nos cursos de formação certificada poderão aceder ao catálogo como definido no art. 3.º, n.º 1, alínea *b* da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, como também, como ressalta Cebola (2015, p. 60), assegurar força executiva aos acordos por si realizados nos termos do art. 9.º, n.º 1, alínea *e* da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

Sobre a responsabilidade do mediador prevista na segunda parte do artigo Cebola (2015, p. 61) acredita que é essencial a existência de um regime de responsabilidade como fator de profissionalização da atividade como é praxe para as profissões de foro. Lopes e Patrão (2016, p. 58) explicam que a responsabilidade do mediador se aplica em termos gerais nos casos de danos causados quando o mesmo poderá responder civilmente pelos atos praticados. Contudo Cebola (2015, p. 62) adverte que aferição de responsabilidade civil pode ser difícil de ser provada.

No que tange à atribuição de responsabilidade do mediador no sistema privado Lopes e Patrão (2016, p. 58) afirmam que há dúvidas se deve ser considerada contratual

ou extracontratual, cuja distinção implica em efeitos práticos importantes seja para presunção de culpa seja para o prazo de prescrição. E concluem que, não sendo este um problema privativo da mediação de conflitos, a opção se reveza entre adotar-se a teoria do cúmulo, onde o lesado reclama ambas as responsabilidades, ou a teoria da consumpção, onde a responsabilidade contratual consome a extracontratual.

2.7.6. Executoriedade

A executoriedade quer dizer que o acordo obtido pela mediação pode ser satisfeito judicialmente, ou seja, é atribuído o mesmo *status* de título executivo, desde que observados os requisitos previstos no art. 9.º, n.º 1, da Lei da Mediação. Pinto e Mendes (2013, p. 143) ressaltam a importância deste princípio para o procedimento ao conferir força executiva ao acordo de mediação, independentemente de homologação judicial.

Cebola (2015, p. 61) entende que se trata de princípio basilar ao procedimento e imperioso para a consagração da mediação como método de resolução de conflitos. O n.º 1 do supracitado artigo enumera os requisitos cumulativos para ser atribuída a executoriedade ao acordo que se constituirá em título executivo extravagante para as partes em caso de incumprimento do estipulado.

Para a autora, a previsão do artigo 14.º da lei sobre a homologação do acordo se trata de mera faculdade das partes e, portanto, não colide com a executoriedade prevista pelo art. 9.º. A opção pela homologação confere às partes a vantagem processual de atribuir valor de sentença ao acordo de mediação conforme o art. 705.º do CPC e restringe os fundamentos de oposição à execução consoante o art. 729.º do mesmo diploma.

Cebola (2015, p. 61) ressalta que para a homologação do acordo há maior grau de exigência nos requisitos que são descritos no n.º 3 do art. 14.º da lei e incluem a boa-fé e ausência de abuso de direito que não constam no art. 9.º do mesmo diploma. Lopes e Patrão (2016, p. 66) defendem que a atribuição da força executiva aos acordos de mediação partiu de opção do legislador português já que a Diretiva europeia não exige tal característica, o que para os autores, só modificou o autor do veredito que passa de um terceiro para os próprios mediados que têm a possibilidade de exigir judicialmente a execução do acordado.

Lopes e Patrão (2016, p. 68-69) por outro lado questionam se este princípio, cuja expectativa inicial visava afirmar e promover a mediação em alternativa à via judicial, não restringiu a executoriedade conferida pela legislação processual civil antes da reforma de 2013. Explicam que até então, o acordo de mediação era uma transação considerada um título executivo nos termos dos arts. 1248.º a 1250.º do Código Civil (CC) e 46.º do CPC; e que após a Lei da Mediação ficou limitado ao cumprimento dos requisitos constantes no art. 9.º, n.º 1, alínea e, que somente confere força executiva aos acordos em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

De acordo com os autores, a nova previsão legislativa inicialmente criou um paradoxo, ao permitir a força de título executivo obtido em uma negociação e restringir os acordos de mediação aos novos requisitos da lei especial que se sobreponham à regra geral do Código Civil. Para resolver o impasse defendem que nos termos do artigo 703.º do CPC, somente as transações oriundas de mediação que cumpram os requisitos do art. 9.º da Lei da Mediação podem servir de base à execução, ficando os demais casos sujeitos à homologação judicial para se revestir de força executiva. Acrescem ainda os autores que as partes podem homologar acordo que já detenha força executiva quando pretendam garantir a eficácia em outros Estados-membros e reduzir as hipóteses de oposição à execução aos termos do art. 729.º do CPC.

Por fim, Lopes e Patrão (2016, p. 71) destacam que houve um reconhecimento automático da força executiva de acordos de mediação de outros membros da UE que gozem da mesma prerrogativa e cumpram com dois requisitos: que o acordo seja mediável nos termos da lei portuguesa¹²⁵ e não exija homologação judicial; e que o seu conteúdo não viole a ordem pública.

¹²⁵ Schabbel (2016, posição 1555) informa que “tópico mediável é todo aquele contestado por uma das partes e que permite uma negociação para se chegar ao consenso com ganhos mútuos”. Citando Frenkel e Stark (2012) a autora aponta que para ser assim considerado são necessárias três características essenciais: a possibilidade de atingir mais de um resultado; ser tangível e concreto; pertencer às partes o controle do conteúdo da solução. Portanto, não são mediáveis disputas referentes a temas jurídicos, fatos, necessidades, interesses, hábitos, traços de personalidade, crenças e valores pessoais das partes (com algumas raras exceções). Tais matérias podem ser abordadas durante o processo de mediação, mas não farão parte da relação de tópicos a serem negociados como acordo. Para Schabbel ao reconhecer os limites do que é mediável os mediadores conduzirão as partes redirecionando a negociação, sendo possível a conversão de algo não mediável para mediável, principalmente se o impasse versar sobre valores ou temas jurídicos. A autora ressalta que para os mediadores de orientação transformativa, a limitação de tópicos mediáveis aos casos de solução concreta é considerada reducionista. Na utilização do modelo circular-narrativo a incidência de tópicos não mediáveis na elaboração do compromisso é

2.8. O mediador de conflitos

Para Vezzulla (2001, p. 43) a melhor forma de definir um mediador é dizer o que ele não é: primeiramente não é juiz e apesar de também ser obrigado a agir com imparcialidade dentre outros deveres impostos, não lhe cabe impor qualquer veredito às partes; da mesma forma não é árbitro, pois não emite parecer ou decisão sobre o caso¹²⁶; também não é negociador vez que apenas incentiva a descoberta da solução do conflito pelas próprias partes, zelando pela manutenção do diálogo e do relacionamento entre estas que chegarão ou não a um acordo. Por fim, Vezzulla (2001, p. 39) conclui que o mediador é um terceiro neutral que conduz sem decidir, fazendo com que as partes busquem a melhor solução para seus interesses. O mediador ajuda os envolvidos na procura de uma zona de possível encontro de interesses que satisfaçam os objetivos de forma adequada e satisfatória para ambos.

Sousa (2007, p. 23) afirma que o mediador deve ter formação e treino específicos, mas não necessariamente ser um jurista. Para o autor, a formação base do mediador, para além de sua preparação para mediar conflitos, deverá ter em consideração o tipo de conflito e partes em que ocorrerá o processo (laboral, familiar, penal, etc.), podendo ser indicado o atendimento por uma equipe de mediadores para os casos mais complexos, portanto, a atividade de mediação também pode ser realizada por uma ou mais pessoas. Acresce o autor que também pode haver mediação por intervenção de uma entidade com poder e prestígio reconhecidos que submeta as partes ao procedimento.

Vezzulla (2001, p. 43) diz que ainda que seja jurista o mediador não deve agir como advogado pensando em leis e jurisprudência enquanto escuta os mediados, primeiro porque isso caberá ao defensor de cada parte caso desejem o acompanhamento por patrono; segundo porque dentre os deveres do mediador se encontra a imparcialidade que em nada se aproxima da função do causídico quando atua

significativamente menor, pois a reconstrução narrativa aborda temas intangíveis para atingir o objetivo da ressignificação. O processo humano de mudança (mudança autopoiética) não obedece às mesmas regras que percebemos na natureza e requer um tempo para assimilação, acomodação e experimentação não disponíveis na mediação. O que fará a diferença na reconstrução narrativa e nos resultados transformativos está na predisposição para aceitar que a mudança será necessária para manutenção do relacionamento no futuro.

¹²⁶ Neste ponto, Vezzulla (2001, p. 43) ressalta que ainda que o mediador seja um especialista no assunto tratado não poderá prestar assessoria aos mediados. Diferentemente do árbitro, o mediador não se atém a questões técnicas, pois visa ao interesse das partes.

representando seu cliente. Sousa (2002, p. 31-32) afirma que a diversidade de formação dos mediadores ou mesmo o prestígio em sua profissão base não garantem sucesso na qualidade de terceiro imparcial no exercício da mediação, o que pode causar insegurança da população na utilização do procedimento.

Para Schabbel (2016, posição 841) a fim de atingir as finalidades da mediação o mediador deverá se colocar como terceiro imparcial que ao desenvolver a escuta ativa garante um clima amistoso aos envolvidos. Explicando o processo e suas etapas ele legitima as verdades e acompanha as partes na busca por um entendimento satisfatório para ambas, inibindo o confronto de ideias e garantindo o sigilo das informações. Por isso o mediador deve ter humildade para gerenciar o procedimento no sentido de buscar possibilidades de solução e acordo sem invadir o domínio das partes. Na mediação, autoridade é de cada um, sendo que ao fazer escolhas e assumir responsabilidades, o entendimento é construído conjuntamente.

Shabbel (2016, posição 782) ensina que o mediador atua como facilitador na resolução de conflitos entre as partes, abrindo visões alternativas na forma de pensar e de agir para ir além do que está sendo dito. Também investiga as emoções e sentimentos negativos que sustentam a incompatibilidade entre elas a fim de minimizá-los diante da frustração causada pela obstrução ou irritação do outro envolvido. Apesar disso a autora adverte que o mediador não deve ser confundido com um conselheiro ou terapeuta e para tanto deve buscar uma formação de qualidade com constantes treinamentos para desenvolver a competência de mediar, tratar e gerenciar conflitos. Mas relembra que além das habilidades técnicas é preciso que o mediador possua virtudes e atitudes, dentre as quais enumera: ética, coragem, prudência, justiça, empatia, tolerância, imparcialidade, objetividade, persistência, flexibilidade, persuasão, otimismo, firmeza, bom humor, competência interpessoal, autoconfiança, consciência cultural, capacidade de escuta, gosto em estar em contínua transformação e resiliência¹²⁷.

A resiliência é definida pela autora como a capacidade de suportar situações de aumento de estresse, crise e conflito e ainda assim conseguir construir algo positivo sobre os fatos com níveis aceitáveis de saúde e bem-estar. Para Shabbel (2016, posição 400) um mediador resiliente compreende os fatores próprios das partes ao mesmo tempo em que considera sua interdependência com o contexto que se está vivendo.

¹²⁷ Lemoine, Libri e Roseti (2005) citados em Schabbel (2016, posição 400) afirmam que resiliência, em seu lato senso, refere-se à capacidade de um material de recuperar sua forma original depois de ter sido submetido a altas pressões.

Também desenvolve a competência para manter a distância emocional do caso sem se isolar.

Shabbel (2016, posição 407) destaca, a par das táticas e aptidões dantes referidas, a existência de um terceiro pilar para a formação do mediador: o conhecimento de assuntos e matérias em diversas áreas como direito, sociologia, antropologia, biologia, informática, administração de negócios, ciclo de vida familiar do indivíduo, questões de gênero e tantos mais forem necessários para o exercício prático da função. Para Shabbel é impossível pensar na competência do mediador sem os saberes interdisciplinares, por isso sua formação não se restringe ao conhecimento acadêmico e científico e abrange o saber no sentido pleno que pode incluir disciplinas formais, mas vai além, englobando noções de conhecimento e de valor.

Por fim Shabbel (2016, posição 410) defende que a função do mediador não é nata e sim fruto da conjugação de vários fatores como: história de vida, inter-relações, co-construções, escolhas, formação académica e experiências de mediação. Conclui a autora afirmando que a habilidade (saber fazer) se adquire com o conhecimento e domínio de instrumentos ou técnicas, mas ao lado disso o mediador constrói uma consciência da função pelo controle de suas atitudes (ser) assumindo responsabilidade por seus atos e escolhas, exercendo autoridade sobre si mesmo e controlando suas volições de primeiro nível.

2.8.1. Estatuto dos mediadores de conflitos

De acordo com a Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) o Livro Verde sobre modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial de 2002 resultou em duas importantes iniciativas: a elaboração de uma proposta de Diretiva e a redação de um Código Europeu de Conduta para Mediadores, também denominado Código Deontológico Europeu dos Mediadores pela Comissão Europeia¹²⁸. Este foi formalmente apresentado no ano de 2004 e enumerou um conjunto de princípios a serem respeitados tanto em nível individual como organizacional pelos profissionais da mediação. O principal objetivo do Código era garantir confiança para as partes tanto em relação ao mediador como ao procedimento de mediação.

¹²⁸ Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Conduta_para_Mediadores_13.03.2014.pdf?nocache=1394707997.85

O Código de forma breve define o que é mediação e estabelece que suas disposições em nada interfiram na legislação nacional em vigor. Por isso prevê a possibilidade de desenvolvimento de códigos mais detalhados pelas entidades de acordo com o serviço específico de mediação que prestarem. Também aponta alguns princípios que foram reproduzidos pela Lei da Mediação portuguesa dentre os quais se destaca a competência. Esta é prevista como uma condição determinante do exercício da mediação, sendo auferida tanto na formação adequada como pelas ações de formação contínua de melhoramento das aptidões do mediador com vistas a alcançar os mais rigorosos critérios de qualidade e acreditação.

O Código dispõe ainda sobre regras do procedimento da mediação como dever de informar as partes sobre voluntariedade da mediação, confidencialidade, utilização de forma escrita se as partes assim o quiserem, possibilidade de ouvir as partes separadamente e a prévia definição de honorários entre mediador e mediados. Também são exigidas neutralidade e imparcialidade tanto na ação quanto no posicionamento do profissional, isto quer dizer que além de não poder ter interesse no resultado o mediador deve ter capacidade de promover o processo sem uma solução unilateralmente vantajosa.

Posteriormente ao Código Europeu, a Lei da Mediação portuguesa também estabeleceu um estatuto para mediadores nos arts. 23.º a 29.º, aplicável a todos os profissionais que prestem serviço no território nacional, seja no âmbito privado ou nos serviços públicos de mediação¹²⁹. O art. 24.º da lei especifica que a formação para mediadores de conflitos exige frequência e aproveitamento em cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo serviço do Ministério da Justiça definido em portaria do membro do governo responsável pela área da justiça. No que se refere à idade, somente para o serviço público de mediação é prevista a idade mínima de 25 anos.

Lopes e Patrão (2016, p. 169) informam que apesar de a lei admitir que a mediação possa ser conduzida por qualquer pessoa de confiança das partes são exigidos requisitos mais restritos para a mediação como atividade regulamentada, bem como só é permitido o acesso às listas públicas de mediadores àqueles que comprovarem a

¹²⁹ Conforme previsto no próprio Código Deontológico Europeu dos Mediadores sobre a faculdade dada às organizações prestadoras do serviço de mediação de elaborar códigos mais pormenorizados de acordo com suas necessidades e domínios específicos. Disponível em: https://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Conduta_para_Mediadores_13.03.2014.pdf?nocache=139470797.85.

formação pelas entidades certificadas. Mas não são definidos pela lei os termos dessa certificação. Os autores afirmam ainda que a mediação no mercado livre é sempre possível aos portugueses, mas no que se refere aos nacionais de países terceiros que desejem acessar ao catálogo do art. 9.º, é exigido o cumprimento integral dos requisitos do sistema regulamentar de mediação.

Para os autores (Lopes e Patrão, 2016, p. 169) foi intencional, por parte do legislador português, estabelecer um mercado duplo de serviços de mediação: um livre caracterizado pela prestação esporádica e ocasional do serviço, onde o mediador de qualquer nacionalidade pode ter acesso; e outro regular caracterizado pela estabilidade, regularidade e formação adequada do mediador cujo exercício do serviço deve cumprir os requisitos legais previstos.

Mas Lopes e Patrão (2016, p. 165) defendem que o estatuto não esgota as garantias e exigências relativas ao mediador e deve ser complementado por códigos de conduta e deontológicos próprios, uma vez que o legislador ficou aquém do esperado em pontos importantes, como por exemplo, quanto à fiscalização do exercício da atividade da mediação privada. Para Cebola (2013) citada em Lopes e Patrão (2016, p. 169) a formação adequada do mediador garante a qualidade do profissional, independentemente do grau universitário que pode até mesmo ser substituído por experiência profissional. Já Gouveia (2012) também citada em Lopes e Patrão (2016, p. 169) acredita que existe um padrão de mediação que deve ser abordado na formação e fiscalização da atividade do mediador.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 2

Após a visão geral sobre os meios de RAL do primeiro capítulo, o segundo abordou de forma específica a mediação de conflitos. Iniciou com recorte histórico, mencionou alguns exemplos europeus de mediação até chegar em Portugal. Porém, antes de detalhar os demais aspectos desse procedimento abordou-se o sistema jurídico brasileiro e a consciência da mediação em razão da motivação da investigação já exposta na introdução.

Adentrando-se no procedimento propriamente dito foram listadas as principais escolas doutrinárias, as fases da mediação e também os princípios de acordo com a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Também se tratou sobre o mediador de conflitos tanto em

nível conceitual doutrinário como também legislativo por meio do Estatuto do Mediador que encerra o capítulo sobre o tema.

Apesar da reconhecida antiguidade na prática da mediação por vários povos tanto no Oriente como no Ocidente, em Portugal pode-se dizer que é recente e surgiu visando dar cabo à crise da Justiça verificada no início da década de 1980. Mas é preciso ressaltar que esta visão é duramente combatida pelos defensores da mediação como meio mais adequado de solução de conflitos e não como mera alternativa à morosidade e inflacionamento processual dos tribunais.

Para Sousa (2002, p. 25-26) são inúmeras as vantagens desse método dentre os quais destaca: custos inferiores aos tribunais judiciais e arbitrais; celeridade; poder de decisão nas mãos dos envolvidos; facilitação de soluções pelo seu processo estruturado e inexistência de perdedor ao final da contenda.

No mesmo sentido Elizabete da Costa Pinto (2017, p. 76) defende que a mediação é baseada na cidadania, na justiça e na paz social vez que, ao partir do pressuposto de que as partes possuem o conhecimento único de suas próprias realidades, promove a justa composição dos conflitos ao garantir o empoderamento e a autodeterminação dos sujeitos na construção de soluções em que ambas saem ganhando.

Sobre a autodeterminação Vargas (2006, p. 55) explica que consiste na ideia de que cabe às partes o pleno domínio do procedimento do qual podem a qualquer tempo desistir, sendo elas as detentoras da melhor capacidade para avaliar suas necessidades e assim achar a solução do conflito com responsabilidade. Para a autora, o estímulo à autodeterminação presente no procedimento representa a própria filosofia da mediação.

Para Shabbel (2016, posição 380) a mediação visa à humanização das relações por meio do reconhecimento e da aceitação das diferenças. Também possibilita a descoberta de interesses entre as partes através de um procedimento que lhes permite assumir uma postura de colaboração e cooperação entre si. Além disso, estabelece acordos onde a responsabilidade de cumprimento cabe às partes o que garante maior comprometimento e satisfação para ambas ao final da contenda.

Kazuo Watanabe (2006) citado por Zanferdini (2012, p. 245) vai além ao afirmar que “a mediação deve ser praticada como forma de pacificação da sociedade e não somente como solução de conflitos (...), pois é muito mais importante a atuação dos profissionais do direito em prol da pacificação social do que na resolução de litígios”.

Mas Sousa (2002, p. 31-33) destaca que este procedimento não está livre de possíveis inconvenientes e limitações que podem estar relacionados com a credibilidade do mediador, com a finalidade visada pelas partes ou com a natureza do direito ou interesse em causa. No primeiro caso aponta a falta de exclusividade da função de mediador que pode gerar insegurança nas partes. No segundo, questiona o uso da mediação como meio para nebular acordos indevidos ou inescrupulosos. No terceiro, relembra a existência de casos não mediáveis como, por exemplo, aqueles onde não possa ser exercida a voluntariedade das partes.

Apesar do reconhecimento legislativo, do desenvolvimento doutrinário e dos incentivos em níveis europeu e local para a mediação de conflitos, Maria Clara Calheiros (2014, p. 59) revela que ainda existe resistência na adoção desse meio por parte dos advogados portugueses, seja por receio sobre o papel delegado à função da advocacia perante a mediação, seja pela abordagem equivocada sobre o método como política pública da área da Justiça¹³⁰. A autora rechaça ambos os argumentos.

No primeiro caso, Calheiros (2014, p. 60) destaca que o uso dos meios de RAL não significa a perda de clientela pelos advogados, muito e antes pelo contrário, vez que, ao deter o conhecimento técnico tanto sobre o direito processual como do direito substantivo discutido, será figura essencial para auxiliar seu cliente na escolha do melhor e mais adequado método a ser adotado em cada situação.

Sobre essa problemática a autora informa que é possível observar a inclusão nas grades curriculares dos cursos de direito o estudo dos meios de RAL, o que já é de grande valia, mas não basta, pois são os profissionais do direito que atuam hoje os principais instrumentos capazes de reverter em si mesmos e na sociedade a cultura demandista e paternalista de aceder única e exclusivamente ao Poder Judiciário.

No segundo caso, Calheiros (2014, p. 61) afirma que na maioria das vezes o enfoque dado à mediação e aos demais meios de RAL leva a uma interpretação errônea de que se trata de solução para os problemas de pendências dos tribunais e economia de recursos na administração do Sistema Judiciário. Para a autora, além de contraproducente, tal ideia leva à desvirtuação da essência desses meios como garantia de direitos como realmente devem ser.

¹³⁰ Para Shabbel (2016, posição 221) são mitos que cercam a mediação: terminada a mediação acaba a atuação do advogado; este exerce papel limitado no procedimento e não controla os resultados da mediação; o patrono perde mais do que ganha ao sugerir a mediação, principalmente em honorários.

Além disso, Calheiros (2014, p. 61) acrescenta outro equívoco no âmbito de aplicação da mediação, causado pelo caráter interdisciplinar dos estudos sobre o tema e da valorização da componente emocional envolvida nos conflitos. Com isso, tanto o objeto como o propósito do procedimento podem não restar claramente definidos e com isso ocasionar insegurança e desconfiança nos utentes. Mas a autora ressalta que a mediação visa à tutela de direitos e não à recuperação ou reintegração de sentimentos ainda que valorize as relações entre os conflitantes e vise à manutenção delas.

Assim como ocorreu no primeiro capítulo sobre os meios de RAL, também aqui prevaleceu o entendimento de que as vantagens superam as possíveis desvantagens no uso da mediação. Calheiros (2014, p. 62) ressalta que a experiência de outros países demonstra seu papel como meio melhor e mais adequado para tutela de vários direitos¹³¹, portanto, em Portugal, é sobre este aspecto que se deve centrar o debate sobre a justiça e não sobre o que seja mais barato, fácil e rápido para o Estado. Nas palavras de Calheiros, “não se trata de justiça *low cost*, *express* ou *sucedânea*”, mas um meio mais completo de garantia de acesso ao direito e aos tribunais conforme previsto no art. 20.º da CRP.

¹³¹ Schabbell (2016, posição 214) revela que o ponto mais valorizado na mediação é a aplicação das decisões, ou seja, o fiel cumprimento do acordo. A autora informa que segundo estudo realizado nas Cortes americanas somente 20% dos acordos obtidos por este meio não foram cumpridos contra 50% dos julgados dos tribunais de pequenas causas.

CAPÍTULO 3 – JULGADOS DE PAZ

De acordo com o relatório anual do Conselho (CJP, 2015, p. 7-8) há duas causas para o ressurgimento moderno dos julgados de paz. A primeira definida como causa-final imediata é também conhecida como justiça de proximidade e pode ser definida como a possibilidade que as partes têm de resolver seus conflitos, geralmente caracterizados como de baixa dimensão e alcance, com celeridade e baixo custo. Isso porque, ainda que as questões em causa não justifiquem a tutela jurisdicional do Estado, muitas vezes acabam por afetar a paz e a tranquilidade tanto na esfera individual como social.

A segunda é a causa mediata e consiste em afastar do foro comum os casos menos complexos juridicamente que podem demandar tempo, a fim de permitir que a tutela jurisdicional estatal seja direcionada para questões de maior dificuldade jurídica que são cada vez maiores tanto em quantidade como em gravidade.

António Alberto Vieira Cura (2014, p. 267) afirma que estes órgãos possuem longa tradição histórica e foram reintroduzidos no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. A regulamentação do serviço de mediação nos JPs foi aprovada pela Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro que revogou a anterior Portaria n.º 436/2002, de 22 de abril. Sobre o procedimento de seleção de mediadores de conflitos vige o aprovado pela Portaria n.º 282/2010, de 25 de maio.

3.1. Dos julgados de paz

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde e Carlos Lacerda Barata (2017, p. 463) relembram que o ressurgimento dos JPs em Portugal no século XXI foi impulsionado pelo movimento dos meios de RAL liderado pela UE e pela crise do Sistema de Justiça português, razão pela qual alguns autores o enumeram entre os métodos alternativos ao lado da mediação, conciliação e arbitragem. Comungam desse posicionamento Lopes e Patrão (2016, p. 10), Albertina Pereira (2007, p. 203), dentre outros. No entanto, esta classificação não é unânime por parte dos doutrinadores, conforme demonstrado a seguir.

Jaime Otávio Cardona Ferreira (2014, p. 37) defende que os JPs são verdadeiros tribunais extrajudiciais com fundamento no artigo 209º, nº 2, da CRP e regulados pela Lei nº 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei nº 54/2013, de 31 de julho. Além disso, são previstos nos artigos 29º, nº 4 e 151º da Lei nº 62/2013, de 26 de agosto (Lei de Organização Judiciária), o que só reforça sua caracterização como tribunal. Nos termos do artigo 2º, nº 1 da LJP são tribunais incomuns que se baseiam na ideia da “justa composição” do litígio, isto é, na procura da pacificação e tranquilização individual e social, privilegiando-se a via do acordo razoável e justo¹³².

Cura (2014, p. 267) destaca que a CRP no art. 209.º, n.º 2 define os JPs como categoria de tribunais estaduais diferente dos tribunais judiciais, embora sua competência seja determinada com referência àqueles. Por isso, não se enquadram dentre os meios alternativos de resolução de conflitos de natureza não jurisdicional previstos no art. 202.º, n.º 4 da CRP. Citando Gomes Canotilho e Vital Moreira (2011), Cura (2014, p. 267) conclui que os JPs não se tratam de meios alternativos de resolução de conflitos, mas sim de verdadeiros tribunais que exercem a função jurisdicional, ainda que dotados de especificidades próprias que os diferenciam dos tribunais judiciais.

Chumbinho (2007, p. 17) defende que são tribunais e não meios alternativos de resolução de conflitos, ainda que sejam um tipo diferenciado de tribunal que contém em si dois meios alternativos de resolução de conflitos: a mediação e a conciliação. Isso porque primeiramente é tentada a conciliação das partes e somente na impossibilidade de acordo o juiz declara o direito aplicável ao proferir uma sentença.

Para Ataíde e Barata (2017, p. 463) os JPs são tribunais porque assim os define a Constituição da República no art. 209.º, n.º 2, portanto, suas decisões têm valor de sentença proferida por tribunal de primeira instância suscetível de recurso para os tribunais judiciais quando o valor da causa seja superior à metade da alçada da primeira instância.

Já na visão de Carvalho, Pinto e Campos (2017, p. 79) ainda que sejam considerados tribunais pelo art. 209º, n.º 2 da CRP os JPs integram a justiça alternativa, a qual é marcada pela proximidade e tentativa de acordo por meio da conciliação e

¹³² Ferreira (2014, p. 37) recorda que de acordo com o art. 29.º da LJP, a CRP enumerou várias categorias de tribunais portugueses sob a nomenclatura una de tribunais (órgãos de soberania), separando e distinguindo entre órgãos judiciais, judiciais e julgados de paz. Porém, ainda que exista tal distinção o certo é que todos devem tender a viabilizar a concretização do mesmo direito cívico fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 20.º da Constituição.

mediação. Dessa forma, apresentam concomitantemente características intrínsecas dos meios de RAL e o caráter institucional de um tribunal.

Vargas (2006, p. 115) destaca o aspecto da estrutura bipartida desses órgãos que abrange a mediação enquanto método não adversarial de resolução de conflitos e o julgamento presidido por um juiz de paz por via de sentença; por isso afirma que os JPs possuem natureza jurídica de um “meio misto”. Para a autora, o caráter obrigatório das matérias de sua competência aliado à imperatividade e autoridade de suas decisões aproxima-lhes de um verdadeiro tribunal, enquanto a atuação vocacionada para estimular a justa composição pelo acordo atribui contornos não adversariais de pacificação social que lhes aproxima das formas de RAL.

De acordo com Chumbinho (2007, p. 17) e João Miguel Galhardo Coelho (2003, p. 25) os JPs são uma categoria de tribunais voltada para resolução de causas cíveis de menor valor e complexidade nomeadamente condomínio, arrendamento, incumprimento contratual, entre outros. Destacam ainda que a competência é exclusiva para julgar ações declarativas.

3.2. Origens

Chumbinho (2007, p. 43) recorda que os julgados de paz não são novidade e, apesar do ressurgimento em Portugal ter ocorrido somente no século XXI, a Constituição de 1822 fazia referência a um juiz de fato eletivo e a Carta de 1826 previa a figura dos juízes de paz¹³³. Mas segundo Coelho (2003, p. 13) a origem da função é muito mais antiga.

Coelho (2003, p. 13) revela que se encontram menções remotas à figura dos juízes de paz desde o Código Visigótico de 506, o qual mencionava a existência de um importante corpo de magistrados investido de especial autoridade real, com a prerrogativa de fazer e manter a paz, denominados de *assertores pacis* ou defensores. Na Idade Média, o autor afirma que a referência aparece nos forais dos Concelhos

¹³³ De acordo com o art. 15.º da LJP cada julgado de paz será dirigido por um juiz de paz. Cura (2014, p. 269) relembra que atualmente os juízes de paz devem reunir os requisitos do art. 23.º: nacionalidade portuguesa, licenciatura em direito e idade superior a 30 anos. Ainda nos termos da lei os juízes de paz não estão sujeitos à legalidade estrita se o valor da ação não ultrapassar 1250 euros e houver acordo entre as partes nesse sentido.

portugueses sobre os árbitros de paz e que as Ordenações Afonsinas estenderam a função de concórdia a todos os funcionários judiciais. Mas Coelho (2003, p. 14) informa que a medida causou insatisfação popular causada pela ausência de órgãos especiais que promovessem a conciliação, o que levou D. Manuel a instituir três juízes avindores ou concertadores por meio de regimento, cujo modelo foi reproduzido pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas.

Coelho (2003, p. 15) adverte que as funções conciliatórias dos antigos árbitros de paz e avindores ou concertadores de demandas permaneceram como vestígios históricos até o surgimento dos juízes de paz tal como conhecemos hoje, o que ocorreu somente no século XIX por inspiração no direito estrangeiro. Destaca o autor que somente na Constituição Portuguesa de 1826 houve instituição formal e expressa dos juízes de paz, inspirada no modelo sancionado pela Assembleia Nacional francesa de 1790 e na Constituição brasileira de 1824 que também fora outorgada por D. Pedro IV como primeiro Imperador do Brasil.

A despeito dos julgados de paz, Vargas (2006, p. 91) relembra que a redação original da Constituição não lhes fez qualquer referência a qual só veio ocorrer com a quarta revisão da CRP de 1976, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, que estabeleceu a previsão no art. 209.º, n.º 2 da existência de JPs. Estes foram posteriormente instituídos por meio da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. Chumbinho (2007, p. 44) afirma que a instalação desses órgãos no ano de 2002 se deu como projeto experimental decorrente do diagnóstico do Sistema de Justiça e segundo Fonseca e Silva (2012, p. 190) decorreu de uma ação conjunta entre Ministério da Justiça e autarquias. Para Coelho (2006, p. 15) foi a partir do assento constitucional que houve a consolidação enquanto tribunal com função eminentemente conciliatória¹³⁴.

3.3. Aspectos gerais

Ferreira (2014, p. 55) explica que a vida de qualquer JP possui três momentos distintos, todos acompanhados pelo Conselho dos Julgados de Paz (CJP): criação, instalação e funcionamento. A criação ocorre por diploma governamental mediante

¹³⁴ Para Coelho (2003, p. 32) a Lei dos Julgados de Paz contribuiu de forma decisiva para divulgação dos meios de ADR em Portugal.

prévia audição das entidades previstas no artigo 3º, nº 1 da LJP; a instalação fica a cargo do Ministério da Justiça por meio de portaria consoante o nº 3 do mesmo artigo; já o funcionamento deve ter acompanhamento do CJP de acordo com o artigo 65º da LJP. Cura (2014, p. 270) complementa ao dizer que o diploma do governo de criação desses órgãos é o Decreto-Lei e que as entidades a serem ouvidas são o CJP, o Conselho Superior da Magistratura, a Ordem dos Advogados e a Associação Nacional dos Municípios Portugueses.

Para Ferreira (2014, p. 55) a inclusão de oitiva do CJP para criação dos JPs foi a alteração mais significativa do nº 1 do art. 3º trazida pela Lei nº 54/2013, de 31 de julho. Outra mudança decorrente da supracitada lei ocorreu no art. 5º que trata sobre custas, para as quais, além de diplomas específicos aplicáveis aos JPs (Portaria nº 1456/2001, de 28 de dezembro, alterada pela Portaria nº 209/2005, de 24 de fevereiro) é aplicável a orientação geral sobre custas, inclusive o regime geral de apoio judiciário previsto no art. 17º da Lei nº 47/2007, de 28 de agosto.

Cura (2014, p. 270) explica que a circunscrição territorial do JP pode abranger todo o Concelho, sendo um JP por localidade (art. 4º, nº 1) ou abranger diversos Concelhos, neste caso, será JP de um grupamento de Concelhos nos termos do número 2 do mesmo artigo. Os JPs têm sede no Concelho para o qual fora criado e os de grupamento naquele designado para o efeito no diploma de criação.

Cura (2014, p. 279) instrui ainda que quanto à competência, cabe aos JPs o julgamento das causas mediante análise dos seguintes critérios: em razão do objeto, do valor, da matéria e território. No primeiro caso, serão competentes para julgar ações declarativas; no segundo, de acordo com o art. 8º da LJP, compete-lhes apreciar e decidir questões com valor máximo de 15000 euros; no terceiro aspecto, são previstas as matérias atribuídas aos JPs as quais estão elencadas nos incisos do art. 9º da mesma lei. Em razão do território, o autor revela que é determinada na respectiva circunscrição territorial relativamente aos pedidos mencionados no art. 9º desde que verificado algum elemento de conexão indicado pelos arts. 11º ao 14º.

Explica o autor que os processos estão sujeitos a custas com valores pré-fixados por meio de portaria e o acompanhamento por advogado, advogado estagiário ou solicitador é facultado às partes, exceto na fase recursal onde a representação patronal é obrigatória de acordo com o art. 38º da Lei nº 78/2001, de 13 de julho. Além disso, tais órgãos disponibilizam serviço de mediação como alternativa ao julgamento tradicional

da causa, onde se obtido acordo entre as partes, a intervenção do juiz limita-se à homologação do tabulado. Chumbinho (2017, p. 465) acrescenta que para além da mediação e julgamento também são oferecidos serviços de atendimento e apoio administrativo¹³⁵.

Alves (2016, p. 64) afirma que comparativamente à Justiça tradicional, os JPs (assim como os centros de arbitragem) possuem procedimentos mais simplificados que permitem maior celeridade na resolução de conflitos e reforça que uma justiça lenta inibe o investimento internacional na economia¹³⁶. Mas Fernando (2017, p. 499) afirma que apesar do crescimento progressivo do número de processos desde a criação dos JPs até 2014, a utilização desses órgãos ainda é residual e que a arbitragem é mais procurada, principalmente nas pendências de relações de consumo. Para a autora, a expansão das competências produzida pela Lei n.º 54/2013, de 13 de julho não repercutiu da forma esperada na sociedade.

3.4. Princípios

Os princípios gerais dos JPs estão elencados no art. 2.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho que segundo Ferreira (2014, p. 45) não sofreu alteração pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. Chumbinho (2007, p. 54) a eles se refere como “estruturantes” e Vargas (2006, p. 116) como “norteadores dos JPs”. São eles: simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual.

Vargas (2016, p. 116) acrescenta que o n.º 1.º do supracitado artigo destaca a vocação de permitir a participação cívica dos interessados e estimula o acordo por meio da autocomposição dos litígios. Cura (2014, p. 268) completa e diz que daí resulta tanto o dever de comparecimento pessoal das partes como a existência do serviço de mediação de conflitos¹³⁷.

¹³⁵ São três as fases processuais nos JPs: atendimento ou articulados onde as partes podem apresentar as peças processuais oralmente. Nesta fase ocorre o requerimento inicial e a citação para contestação. A segunda fase é da mediação que deve ser voluntária e se subdivide em pré-mediação e mediação propriamente dita. Caso não haja acordo a próxima fase é de julgamento onde mais uma vez o juiz primeiro tenta conciliar as partes para depois proferir a sentença (Chumbinho, 2017, p. 465).

¹³⁶ Alves (2016, p. 56) A autora afirma que este foi um vetor de impulso no Estado português para implementação dos meios de RAL em meio à crise atravessada à altura, vez que necessitava da captação de investimentos estrangeiros para relançar sua economia.

¹³⁷ De acordo com o art. 38.º, n.º 1 da LJP mesmo exigido o comparecimento pessoal é facultado às partes o acompanhamento por advogado, advogado estagiário ou solicitador. Disponível em: http://www.pgdlisoba.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=724&tabela=leis.

Para Ferreira (2014, p. 45) o n.º 1 do artigo resume as verdadeiras causas finais do espírito do sistema, isto é, são “estratégias” ou “táticas” de aplicação dos princípios previstos no n.º 2 do mesmo artigo¹³⁸. Ferreira assegura que a previsão legislativa teve a intenção de mudar o paradigma do processo adversarial e impositivo pelo processo fomentador da autocomposição, por meio de ações pedagógicas e solucionadoras alcançadas pela via privilegiada do acordo. Para o autor tais princípios devem guiar tanto a ação dos utentes, daqueles que ali desempenham suas funções como também do próprio órgão.

Ferreira (2014, p. 46) ressalta que a participação dos utentes se revela no dever e no direito de buscar soluções justas e pacificação social mediante o uso da boa-fé e da cooperação. Diferentemente do processo judicial tradicional triangular a participação das partes ocasionam uma verdadeira integração com os JPs. No que tange à justa composição significa que para ser justo o acordo, não basta que seja formalizada a composição dos interessados. O acordo deve ser objetiva e subjetivamente razoável e justo¹³⁹.

Chumbinho (2007, p. 57) aponta as diferenças entre os princípios dos tribunais judiciais e dos JPs, ainda que em ambos os casos sejam aplicáveis os princípios estruturantes do processo civil português como a igualdade das partes, do contraditório e do dispositivo. Para o autor de acordo com a remissão do artigo 63º da LJP, também deve observar-se o princípio de cooperação, porém, no que se refere à mediação, não deverá influenciar no princípio da voluntariedade das partes.

Ferreira (2014, p. 45) ratifica que a normatividade do processo civil é subsidiária uma vez que nem sempre as regras gerais se adequam aos princípios dos JPs cuja ação deve ser pedagógica e solucionadora. O autor ressalta que apesar da mudança da redação originária do supracitado artigo pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, o sentido permaneceu o mesmo. Dessa forma, a aplicação subsidiária do CPC com exclusão das normas respeitantes ao compromisso arbitral, reconvenção, réplica e articulados supervenientes se coaduna com o especial ordenamento tramitacional dos JPs.

Sem intenção de aprofundar no vasto universo dos princípios vejamos o que dizem alguns autores a respeito daqueles referidos expressamente pela LJP.

¹³⁸ Chumbinho (2007, p. 55) ressalta que por isso seus titulares, os juizes de paz, além da competência de coordenação e gestão daqueles órgãos, também acumulam as funções de conciliadores e juizes de direito.

¹³⁹ Por isso Ferreira (2014, p. 47) discorda da neutralidade da mediação na medida em que se deva ponderar diante dos casos concretos o equilíbrio entre as partes para se garantir a imparcialidade.

3.4.1. Simplicidade

Para Vargas (2016, p. 116) este princípio está associado à desburocratização processual com vistas à garantia do efetivo acesso ao direito e à justiça pelos cidadãos e se manifesta em vários momentos e aspectos. Primeiramente ao permitir o requerimento verbal ou em formulário fornecido pelo próprio JP. Segundo pela não obrigatoriedade de representação por advogado, exceto se verificadas as situações de manifesta inferioridade previstas no mesmo dispositivo, como por exemplo, se o requerente desconhecer a língua portuguesa. Um terceiro ponto citado por Vargas (2016, p. 117) é a inexigibilidade de duplicados legais às partes que têm a faculdade de aceder às cópias disponibilizadas pela secretaria.

3.4.2. Adequação

Vargas (2006, p. 118) informa que este princípio se liga à ideia da flexibilidade que deve acompanhar o processo nos JPs e significa que prevalece o alcance dos objetivos diante do caso concreto e não a tramitação rígida imposta pela lei. A autora relembra que a definição é mais bem detalhada pelo art. 265.º-A do CPC que dispõe: “quando a tramitação processual prevista numa lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

Para Ferreira (2014, p. 47) para cumprir com este princípio é preciso que os modos dos atos estejam sempre pautados pela sua razão de ser e pelos objetivos finais, assim, os fins se sobrepõem às formas. Mas ressalta o autor que não se trata de arbitrariedade do tribunal ou mera discricionariedade do juiz. Não se defendem opções personalistas, mas sim a tramitação adequada à causa com opções de equidade objetiva e justificada com os princípios da própria lei.

3.4.3. Informalidade

Vargas (2016, p. 118) ensina que este integra os dois princípios anteriores na medida em que visa eliminar o caráter cerimonial do processo. Joel Timóteo Ramos Pereira (2005) em Vargas (2016, p. 118) explica que isto quer dizer que as causas

perante os JPs devam ser tratadas sem a liturgia, paramentação ou protocolos característicos do processo civil comum, uma vez que a intenção é a justa composição do litígio através de acordo entre as partes.

Para Ferreira (2014, p. 48) este princípio possui contornos semelhantes com os demais na medida em que prega a supremacia do conteúdo dos atos sobre a forma. Mas, além disso, decorrem desse princípio: a simplicidade de vocábulos, a dispensa do uso de togas ou becas bem como a disposição mobiliária da sala de audiências visando garantir uma maior proximidade entre partes, possíveis representantes e juiz de paz.

3.4.4. Oralidade

Para Vargas (2016, p. 119) significa que a prática de atos escritos é limitada às previsões da própria lei, como por exemplo, o termo de consentimento da mediação e a redução a escrito do acordo entre as partes. O fundamento situa-se na valorização da manifestação verbal das partes, o que se revela em total consonância com os demais princípios dos JPs. Para a autora, nota-se a oralidade desde o momento da apresentação do requerimento inicial até a mediação, a qual, na visão de Pereira (2005) citado em Vargas (2016, p. 119) é a fase por excelência do cumprimento do princípio.

Para Ferreira (2014, p. 49) os JPs privilegiam a oralidade tanto com vistas à observância da proximidade humana tendentes nesses órgãos quanto para atender à confidencialidade exigida em certos atos, ainda que o julgamento seja por princípio público nos termos do art. 206.º da CRP.

3.4.5. Absoluta economia processual

Vargas (2006, p. 119) ensina a respeito deste princípio que o mesmo impõe uma economia dos meios, isto significa reduzir as formalidades e os atos processuais ao mínimo indispensável, vez que o objetivo principal visado é o justo resultado que se quer alcançar.

Ferreira (2014, p. 49) afirma que mais importantes que atos processuais são os seus resultados justos e por isso tais atos devem ser reduzidos ao minimamente necessário. O autor ressalta ser comum associar-se este princípio à celeridade, que para

ele deve ser substituído por oportunidade porque não se trata de fazer justiça depressa, mas fazê-la em prazo razoável e útil.

3.5. A influência dos JECs brasileiros para os JPs portugueses

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) no Acórdão n.º 11/2007, de 24 de maio de 2007¹⁴⁰ reconheceu que o texto aprovado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, de 30 de Maio de 2001, e convertido na Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, foi baseado essencialmente no regime dos JECs brasileiros¹⁴¹. Nesse sentido Vargas (2006, p. 103) afirma que pelo menos quanto aos princípios reproduzidos na legislação parece que houve uma inspiração por parte do legislador português no modelo brasileiro onde apenas um princípio possui nomenclatura divergente¹⁴².

Mas a experiência com os meios alternativos em solo brasileiro teve início antes, com a Lei Federal n.º 7244, de 7 de novembro de 1984. Esta lei instituiu de forma pioneira o Juizado de Pequenas Causas cuja competência era voltada ao julgamento das causas cíveis com valor até 20 salários mínimos e, segundo Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto (2008, p. 2) surgiu num contexto de garantia do valor justiça para os cidadãos.

Ainda de acordo com a autora (Pinto, 2008, p. 3-4) o sistema brasileiro baseou-se na experiência nova-iorquina das *Small Claims Courts* após um estudo realizado por magistrados que adaptaram o sistema norte-americano para o processo praticado nos conselhos de conciliação e arbitramento no estado brasileiro do Rio Grande do Sul. Diante da exitosa experiência em nível estatal, a Constituição Federal de 1988 no inciso I do art. 98, previu a criação de Juizados Especiais de competência da União, Distrito Federal e territórios e dos estados federados; a qual foi realizada primeiramente pela já

¹⁴⁰ Acórdão n.º 11/2007 do STJ no Processo n.º 881/2007. Publicado no Diário da República, 1ª série – n.º 142, de 25 de Julho de 2007, p. 4733-4743. Disponível em: <https://www.dre.pt/pesquisa/-/search/636720/details/maximized>.

¹⁴¹ “Depois de baixar à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, esta, no dia 30 de Maio de 2001, aprovou um texto de substituição que se converteu na Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, ora em análise, essencialmente baseada no regime dos juizados especiais brasileiros” (Acórdão n.º 11/2007 do STJ, p. 4736).

¹⁴² Vargas (2006, p. 103) revela que os princípios da simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual, elencados no n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação) correspondem àqueles previstos na Lei n.º 9.099/95, de 26 de Setembro (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais dos estados brasileiros), com exceção do princípio da adequação, que na lei brasileira equivale ao princípio da celeridade.

supracitada Lei n.º 9099/95, de 26 de Setembro, e mais adiante e complementar a esta, na Lei n.º 10259/2001, de 12 de julho, para a criação dos Juizados Especiais Federais.

Tomando-se como base o 20.º relatório do Conselho dos Julgados de Paz (CJP, 2017, p. 3, 17, 18) e as respectivas propostas de alterações legais ali inseridas é possível perceber em algumas delas uma clara tentativa de aproximação com o modelo brasileiro representado pelos JECs conforme a seguir expostas.

A primeira proposta sugere a alteração do art. 19.º para a criação de quadro próprio de pessoal dos JPs uma vez que os funcionários são provenientes das Câmaras Municipais de acordo com os protocolos de criação e regulamentos instaladores de cada órgão. A segunda propõe o alargamento da competência material dos JPs aos crimes de “menor potencial ofensivo” que já constam elencados no art.º 9, n.º 2 da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, revista pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. A terceira prevê a criação de um julgado de paz de 2.º grau, evitando-se o recurso à jurisdição de primeira instância dos tribunais tradicionais.

A respeito desta última proposta é importante destacar as razões expostas que visam reforçar e valorizar a função exercida pelos JPs e juízes de paz. Primeiro porque, de acordo com o Conselho, por mais ilustres e genericamente competentes que sejam os juízes de direito, não há, naturalmente, preparação em jurisdição de paz. Para o relatório já não faz sentido continuar a utilizar uma primeira instância para se recorrer de outra primeira instância, tratando-se de uma norma essencialmente oriunda de um tempo em que não era possível um segundo grau de juízes de paz, mas que hoje não se justifica. Além disso, os recursos interpostos das decisões teriam efeito meramente devolutivo (CJP, 2017, p. 3, 21, 22).

Devido à importância do tema o relatório previu uma segunda alternativa em caso de recusa da proposta de criação de uma instância recursal dos JPs, que seria a apreciação de recurso para o Tribunal da Relação cuja jurisdição abranja o julgado de paz recorrido. Isso porque, para o Conselho, a apreciação das decisões dos juízes de paz por um tribunal judicial de primeira instância revela uma discriminação hostil ou até mesmo uma diminuição judiciária daqueles profissionais.

Outra questão proposta é a previsão de competência executiva relativa as suas próprias decisões condenatórias bem como a retirada do carácter meramente “optativo” dos JPs, pois para o Conselho tal regra vai de encontro às regras processuais básicas da

ordem jurídica portuguesa como o art.º 64º do CPC¹⁴³. A esse despeito Cura (2014, p. 282-283) informa que a tese da exclusividade da competência dos JPs para ações baseadas no art. 9.º, n.º 1 da LJP foi rechaçada por meio de uniformização de jurisprudência pelo STJ no Acórdão n.º 11/2007, de 24 de maio de 2007¹⁴⁴. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que a competência material dos JPs é alternativa relativamente aos tribunais judiciais de competência territorial concorrente.

Para o autor, além da tese da exclusividade da competência dos JPs nas referidas matérias, outras razões podem fundar um juízo de inconstitucionalidade do art. 9.º como as diferenças significativas entre os tribunais judiciais e os JPs, as diferenças entre magistrados e juízes de paz e a falta de cobertura da rede de julgados no país que ocasiona uma desigualdade de acesso entre os cidadãos. E conclui ao dizer que a desigualdade no acesso à justiça e aos tribunais subsistirá enquanto houver pessoas obrigadas a resolver seus litígios fundamentados no art. 9.º da LJP (de acordo com a tese de exclusividade) enquanto a outras o acesso à via judicial seja permitido (no caso, por ausência de julgados no território).

Em nível processual também foram apresentadas propostas de alterações. Nos procedimentos cautelares, nomeadamente em relação ao art. 41.º-A, o relatório (CJP, 2017, p. 19) propôs o acréscimo de um n.º 2 ao dispositivo a fim de permitir ao demandante a possibilidade de melhor acautelar os bens ameaçados de perda ou dano irreparável, o que seria feito através da nomeação de agente de execução mediante pagamento adiantado por aquele que ficaria como fiel depositário do bem no decurso do referido procedimento cautelar.

Também foi proposto o aditamento do art. 46.º para incluir a possibilidade de citações serem efetivadas mediante uso de vias eletrônicas e por agente de execução, que também poderia praticar outros atos dos procedimentos cautelares que os JPs não tenham como efetuar com adiantamento de pagamento pelo demandante. Ao art. 59.º

¹⁴³ “Art. 64.º do CPC: São da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam atribuídas à outra ordem jurisdicional”. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/leimostraarticulado.php?Nid=1959&tabela=leis>.

¹⁴⁴ “Os julgados de paz não são tribunais judiciais, posicionando-se fora do patamar da organização judiciária portuguesa tal como ela resulta da Constituição e da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais. Entre os julgados de paz e os tribunais da ordem judicial da 1.ª instância não há qualquer relação de limitação de competência, porque o nexo é de paralelismo e de concorrência. Os julgados de paz são órgãos jurisdicionais de resolução alternativa de litígios e, consequentemente, não sucederam na competência dos tribunais da ordem judicial nem são seus substitutos, integrando-se na categoria de tribunais de resolução de conflitos de existência facultativa” (Acórdão n.º 11/2007 do STJ, p. 4741).

propôs a inclusão do n.º 5 prevendo o pagamento de custas em matéria probatória que deverá ser adiantada pela parte solicitante e posteriormente suportada como custos na decisão ao final do processo (CJP, 2017, p. 19).

Não obstante as propostas feitas pelo Conselho e ainda que se admita um grande avanço legislativo brasileiro face à realidade portuguesa ao se comparar os JECs e JPs, no tocante à mediação de conflitos, Schabbel (2016, posição 112) defende que o Brasil vive hoje o momento que os EUA viveram há 60 anos. Portanto, para além da previsão legal será necessária uma mudança na tradição e cultura voltadas para o litígio, presentes no inconsciente coletivo desde os tempos coloniais, tanto entre os utentes como entre advogados cuja missão atribuída era de “ganhar” a demanda. Para que isso ocorra Schabbel defende que caberá ao utente assumir o papel de protagonista da solução do conflito enquanto o advogado o orienta, ou seja, caberá ao patrono exercer uma advocacia colaborativa que vise à melhor solução para ambas as partes discordantes.

3.6. Mediação nos julgados de paz

Chumbinho (2007, p. 63) informa que os JPs devem dispor de um serviço de mediação que proporcione às partes a solução do litígio cuja participação judicial deverá se resumir à homologação do acordo tabulado, de acordo com o art. 16.º da LJP. Como já referido anteriormente o serviço de mediação realizado pelos JPs encontra-se regido pela Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro que revogou o anterior Regulamento previsto na Portaria n.º 436/2002, de 22 de abril.

Sousa (2002, p. 32-33) e Coelho (2003, p. 33) destacam que o serviço possui sentido lato que pode ser subdividido em dois momentos: pré-mediação e mediação propriamente dita. A primeira tem como objetivo explicar às partes o conteúdo e o propósito da mediação e avaliar a predisposição das mesmas na obtenção de acordo. A segunda é a sessão onde são aplicadas as técnicas para estabelecer o diálogo entre as partes, controlada e dirigida pelo mediador que não será o mesmo da sessão da pré-mediação e também não opinará nem dará quaisquer sugestões, mantendo-se neutro e imparcial o tempo todo.

Os JPs têm competência para mediar qualquer litígio, ainda que excluídos da competência originária daquele tribunal, desde que não se refiram a direitos

indisponíveis. Coelho (2003, p. 34) explica que se o comparecimento das partes ocorre em simultâneo, o serviço de atendimento prontamente deve informar sobre a possibilidade de mediação. Verificada a disposição de ambas para a realização do procedimento serão esclarecidas sobre a natureza, finalidades e regras aplicáveis, podendo ocorrer a sessão de pré-mediação em caso de disponibilidade de um mediador no momento. Se o comparecimento inicial é restrito ao demandante e este concordar com a mediação, a citação do demandado será acompanhada de informações sobre o procedimento e a designação de hora e data para sessão de pré-mediação. Ferreira (2014, p. 208) afirma que esta é uma fase muito restrita em termos de objetivos, pois tem cunho meramente informativo.

Coelho (2003, p. 33) diz que em caso de inviabilidade de prosseguimento verificada na pré-mediação, o processo é remetido ao juiz de paz que designará data e hora para audiência de julgamento. Se as partes concordarem em prosseguir com a mediação esta será logo realizada se o mediador estiver disponível ou designada data para os dias imediatamente seguintes para próxima sessão. Sousa (2002, p. 32-33) complementa e afirma que caso seja tabulado acordo entre as partes após a sessão da mediação *stricto sensu*, este é reduzido a escrito e assinado pelos intervenientes para imediata homologação pelo juiz de paz e se reveste do valor de uma sentença.

A escolha do mediador cabe às partes dentre os profissionais habilitados inscritos em cada julgado de paz, mas se não houver consenso, a secretaria designará um nome de forma a garantir o equilíbrio na repartição do serviço. É vedada a nomeação do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e na mediação propriamente dita, o que, segundo Coelho (2003, p. 34), justifica-se pelo possível desgaste que possa ocorrer na relação entre mediador e mediados durante a fase da pré-mediação e que acabe por influenciar a mediação propriamente dita.

A falta injustificada por qualquer das partes equivale à desistência enquanto se houver justificativa, apenas uma vez é admitida a remarcação para um dos cinco dias seguintes que Coelho (2003, p. 35) justifica com base nos princípios da celeridade e economia processuais. A desistência não necessita de justificativa e pode dar-se a qualquer tempo.

A interrupção ou encerramento da mediação por parte do mediador são permitidos caso este entenda que existam razões legais, deontológicas ou mesmo éticas que possam representar impedimentos ou suspeições sobre sua independência,

imparcialidade e isenção. A medida se coaduna tanto com os princípios dos JPs como também do procedimento da mediação.

3.7. Os relatórios do Conselho dos Julgados de Paz de 2002 a 2012

Com a Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, foi criado o CJP cuja missão seria acompanhar a instalação e funcionamento dos projetos experimentais dos JPs e apresentar um relatório de avaliação à Assembleia da República entre 1º e 15.06.2002, o que foi devidamente realizado. No ano seguinte, entre os meses de junho e julho, o 2.º relatório foi aprovado e apresentado pelo Conselho; neste, foi prevista a apresentação anual de relatórios institucionais os quais foram sendo aprimorados sucessivamente mediante o uso de novas tecnologias e recursos informáticos.

O primeiro relatório datado de 4 de junho de 2002 surgiu após 4 meses de instalação do projeto de JPs portugueses e além de analisar seu funcionamento concreto, abordou a “questão prévia” de validade dos órgãos por meio do mérito da instituição sob o aspecto causa-final¹⁴⁵. Sobre os dados desse documento destaca-se o tom crítico à expressão “experimentais”¹⁴⁶ atribuída aos JPs, uma vez que, de acordo com o relatório anual (CJP, 2015, p. 2) as figuras dos juízes de paz constam desde o início da nacionalidade com o Regimento de 1519, reapareceram nas Constituições Políticas e demonstraram experiências positivas nas ex-colônias como, por exemplo, o Brasil.

Além disso, o relatório propagou a rentabilização dos quatro JPs até então existentes; propugnou o desenvolvimento da rede tanto no Continente como nas Regiões Autônomas; defendeu o alargamento de competências e a unidade de funcionamento; propôs um novo processo de formação, designadamente, de juízes de paz; propôs alterações legislativas e concluiu que os JPs se tratavam de um projeto não apenas útil, mas também necessário à cidadania a ser visto numa perspectiva de complementaridade aos serviços de justiça.

O segundo relatório foi aprovado e apresentado em junho de 2003 pelo Conselho e impôs a apresentação anual de relatórios institucionais¹⁴⁷. Consta mais uma vez de

¹⁴⁵ Dados constantes do 15º Relatório Anual do CJP aprovado na sessão de 27.04.2016 por deliberação do Conselho (CJP, 2015, p. 2).

¹⁴⁶ De acordo com o documento (CJP, 2015, p. 2) chamaram-se de “projetos experimentais” aos primeiros quatro JPs da era moderna.

¹⁴⁷ Nos termos do Relatório Anual 2015 (CJP, 2015, p. 7) o trabalho de orientação, recolha e tratamento analítico de dados é feito ao longo de todo um ano, com base nos relatórios mensais de todos os JPs cujos

forma expressa a afirmação segundo a qual os JPs são uma instituição necessária à cidadania e à justiça, tendo sido feitas propostas concretas na linha da justiça de proximidade (CJP, 2015, p. 3).

No terceiro relatório de 2004 são apontados o aumento da rede (considerado efetivo, mas limitado) e o reforço das funções historicamente conciliatória e pacificadora dos JPs. O quarto relatório publicado em 2005 conservou as mesmas propostas e dificuldades de seu antecessor. O quinto relatório de 2006 apresentou alguns progressos, sendo o maior dos problemas apontados a baixa quantidade de julgados instalados. O sexto relatório de 2007 é marcado pela apresentação de indicadores mais desenvolvidos e preconizava a necessidade de um concurso para juiz de paz, que, apesar de realizado, não impediu que o sétimo relatório de 2008 previsse a necessidade de um segundo concurso (CJP, 2015, p. 3-4).

Em 2009, o oitavo relatório concluiu que apesar das dificuldades apresentadas até então, os JPs constituíam uma instituição sólida caracterizada por uma exclusiva vertente municipalista sintonizada com sua origem secular. Portanto, foi ratificado o direito de todos disporem de JPs e para isso era preciso aumentar a rede disponibilizada aos cidadãos.

No nono relatório publicado em 2010 o ponto mais relevante foi a constatação de que no ano anterior houve uma entrada global de 7.171 processos contra 7.440 acabados o que só veio reforçar a importância desempenhada pelos JPs, juízes de paz e funcionários bem como a necessidade de ampliação estrutural dos órgãos no país.

O décimo relatório publicado no ano de 2011 apresentou uma mostra estatística mais desenvolvida em comparação aos anos anteriores e insistiu mais uma vez na necessidade de formação adequada dos juízes de paz, no tratamento igualitário dos cidadãos e no aumento da rede dos JPs (CJP, 2015, p. 4-5).

O décimo primeiro relatório de 2012 lembrou que a causa-final constitucional dos JPs é o direito cívico fundamental à justiça nos termos do artigo 20.º da Constituição e informou que até o final do ano anterior, dos 50.053 processos recebidos,

objetivos são: 1) dar conhecimento mensalmente ao Conselho e aos próprios juízes de paz (que são responsáveis pelos dados que fornecem ao Conselho) sobre o funcionamento da instituição e o grau de eficiência (a fim de descobrir as carências que motivarão as intervenções do Conselho junto dos juízes de paz e de outras entidades; 2) viabilizar a recolha de dados pelo Conselho que vão sendo analisados e que no momento apropriado integrarão a maior parte do relatório anual. De acordo com o relatório este trabalho ultrapassa o simples campo estatístico, mas abrange a análise que o conjunto desses dados viabiliza, tanto pelo Conselho como pelos juízes e funcionários dos JPs.

96,09% tiveram eficácia resolutiva. O relatório lembrou ainda o apelo presente no *Memorandum* de Entendimento da Troika para fomentar o desenvolvimento dos JPs em Portugal.

Até 2013, ano da promulgação da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, os relatórios do CJP apresentaram duas características principais em comum: apontaram a insuficiência no número de juízes de paz e destacaram a necessidade de ampliação da rede de julgados pelo país e Regiões Autônomas, reconhecendo a potencial importância desses órgãos para o Sistema de Justiça português. Sobre a mediação os dados globais demonstraram que desde a instalação a média de processos resolvidos por mediação foi de 23%.

3.8. Os relatórios do Conselho dos Julgados de Paz de 2013 a 2017

Em que pese a publicação anual de relatórios pelo CJP desde 2002 com análise dos dados dos períodos anteriores dos JPs, seja em níveis global ou individual, as principais informações a seguir descritas foram obtidas a partir do exame dos relatórios anuais publicados para o período de 2013 a 2017.

Do relatório de 2015 (CJP, 2015, p. vii) que foi o mais extenso dentre aqueles publicados entre os anos de 2013 e 2017, extraem-se importantes informações. Em nota introdutória ressalta a relevância da função jurisdicional desempenhada pelos JPs como essencial à justiça, à paz individual e social, ao humanismo próprio da cultura lusitana, à democracia e à própria vida cívica.

Além disso, aponta que em nível mundial há uma crescente tendência dos Estados de diversificar seus órgãos judiciários com base na relevância da paz como imanente à justiça através da multiplicação de órgãos similares aos JPs como no Brasil, por exemplo, por meio dos JECs (CJP, 2015, p. 2).

Sobre o ano de 2013 o documento (CJP, 2015, p. 3) informa que foram acentuadas preocupações já existentes em anos anteriores quanto à necessidade de aumento de vagas para o cargo de juiz de paz; formação de novos juízes de paz; formação de funcionários para os JPs; concretização de entendimentos entre Estado e Autarquias; e ampliação da rede dos JPs.

O décimo terceiro relatório sobre as atividades anuais de 2014 foi publicado após a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, e mais uma vez insistiu no concurso para juiz de

paz e aumento da rede de julgados, a fim de garantir de forma igualitária o direito cívico fundamental à justiça, conforme previsto pelo art. 20.º da Constituição (CJP, 2015, p. 4-5). Apesar disso frisou que mesmo com os problemas apresentados, especialmente a falta de recursos humanos, foi possível evitar o encerramento de qualquer julgado de paz. De acordo com o relatório, os resultados positivos foram fruto do esforço de todos os envolvidos (juízes e funcionários) em favor dos cidadãos utentes dos JPs, mas ressaltou que a par desses esforços, “sem juízes titulares, nenhum tribunal pode funcionar com eficácia possível e a mais desejável” (CJP, 2015, p. 5).

O relatório anual referente ao ano de 2015 (CJP, 2016, p. 1) afirma que órgãos como os JPs, embora assumam roupagens diversas de acordo com as épocas e lugares em que funcionem, possuem tradição secular, baseada em princípios próprios e objetivos cívicos comuns em outras partes do mundo, onde podem ter nome e enquadramento legal semelhante ou diverso¹⁴⁸. Para o relatório, em Portugal, apesar de provindos de tempos passados, os JPs são produto de um certo pós-modernismo jurídico-cultural que privilegia o particular, o pequeno, a perspectiva micro, o caso, a auto-regulação, o subjetivo e o compromisso.

O relatório anual sobre 2016 (CJP, 2017, p. 2-3) destacou duas importantes vitórias naquele ano. A primeira foi a posse de novos juízes de paz (uma dezena de acordo com o documento) e a inauguração do JP da Comunidade Intermunicipal do Oeste que abrange 12 municípios.

A par disso foram renovadas propostas visando à regulamentação da instituição e o progresso legislativo por meio de algumas reformas dentre as quais se destacam: alteração do caráter meramente “optativo” dos JP (pois além de confundi-los com meios não jurisdicionais, tal entendimento vai de encontro ao sentido das regras do art. 64.º do CPC); viabilização de JPs de segundo grau; contemplação da matéria penal já prevista no n.º 2.º do art. 9.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho revista pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho; competência executiva para suas próprias decisões condenatórias; e alargamento dos JPs para todo o país.

Mas além dessas propostas que fazem parte da adenda A do relatório, outras solicitações foram repetidas como nos anos precedentes, como por exemplo, a previsão de um quadro de pessoal próprio, alterações sobre procedimentos cautelares,

¹⁴⁸ Nas palavras do Relatório Anual 2016: “Como, por exemplo, no Brasil com os seus Juizados Especiais e a sua Turma Recursal, em edifícios simples ou num barco à procura de problemas para solucioná-los, nas aldeias mais solitárias” (CJP, 2016, p. 4).

modernização nas formas de citação e nos meios probatórios como também modificação no recolhimento de custas.

3.9. Indicadores da mediação nos JPs após a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril

Como referido anteriormente, desde a exigência da apresentação de relatórios anuais pelo Conselho dos Julgados de Paz notou-se uma inovação constante no sentido de aperfeiçoamento dos dados coletados, bem como da forma de apresentação dos mesmos. Os relatórios contêm dados na forma individualizada, ou seja, por julgado de paz, e agregada. Para o atendimento dos objetivos da presente investigação foram analisados dados na forma agregada no período de cinco anos (2013 a 2017), para assim, representar a realidade dos JPs em seu conjunto.

A análise dos dados sobre mediação foi feita por meio de gráficos elaborados a partir dos dados publicados pelo CJP nos seus relatórios anuais¹⁴⁹ no período de 2013 a 2017, os quais tiveram o intuito de comparar a partir do número de processos distribuídos e findos (Gráfico 1), o total de processos findos quanto ao tipo de resolução (Gráfico 2), os tipos de acordo dos processos findos (Gráfico 3), o percentual de processos resolvidos por mediação (Gráfico 4), o percentual de recusas da mediação (Gráfico 5) e, por fim, a eficácia da mediação (Gráfico 6).

De acordo com o relatório anual 2018 (CJP, 2018, p. 2), em 2013 foram distribuídos 10.613 processos; em 2014, o número foi de 10.494; no ano de 2015 foram 9.314; em 2016, o total foi de 8.102, e em 2017 foram distribuídos 7.777 processos. Quanto aos processos findos no mesmo período, consta no documento (CJP, 2018, p. 2) que em 2013 estes totalizaram 10.395; em 2014 foram 9.755; em 2015 somaram 9.167; em 2016 alcançou o total de 8.461; e em 2017, o número foi de 7.675 processos, conforme o Gráfico 1.

¹⁴⁹ Disponível em: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/>.

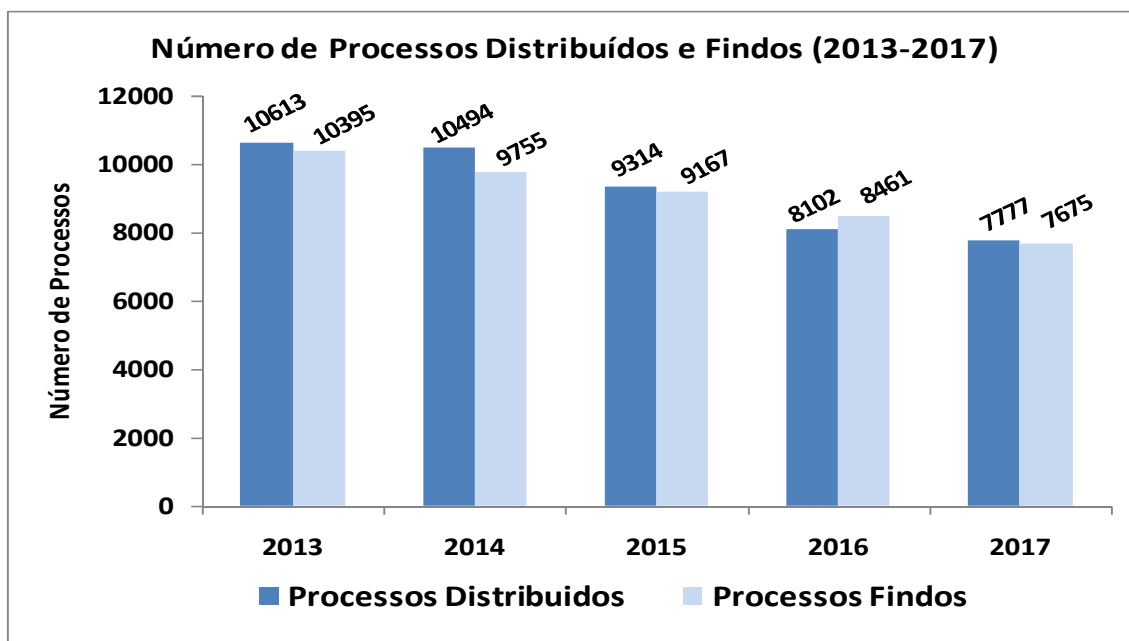


Gráfico 1. Relação de processos distribuídos e findos (2013-2017). Elaborado a partir de dados disponibilizados pelo CJP.

Relativamente ao tipo de resolução obtida ao final do processo, aqueles que tiveram sua conclusão por julgamento em 2013 representaram 3.309 do total dos findos; em 2014 foram 3.054; em 2015 o número foi de 3.026; em 2016 totalizaram 2.906; e em 2017 foram 2.646. Quanto ao total de processos findos por acordo, em 2013 somaram 4.480; em 2014 foram 4.327; em 2015 totalizaram 3.888; em 2016 foram 3.437; e em 2017 o número foi de 3.134. Já os processos findos por outros motivos, em 2013 totalizaram 2.606; em 2014 foram 2.374; em 2015 somaram 2.253; em 2016 foram 2.118; e em 2017 o total foi de 1.895 processos. A distribuição dos processos findos por julgamento, acordo e outros motivos estão graficamente representados no Gráfico 2.

Sobre os tipos de acordo celebrados, no ano de 2013 um total de 2.017 deu-se através da mediação, 1.375 por conciliação e 1.088 por transação¹⁵⁰; em 2014, 1.700 por mediação, 1.565 por conciliação e 1.062 por transação; em 2015 foram 1.431 por mediação, 1.508 através da conciliação e 949 transações; em 2016 foram 1.240 por mediação, 1.367 por conciliação e 830 pela transação; e por fim, em 2017 a mediação representou 1.134 dos acordos, a conciliação, 1.257 e a transação, 743, conforme demonstrado no Gráfico 3.

¹⁵⁰ De acordo com o relatório se refere à transação extraprocessual (CJP, 2017, p. 16).

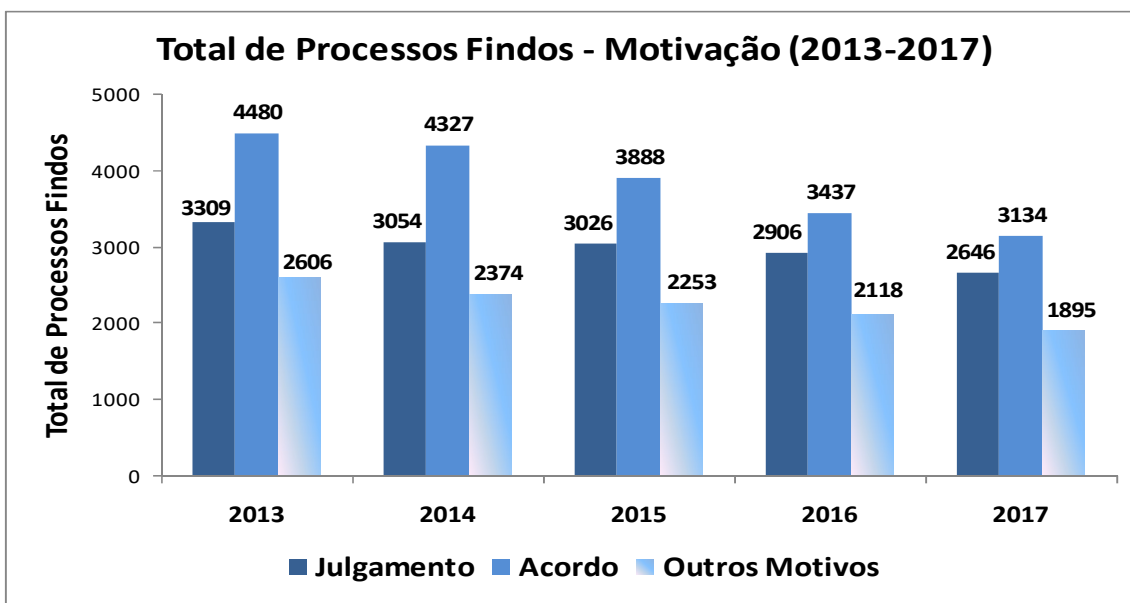


Gráfico 2. Total de processos findos (2013-2017) quanto ao tipo de resolução. Elaborado a partir de dados disponibilizados pelo CJP.

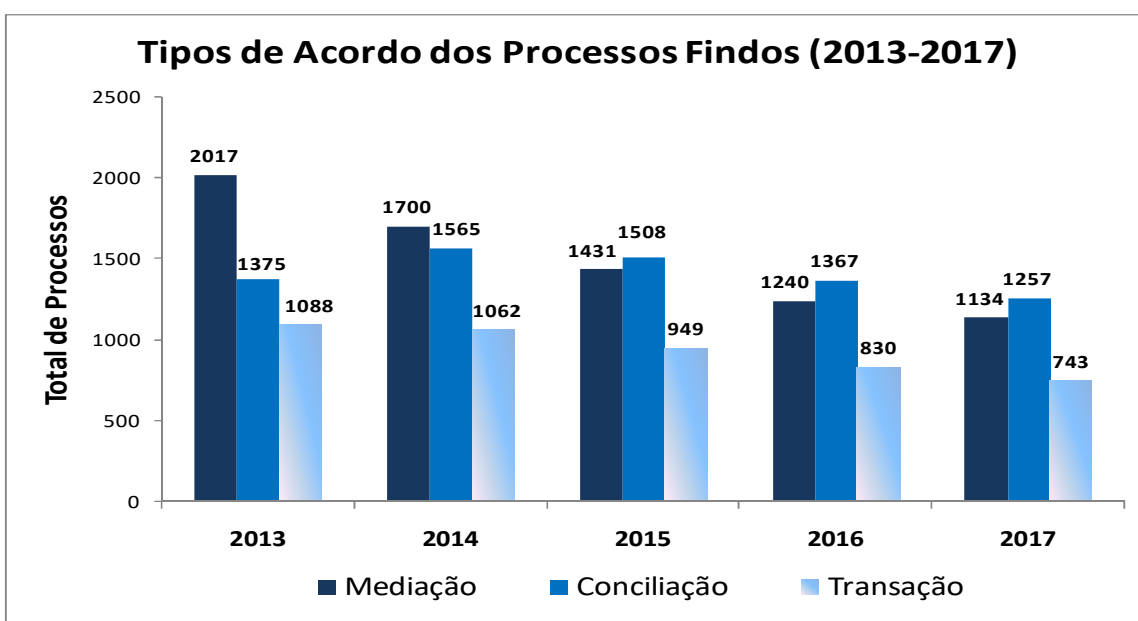


Gráfico 3. Tipos de acordo dos processos findos (2013-2017). Elaborado a partir de dados disponibilizados pelo CJP.

Em relação ao tipo de acordo celebrado pelas partes durante o período analisado, a mediação teve maior representatividade no biênio que se seguiu à promulgação da Lei da Mediação, contudo, os dados demonstram que a conciliação passou a ter maior importância a partir de 2015, conforme já apresentado no Gráfico 3.

A mediação que chegou a representar 45% e 39,3% em 2013 e 2014 respectivamente, atingiu um platô e passou a ter uma participação média constante de

36% nos três anos seguintes. Já a conciliação manteve uma tendência constante de aumento entre os tipos de acordo, a saber: 30,7% em 2013; 36,2% em 2014; 38,8% em 2015; 39,8% em 2016 e 40,1% em 2017. A transação, por sua vez, manteve-se sempre com a menor representatividade, cuja participação esteve sempre na casa dos 24%.

Relativamente ao percentual dos processos findos que acabaram por ser resolvidos através da mediação, no período de 2013 a 2017, é possível identificar que houve uma diminuição constante de 2013 a 2016. Contudo, no biênio final da análise pôde-se constatar a manutenção das taxas percentuais de resolução por mediação da ordem dos 14,75% em relação ao total de processos findos, conforme o Gráfico 4.

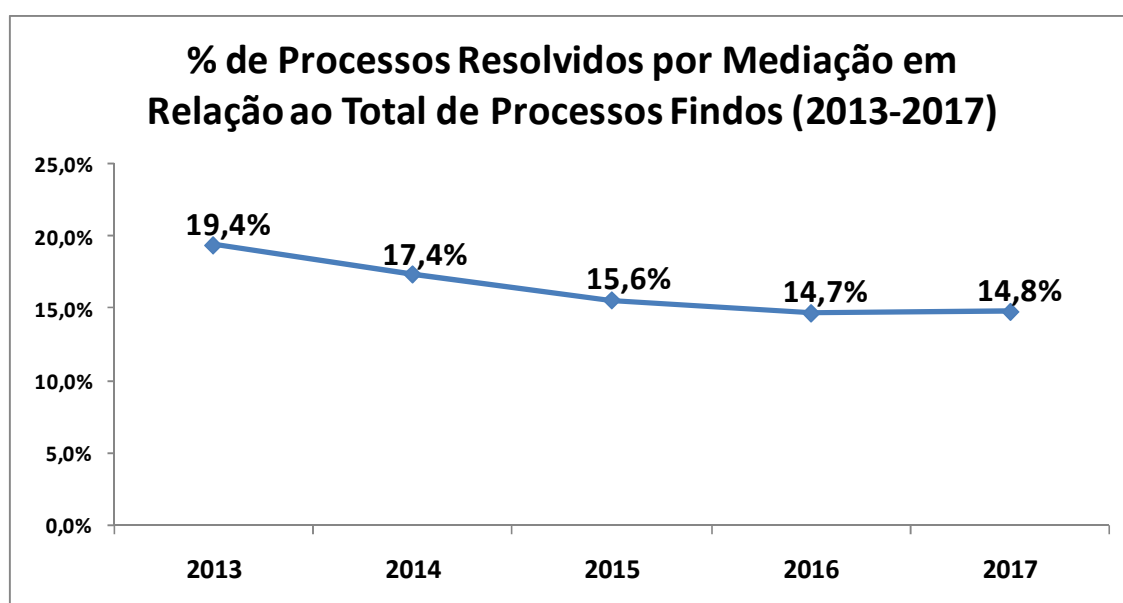


Gráfico 4. Percentual de processos resolvidos por mediação em relação ao total de processos findos. Elaborado a partir de dados disponibilizados pelo CJP.

A respeito das recusas à mediação, em 2013 foram 4.915 os casos, o que representou 47% do total daquele ano; em 2014 as recusas foram da ordem de 4.045, o que representou 41%; em 2015 foram 3.754, representando 41%; em 2016 as recusas atingiram 3.362, o que representou 40%, e por fim em 2017 foram 2758 as negativas para mediação, ou 36%. O Gráfico 5 expressa o percentual de recusas da mediação por ano durante o período analisado.

Pela análise dos dados percebe-se que desde a promulgação da Lei da Mediação até 2017 há uma tendência para maior aceitação da mediação pelas partes. Prova disso é que as recusas tiveram uma queda de 25% na comparação entre 2013 e 2017, conforme se pode verificar através do Gráfico 5.

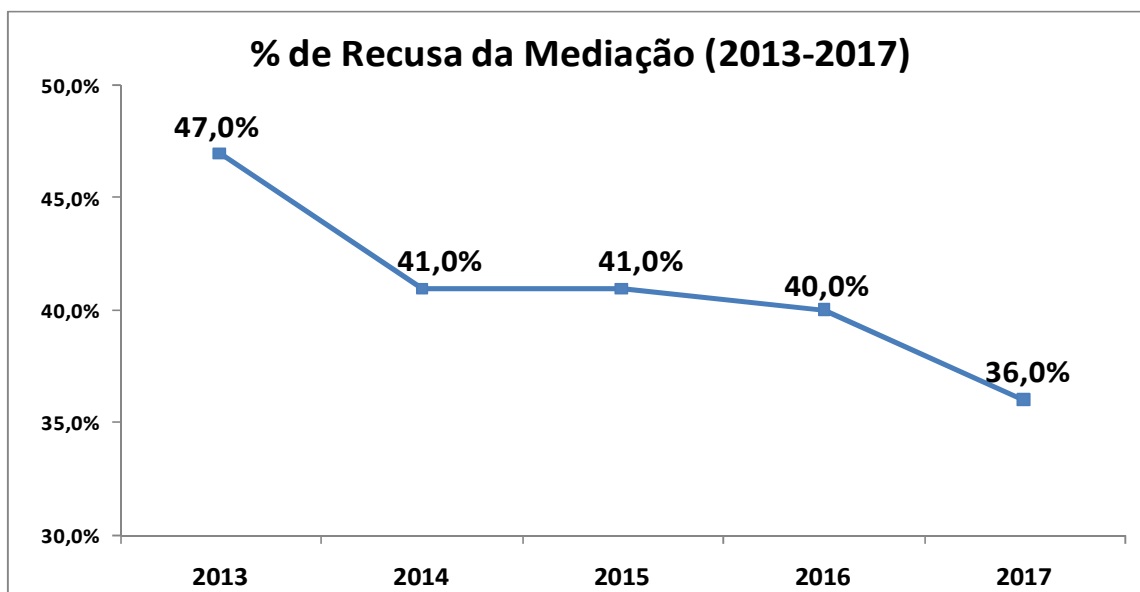


Gráfico 5. Percentual de recusa na mediação (2013-2017). Elaborado a partir de dados disponibilizados pelo CJP.

Relativamente à eficácia da mediação, o relatório anual 2018 (CJP, 2018, p. 18) infere que a mesma é obtida a partir da razão entre número de acordos obtidos face às mediações realizadas, assim:

$$\text{Eficácia da Mediação} = \frac{\text{Número de Acordos}}{\text{Mediações Realizadas}}$$

Para o ano de 2013 das 2.881 mediações realizadas, 1.698 terminaram em acordo, o que representou um percentual de 58,9% de eficácia (CPJ, 2014, p. 13). Em 2014, das 2.884 mediações realizadas, 1.700 terminaram em acordo, representando novamente um percentual de 58,9% de eficácia (CPJ, 2015, p. 26). Em 2015, das 2.464 mediações realizadas, 1.431 terminaram em acordo, o que fez com que a eficácia da mediação se mantivesse na ordem dos 58% (CJP, 2016, p. 15).

Contudo, o percentual da eficácia da mediação passou a diminuir a partir do ano de 2016, e das 2.327 mediações realizadas, 1.241 terminaram em acordo, o que significa um índice de 53,3% de eficácia (CJP, 2017, p. 18). Em 2017, das 2.091 mediações realizadas, 1.134 terminaram em acordo, o que representou 54,2% de eficácia (CJP, 2018, p. 18). Tais percentuais podem ser observados a partir do Gráfico 6.

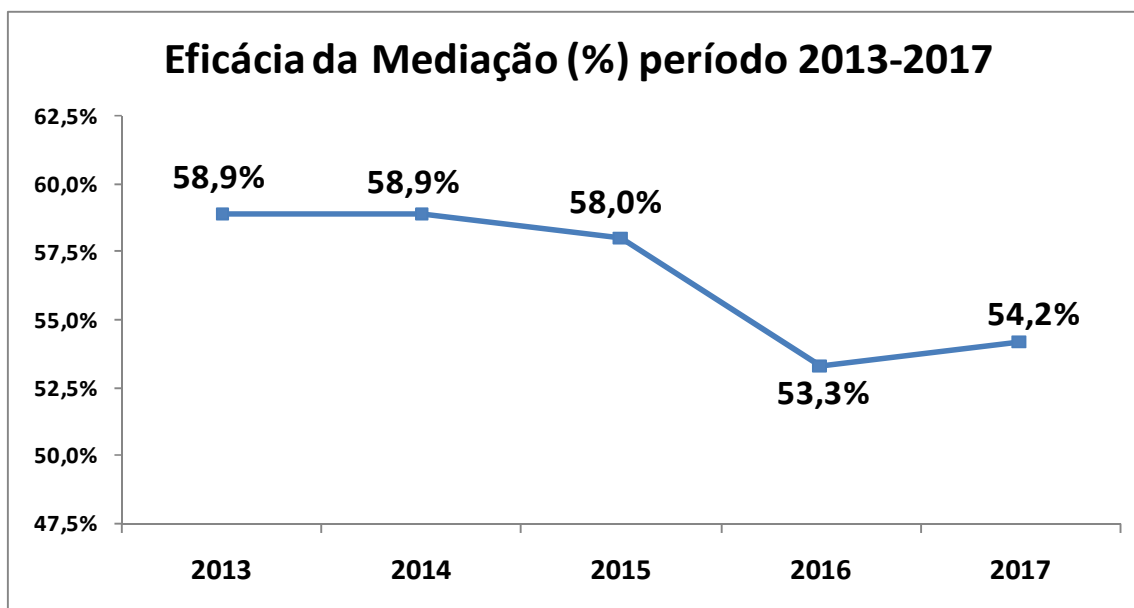


Gráfico 6. Eficácia da Mediação (%). Elaborado a partir de dados disponibilizados pelo CJP.

Pela análise do Gráfico 6 é possível perceber que no ano da aprovação da Lei da Mediação e no biénio imediatamente a seguir, correspondendo aos três primeiros anos da análise, a eficácia da mediação manteve-se na ordem dos 58%. Contudo, nos dois anos seguintes sofreu uma queda para 53,3% e depois uma ligeira subida para 54,2%. Importante ressaltar que a eficácia aqui considerada não está ligada à satisfação dos utentes com o método a qual será analisada a seguir pelos dados dos CJP e da DGPI.

3.10. Satisfação dos utentes com os meios de RAL

De acordo com o relatório anual 2013 do Conselho até aquele ano (CJP, 2013, p. 35) o nível de satisfação representou 87,09% de um total de 1251 inquéritos recebidos. Em 2014 foram 84% de um total de 3420 inquéritos recebidos (CJP, 2014, p. 38). Em 2015 do total de 4318 inquéritos 89% ficaram satisfeitos (CJP, 2015, p. 39). No ano de 2016 houve alteração no método de avaliação do inquérito de satisfação dos utentes, razão pela qual não foi auferido em média percentual como nos anteriores, mas pode-se dizer que obteve bons níveis de classificação, vez que numa escala de 0 a 3 o menor número obtido foi 2,37 (CJP, 2016, p. 237). No ano seguinte em 2017 esse número subiu para 2,40 (CJP, 2017, p. 150).

Também é possível avaliar a satisfação dos utentes por meio dos relatórios emitidos anualmente pela DGPJ¹⁵¹. Nesses documentos, denominados de “acompanhamento dos meios de RAL”, são avaliados vários critérios de eficiência pelas partes que utilizam os JPs, centros de arbitragem e serviços de mediação pública. Tendo em vista o objetivo da presente investigação restringiu-se à análise da mediação praticada nos JPs a partir do ano de 2013, quando houve a promulgação da Lei da Mediação, portanto, somente os resultados dos inquéritos quanto a esses órgãos foram considerados¹⁵².

No primeiro relatório de 2013 (DGPJ, 2013, p. 11), especificamente sobre os JPs apenas um dos vinte e quatro indicadores apresentou valor médio entre 7 e 8 pontos, correspondendo ao nível de “satisfação”. Dos restantes vinte e três indicadores, quinze apresentaram valor médio entre 8 e 9 pontos, correspondendo ao nível de “muita satisfação” e oito apresentam valor médio entre 9 e 10 pontos, correspondendo a um nível extremo de “muita satisfação”.

As dimensões mais bem classificadas pelos utentes dos JPs são o funcionamento, o juiz de paz responsável pelo processo e a lealdade. O valor da média do conjunto das dimensões estudadas no inquérito aplicado aos JPs situou-se nos 8,5 pontos em 10 possíveis sendo este o valor mais elevado dentre os três meios de RAL considerados, o que corresponde ao nível de “utentes muito satisfeitos” de um total de cento e cinquenta e seis observações válidas (DGPJ, 2013, p. 11). Sobre a dimensão de lealdade a esses meios, isto é, a intenção de voltar a recorrer aos meios de RAL em caso de necessidade, a pontuação alcançou 8,7 em 10 possíveis, o que, de acordo com Pedro

¹⁵¹ A DGPJ é um serviço do Ministério da Justiça instituído pelo DL n.º 163/2012, de 31 de julho com a missão de prestar apoio técnico, acompanhar e monitorar políticas, organizar e fomentar o recurso aos tribunais arbitrais, aos JPs e a outros meios extrajudiciais de resolução de conflitos, assegurando o planeamento estratégico e a coordenação das relações externas e de cooperação, e é responsável pela informação estatística da área de justiça. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/home/>.

¹⁵² De acordo com a DGPJ (DGPJ, 2013, p. 4) a fim de dar cumprimento ao previsto no objetivo 13 do quadro de avaliação e responsabilização (QUAR), são realizados inquéritos junto aos utentes dos meios de RAL nos JPs, centros de arbitragem e mediação. Estes inquéritos, denominados de barómetros da qualidade, visam monitorar a qualidade dos serviços prestados nesses centros e o nível de satisfação dos utentes. Ainda de acordo com a DGPJ tais questionários consistem em adaptações para a realidade portuguesa do documento *Handbook for Conducting Satisfaction Surveys Aimed at Court Users in Council Of Europe's Member States*, elaborado pela CEPEJ-GT-QUAL com base no trabalho de Jean Paul Jean e de Hélène Jorry e adotado pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) na 15ª reunião plenária em 9 e 10 de Setembro de 2010 em Estrasburgo. Ressalta-se que nas 24 perguntas cujas respostas não eram obrigatórias, foram utilizadas escalas, cujos valores de resposta variavam entre 1 e 10, onde de 1 a 3 pontos representa participantes muito insatisfeitos; entre 3 e 5 pontos representa participantes insatisfeitos; de 5 a 8 pontos representa participantes satisfeitos; entre 8 e 10 pontos representa participantes muito satisfeitos.

Miguel Alves Ribeiro Correia¹⁵³, representa valor muito elevado e permite inferir que os utentes do Sistema de Justiça que experimentam os meios RAL ficaram satisfeitos (DGPJ, 2013, p. 7).

Nos indicadores de 2014 (DGPJ, 2014, p. 6) o consultor ressalta que, tal como sucedeu no ano de 2013 em qualquer um dos três meios de resolução alternativa de litígios considerados no estudo, todos os indicadores apresentaram um valor médio superior a 7 pontos em 10 possíveis, valor que corresponde ao nível de “satisfação”. Nos JPs seis indicadores apresentam valor médio entre 8 e 9 pontos, correspondendo ao nível de “muita satisfação”. Os restantes dezoito indicadores apresentam valor médio entre 9 e 10 pontos, correspondendo a um nível extremo de “muita satisfação”. Sobre a lealdade face aos meios RAL o valor 9,1 pontos em 10 possíveis foi considerado elevado e ratificou a intenção dos utentes do Sistema de Justiça em voltar a recorrer a estes serviços caso houvesse necessidade. Para o relatório, comparativamente ao exercício anterior (2013) houve melhoria (aumento médio de 0,37 pontos por indicador) em todos os indicadores constantes do estudo (DGPJ, 2014, p. 7).

No documento de 2015 (DGPJ, 2015, p. 7), o consultor destaca que à semelhança dos anos anteriores todas as sete dimensões consideradas apresentaram valores superiores a 8 pontos em 10 possíveis, número correspondente a um nível de “utentes muito satisfeitos”. As avaliações médias correspondentes a 9,1 pontos no tocante à dimensão lealdade face aos meios RAL reforçaram a intenção dos utentes em utilizar tais serviços se preciso fosse. Ao nível dos JPs, quatro indicadores apresentaram valor médio entre 8 e 9 pontos, correspondendo ao nível de “muita satisfação”. Os restantes vinte indicadores apresentam valor médio entre 9 e 10 pontos, correspondendo a um nível extremo de “muita satisfação”. Face ao exercício de 2014, no exercício de 2015 foi possível verificar uma melhoria em dezesseis indicadores constantes do estudo (aumento da média dos indicadores em 0,03 pontos).

No relatório anual de 2016 (DGPJ, 2016, p. 7-8), da mesma forma que os anteriores, destacou-se que todas as sete dimensões consideradas apresentaram valores superiores a 8 pontos, onde a dimensão lealdade face aos meios RAL atingiu avaliações médias correspondentes a 9,3 pontos. O consultor realça que além dos valores muito elevados observados nesse ano, houve aumento em vinte e nove das médias das pontuações do conjunto das vinte e quatro questões e do conjunto das sete dimensões

¹⁵³ Consultor da DGPJ e autor dos relatórios analisados.

analisadas. Ao nível dos JPs, três indicadores apresentam valor médio entre 8 e 9 pontos, correspondendo ao nível de “muita satisfação”. Os restantes vinte e um indicadores apresentam valor médio entre 9 e 10 pontos, correspondendo a um nível extremo de “muita satisfação”. Face aos exercícios de 2013, 2014 e 2015, no exercício de 2016 foi possível verificar melhorias em todos os indicadores constantes do estudo.

No exercício de 2017 (DGPJ, 2017, p. 7), ao nível dos JPs, todos os vinte e quatro indicadores apresentam valor médio entre 9 e 10 pontos, correspondendo a um nível extremo de “muita satisfação”. Globalmente, considerando os meios de resolução alternativa de litígios como um todo, treze dos vinte e quatro indicadores apresentam valor médio entre 8 e 9 pontos, correspondendo ao nível de “muita satisfação”. Os restantes onze indicadores apresentaram valor médio entre 9 e 10 pontos, correspondendo a um nível extremo de “muita satisfação”. Face aos exercícios anteriores foi possível verificar um aumento da média dos indicadores exceto em comparação a 2016. O relatório (DGPJ, 2017, p. 10-26) destaca ainda que o valor da média do conjunto das dimensões estudadas no inquérito aplicado aos JPs situou-se nos 9,6 pontos em 10 possíveis sendo este o valor mais elevado de entre os três meios RAL considerados, o que corresponde ao nível de “utentes muito satisfeitos”. Da mesma forma que nos anos anteriores no exercício de 2017 a lealdade face aos meios RAL registrou elevados valores (9,4 pontos em 10 possíveis), com uma subida de 0,1 pontos relativamente a 2016.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 3

O terceiro capítulo tratou sobre os JPs; primeiramente, com um recorte histórico sobre as origens até chegar a sua consagração em nível constitucional como categoria de tribunal previsto no art. 209.º da CRP. Em seguida foram abordados os aspectos gerais, os princípios e finalmente, lembrou-se a influência dos JECs brasileiros como modelo para a realidade portuguesa.

Posteriormente tratou-se da mediação praticada nos JPs e foram listados os principais comentários do CJP no período pré e pós Lei da Mediação. O fechamento do capítulo trouxe os indicadores oficiais referentes à mediação disponibilizados pelo supracitado Conselho bem como os resultados do nível de satisfação dos utentes auferidos pela DGPJ, ambos no período compreendido entre 2013 e 2017.

A respeito das origens dos JPs há unanimidade entre os autores em afirmar que não se tratam de novidade no ordenamento jurídico português, o que não ocorre em relação à natureza desses órgãos. Enquanto alguns o situam dentre os meios alternativos com base no entendimento do STJ no Acórdão n.º 11/2007, outros lhe atribuem o *status* de tribunal com fundamento na previsão constitucional já mencionada.

Vargas (2006, p. 115) afirma que os JPs possuem natureza jurídica de um “meio misto” revelada pela estrutura bipartida que abrange tanto a mediação realizada pelo mediador como o julgamento proferido por um juiz de paz; e completa: se por um lado possui matérias de competência própria e decisões com imperatividade e autoridade próximas de um verdadeiro tribunal, de outro, sua atuação voltada para o estímulo da justa composição pelo acordo lhe aproxima dos meios alternativos.

Sobre a possível influência dos JECs brasileiros nos JPs, além do exposto reconhecimento no supracitado Acórdão do STJ, a doutrina, especialmente Vargas (2006, p. 103) refere a similitude existente na base principiológica dos diplomas português e brasileiro. Mas ainda que se perceba tal aproximação em nível legislativo, os JPs e os JECs ainda se tratam de realidades distintas em cada um dos países. Porém, pela análise dos últimos relatórios do CJP concluiu-se que esta distância tende a diminuir caso sejam aceitas e adotadas as sugestões de modificações legislativas em Portugal.

Dentre tais mudanças destacam-se: a criação de quadro próprio de pessoal; a criação de um julgado de paz de 2.º grau; a previsão de competência executiva relativa às suas próprias decisões condenatórias; a retirada do caráter meramente “optativo” dos JPs; o alargamento da competência material dos JPs aos crimes de “menor potencial ofensivo”.

A primeira alteração visa dar solução ao problema constante observado em todos os relatórios anuais não somente quanto à falta de JPs em si como também de juizes de paz e funcionários próprios.

A segunda contesta a apreciação das decisões dos juizes de paz por um tribunal judicial de 1.ª instância, por revelarem uma discriminação desabonadora ou mesmo uma diminuição judiciária da função exercida, o que vai de encontro à política de valorização da mediação que se considera adequada.

A terceira possui dupla finalidade. Além do fortalecimento dos JPs enquanto instituição já que atualmente possuem competência meramente declaratória, também ocasionarão indiretamente a diminuição de execuções perante os tribunais judiciais.

Sobre a quarta alteração há divergência na doutrina sobre a tese da exclusividade da competência dos JPS mesmo após a uniformização de jurisprudência trazida pelo Acórdão n.º 11/2007 do STJ cujo entendimento foi no sentido de que a competência material dos JPs é alternativa relativamente aos tribunais judiciais de competência territorial concorrente.

A respeito do alargamento da competência material dos JPs para os crimes de menor potencial ofensivo, pode-se dizer que se encontra em plena sintonia com a tendência da mediação aplicada ao processo penal como já ocorre em outros países como Brasil, EUA e França.

No que tange aos indicadores, sobre o percentual dos processos finalizados por meio da mediação, foi possível identificar um decréscimo constante de 2013 até 2015 e nos últimos dois anos a mediação se manteve na média de 14,75% do total de processos findos. Já quanto ao tipo de acordo celebrado durante o período analisado, a mediação apresentou resultados superiores aos demais métodos nos dois primeiros anos da promulgação da Lei da Mediação, mas a partir de 2015 ficou aquém da conciliação. No que se refere à recusa do método estas apresentaram uma queda de 25% na comparação entre 2013 e 2017 demonstrando que desde a promulgação da lei houve uma tendência para maior aceitação da mediação pelas partes. Sobre a eficácia, percebeu-se que no ano da aprovação da Lei da Mediação e no biênio imediatamente a seguir, a eficácia manteve-se na ordem dos 58% e nos anos seguintes sofreu pequena queda para 53,3% e 54,2% respectivamente.

Sobre o nível de satisfação dos utentes os relatórios anuais do Conselho apresentaram os seguintes números: até 2013 representou 87,09% de um total de 1251 inquéritos recebidos. Em 2014 foram 84% de um total de 3420 inquéritos recebidos. Em 2015, 89% do total de 4318. Em 2016 numa escala de 0 a 3 obteve 2,37 como menor número dentre os critérios avaliados. Em 2017 esse número subiu para 2,40.

O nível de satisfação dos utentes com os meios de RAL avaliado pela DGPIJ numa escala de 0 a 10 pontos obteve os seguintes números em relação aos JPs: em 2013 o valor médio dos indicadores foi de 8,5 pontos o qual corresponde ao nível de “utentes muito satisfeitos” e quanto à lealdade aos métodos que significa a intenção de voltar a

recorrer aos meios de RAL em caso de necessidade, a pontuação alcançou 8,7 em 10 possíveis. Em 2014 a maioria dos indicadores situou-se entre 9 e 10 pontos que corresponde ao nível extremo de “muita satisfação” e a lealdade atingiu o patamar de 9,1. Em 2015 os valores médios dos indicadores permaneceram entre 9 e 10 assim como o quesito lealdade se manteve no índice de 9,1 pontos. Em 2016 houve melhora em todos os indicadores com pontuações sempre superiores a 8 pontos e na maioria (vinte e um do total de vinte e quatro) a pontuação situou-se entre 9 e 10. A dimensão lealdade face aos meios RAL alcançou a média de 9,3 pontos. Em 2017 a média de todos os indicadores foi entre 9 e 10 pontos, correspondendo a um nível extremo de “muita satisfação” e a lealdade registrou 9,4 pontos.

Em todos os anos analisados o valor da média do conjunto das dimensões dos JPs foi o mais elevado entre os três meios considerados (JPs, centros de arbitragem e sistemas públicos de mediação) nos inquéritos aplicados pela DGPIJ; assim como as avaliações do CJP apresentaram uma tendência crescente em todos os indicadores. Em ambos os casos se destaca o critério da lealdade, o qual corresponde à intenção de voltar a recorrer ao método em caso de necessidade, que obteve os maiores números dentre os indicadores.

CONCLUSÃO DA DISSERTAÇÃO

A pesquisa que ora se conclui utilizou-se do método dedutivo de investigação científica, partindo da análise de relatórios e indicadores oficiais da mediação nos JPs disponibilizados anualmente pelo CJP, bem como de inquéritos de satisfação sobre os meios de RAL realizados pela DGPJ, para responder às seguintes proposições a respeito do tema aventado: a mediação pode ser apontada como meio extrajudicial mais adequado para resolução dos pequenos conflitos? Houve aumento no número de acordos por mediação nos JPs após a promulgação da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril? Foram atingidas as finalidades da mediação no período analisado?

Visando alcançar o objetivo principal de verificar os resultados práticos da Lei da Mediação nos JPs quanto à consecução de seus fins, dividiu-se a análise em três capítulos. O primeiro, intitulado “resolução alternativa de litígios”, pretendeu verificar a relação entre o fenómeno da explosão da litigiosidade, a crise da Justiça e os meios de ADR; o segundo, denominado “mediação de conflitos”, visou estudar a mediação de conflitos em Portugal desde as origens pelos juizes de paz até a promulgação da lei específica sobre o assunto; e por fim, o terceiro, chamado “julgados de paz”, teve como principal objetivo comparar os resultados da mediação nos JPs após a promulgação da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, nomeadamente entre os anos de 2013 a 2017, para avaliar os possíveis reflexos da lei e se foram atingidas as finalidades da mediação no período analisado.

No primeiro capítulo fez-se um breve relato dos meios de defesa desde a autotutela até a jurisdição participativa, quartel onde se situa a transição de regimes e a separação de Poderes que deu origem aos tribunais. Baseando-se na teoria contratualista e no positivismo jurídico defendeu-se que o reconhecimento de direitos pelos Estados Constitucionais (onde se inclui o direito de acesso à justiça) foi um dos fatores que levaram ao aumento da demanda processual e à crise do Sistema Judiciário.

Sobre a referida crise constatou-se a existência de vários ciclos: primeiramente, na década de 1930 nos EUA; e, num segundo momento entre as décadas de 1960 e 1970, também em outros países como a França. A essa época é também atribuído o surgimento dos movimentos de desjudicialização bem como dos métodos alternativos de resolução de conflitos da forma como hoje os conhecemos. Em Portugal o início da

década de 1980 após o fim do regime ditatorial é apontada como altura mais crítica que marcou o início dos debates sobre o assunto nos meios jurídico e político.

Concluiu-se o capítulo com a ideia de que a fusão de diversos fatores como o reconhecimento do direito de acesso à justiça em nível constitucional, o aumento da demanda processual, a crise do Judiciário e os movimentos de desjudicialização levaram ao desenvolvimento dos meios de RAL no Ocidente.

No segundo capítulo destacou-se que comparativamente a outros países como EUA e outros vizinhos europeus, Portugal possui um histórico recente no tocante à mediação. Pioneiramente usada de forma tímida nos centros de arbitragem, passou a ser vista como via alternativa e complementar da via judicial em 1997 quando foi oficialmente adotada pelo Gabinete de Mediação Familiar e, de acordo com a maioria da doutrina, obteve consagração com a Lei dos Julgados de Paz de 2001. O incentivo a esse método resolutivo está ligado diretamente à crise da Justiça verificada no início da década de 1980, como solução para os problemas do Judiciário, dentre os quais se destacam o inflacionamento das demandas e a morosidade processual.

Mas além da crise, relembrou-se que Portugal passou a incentivar a mediação em face do compromisso internacional e comunitário assumido perante o Conselho da Europa e União Europeia, o qual propugnava a criação e desenvolvimento dos meios de ADR pelos Estados-membros. A partir de então várias medidas inclusive legislativas têm sido adotadas no país, como é o caso da recente Lei da Mediação de 2013. Apesar disso, parte da doutrina aponta que ainda persiste certa resistência no uso da mediação principalmente por parte dos advogados contaminados pela cultura demandista enraizada na sociedade filiada à família romano-germânica como é o caso da portuguesa.

Também se abordou pontualmente a mediação no sistema jurídico brasileiro por vários fatores dentre os quais se destacam três em especial: primeiro, porque assim como no caso português, foi na década de 1980 que os métodos alternativos de resolução de conflitos avançaram no país; segundo, pela experiência de sucesso com a Lei de Pequenas Causas de 1984, inspirada nas *small claims courts* norte-americanas; terceiro, pela proximidade verificada entre os JECs e os JPs, especialmente na vocação para autocomposição enquanto justiça de proximidade.

A conclusão do segundo capítulo foi que a mediação apresenta mais vantagens do que possíveis empecilhos e que a exitosa experiência de outros países que a adotam e

a utilizam há mais tempo, comprovam sua adequação para resolução de pequenos conflitos. Por isso Portugal deve centrar o debate sobre o acesso à justiça em prol dos utentes e não sobre a melhor solução em termos económicos e operacionais para o Estado, a fim de cumprir os compromissos assumidos internacionalmente e internamente no art. 20.º da CRP.

No terceiro capítulo, sobre os JPs, lembrou-se que “ressurgiram” no ordenamento jurídico português e foram reconhecidos como categoria de tribunal pelo art. 209.º da CRP, mas há divergência doutrinária na classificação desses órgãos em função da já mencionada uniformização jurisprudencial pelo Supremo Tribunal de Justiça de 2007 que declarou o carácter optativo dos JPs pelas partes. Ultrapassada a parte teórica do capítulo sobre o procedimento da mediação passou-se à parte prática onde foram analisados os relatórios tanto do CJP como da DGPI, ambos no período compreendido entre 2013 e 2017.

Sobre as proposições legislativas presentes nos relatórios como a implantação de quadro próprio de pessoal, a criação de um julgado de paz de 2.º grau, a previsão de competência executiva relativamente as suas próprias decisões condenatórias, a retirada do carácter meramente optativo dos JPs e o alargamento da competência material dos JPs aos crimes de menor potencial ofensivo, acredita-se que sejam fundamentais para o fortalecimento desses órgãos e consequentemente da própria mediação.

Mas, além disso, chama atenção o fato de os relatórios apontarem de forma recorrente alguns problemas de ordem estrutural e administrativa que prejudicam os serviços oferecidos pelos JPs em nível quantitativo e qualitativo, são eles: a tímida expansão no número de julgados pelo país e a falta de juizes de paz que acarreta no acúmulo de titularidade de julgados.

No primeiro caso acredita-se que a falta de julgados representa uma verdadeira limitação de acesso ao Judiciário (considerando-se que os JPs são tribunais). Já num segundo plano, teme-se que o acúmulo da titularidade de mais de um julgado por um mesmo juiz de paz prejudique a qualidade do atendimento prestado na mesma proporção em que o acúmulo de processos pelos juizes de direito leva à crise do Sistema de Justiça.

A persistência dessas deficiências presente em todos os relatórios analisados contrasta com o reconhecimento da importância e papel desempenhado pelos JPs

também ressaltados nos mesmos documentos, além de ir de encontro com a política de valorização dos meios de RAL assumidas pelo Estado português em nível comunitário.

Sobre os indicadores do CJP, o percentual dos processos finalizados por meio da mediação apresentou uma diminuição nos dois primeiros anos após a lei, mas se manteve constante (na média de 14,75% do total de processos findos) a partir de 2015, ficando aquém da conciliação, de onde se conclui, a partir do papel desempenhado pelo terceiro facilitador em ambos os métodos, que a atuação mais incidente representada pelo conciliador se sobrepõe à neutralidade do mediador na obtenção de acordos.

No que se refere à recusa do método esta apresentou uma queda de 25% na comparação de todo o período (2013 e 2017) demonstrando que desde a promulgação da lei houve uma tendência para maior aceitação da mediação pelas partes. Já a eficácia da mediação, avaliada a partir do número de acordos obtidos nos processos submetidos à mediação, sofreu uma ligeira diminuição também a partir de 2015, o que reforça o que se disse anteriormente e corrobora uma possível necessidade de revisão da atuação do mediador no procedimento.

No que tange aos índices de satisfação dos utentes, analisados tanto pelo CJP como pela DGPI, estes demonstraram um constante aumento anual, especialmente perante os JPs que obtiveram os maiores números frente aos demais serviços de arbitragem e mediação pública. De acordo com os inquéritos da DGPI a intenção de voltar a recorrer a esse método é extremamente elevada entre seus utilizadores. Vale ressaltar que os critérios analisados não se relacionam à eficácia da mediação, mas sim a aspectos mais subjetivos ligados, sobretudo, ao atendimento e atuação dos agentes e estrutura dos órgãos que prestam os serviços.

Teoricamente a mediação é o meio extrajudicial mais adequado para resolução dos pequenos conflitos perante os JPs tendo em vista que as características do procedimento se harmonizam perfeitamente com a competência, finalidade e vocação desses órgãos; apesar disso é possível dizer que os utentes preferem a segurança e a confiança de meios alternativos mais antigos como a conciliação à “novidade” representada pela Lei da Mediação. Mas a verdade é que, como já anteriormente referido, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril somente compilou em um único documento aquilo que já se encontrava disperso em outros diplomas, mas ao que parece isso não restou claro para a maioria das pessoas, pelo menos a ponto de refletir de maneira positiva perante os JPs.

A queda no número de recusas da mediação foi positiva; porém, a lei não resultou num aumento no número de acordos de mediação, pelo contrário, houve diminuição no número de processos mediados frente à conciliação; além disso, as quedas nos índices de eficácia da mediação demonstram uma provável deficiência na prática do procedimento que pode estar relacionada à neutralidade do terceiro facilitador (vez que a conciliação é preferida à mediação nos JPs), ou à falta do verdadeiro empoderamento das partes para assumir o controle na resolução de seus conflitos, fruto de uma cultura paternalista dos métodos heterocompositivos tão enraizada em nossa sociedade ocidental, argumento que pode ser reforçado pelos baixos índices de transação perante os JPs.

Para se concluir se foram atingidas as finalidades da mediação no período analisado, conjugou-se a teoria e a prática relativamente ao método. Assim, confrontando-se a finalidade da mediação como método que garante ao final do procedimento a figura de dois vencedores verdadeiramente satisfeitos com a superação do conflito com os elevados índices de satisfação dos utentes obtidos nos inquéritos realizados tanto pelo CJP como da DGPI, foi possível deduzir de forma positiva a respeito da questão.

Portanto, as informações colhidas durante a investigação levam a crer que os reflexos da Lei da Mediação nos Julgados de Paz ainda são tímidos, vez que houve pequenas variações nos números percentuais durante o período analisado e somente quanto às recusas ao procedimento o resultado foi positivo. E apesar da diminuição nesse índice, frente aos demais dados analisados, é possível afirmar que as alterações legislativas ainda não foram suficientes para a mudança cultural necessária onde a sociedade acredite e opte pela mediação com prioridade sobre os demais métodos de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Helena - A resolução alternativa de litígios em Portugal: retrospectiva histórico-política. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, V. VI, n.º 22. Curitiba: Bonijuris (junho 2016), p. 49-64.

ANDRADE, Cleide Rocha - *Os litígios conjugais à luz da psicanálise: da repetição sintomática à responsabilização subjetiva na prática da mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. 134 f. Dissertação de Mestrado.

ARAFAM, Mané Clara Moreira Campos & ABREU, Miguel Cancell de - *Arbitragem voluntária e a mediação de conflitos. Legislação comentada dos espaços de língua portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2008. 400 p.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas & BARATA, Carlos Lacerda - *Estudos de direito do consumo*. Vol. V. Lisboa: AAFDL, 2017. 566 p.

BOBBIO, Norberto - *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª impressão. Rio de Janeiro: Elsevier editora, 2004. 96 p. Título original: *L'età dei diritti*.

CALHEIROS, Maria Clara - Os intervenientes na mediação. Advogados e mediadores: qual o seu papel? In CALHEIROS, Maria Clara, coord. e org. - *Uma nova mediação - notas a partir das experiências portuguesa, espanhola e brasileira*. Coleção ciências jurídicas gerais, nº 1. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014, p. 51-62.

CAMPOS, Luís Melo - Mediação de conflitos: enquadramentos institucionais e posturas epistemológicas. In SOUSA, José Vasconcelos, coord. - *A mediação em ação*. Coimbra: Mediarcom/Minerva, 2008. p. 167-195.

CAPELLETTI, Mauro - *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. 163 p. Título original: *Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective*.

CARVALHO, Jorge Morais - A consagração legal da mediação em Portugal. *Julgar*. Coimbra: Coimbra editora, nº 15 (2011), p. 271-290.

CARVALHO, Jorge Morais; FERREIRA, João Pedro Pinto & CAMPOS, Joana Carvalho - *Manual de resolução alternativa de litígios de consumo*. Coimbra: Almedina, 2017. 266 p.

CEBOLA, Cátia Marques - A mediação pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. Ano 70, n.º 1-4 (jan-dez 2010), p. 441-459.

_____- *Resolução extrajudicial de conflitos. Coletânea de Legislação*. Lisboa: QuidJuris, 2011. 416 p.

_____ - Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova lei de mediação em Portugal. *Revista Brasileira de Direito*. Porto Alegre: IMED. V. 11, n.º 2 (jul-dez 2015), p. 53-65.

COELHO, João Miguel Galhardo - *Julgados de paz e mediação de conflitos*. Lisboa: Âncora editora, 2003. 176 p.

CONSELHO DOS JULGADOS DE PAZ - *Relatório anual*, 2013, p. 1-242. Disponível em: http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/relat_estatisticas.asp.

_____ - *Relatório anual*, 2014, p. 1-298. Disponível em: http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/relat_estatisticas.asp.

_____ - *Relatório anual*, 2015, p. 1-318. Disponível em: http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/relat_estatisticas.asp.

_____ - *Relatório anual*, 2016, p. 1-260. Disponível em: http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/relat_estatisticas.asp.

_____ - *Relatório anual*, 2017, p. 1-188. Disponível em: http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/relat_estatisticas.asp.

_____ - *Relatório anual*, 2018, p. 1-150. Disponível em: http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/relat_estatisticas.asp.

CHUMBINHO, João - *Julgados de paz na prática processual civil*. Lisboa: Quid Juris, 2007. 320 p.

_____ - *Os julgados de paz*. In Estudos de direito do consumo. Vol. V. Lisboa: AAFDL, 2017. 566 p.

CUNHA, Jânio Pereira da & GUTIERREZ, Daniel Mota - Jurisdição processual e democracia: advento da audiência de conciliação e de mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à justiça. *Revista Opin. Jur.* Fortaleza: Unichristus. Ano 13, n.º 17 (jan./dez 2015), p.108-131.

CURA, António Alberto Vieira - *Curso de Organização Judiciária*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 308 p.

DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA - *Acompanhamento dos meios de resolução alternativa de litígios*, 2013, p. 1-45. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/relatorio-de_2.

_____ - *Acompanhamento dos meios de resolução alternativa de litígios*, 2014, p. 1-42. Disponível em: www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/accompanhamento-dos-meios.

_____ - *Acompanhamento dos meios de resolução alternativa de litígios*, 2015, p. 1-42. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/relatorio-de_2.

_____ - *Acompanhamento dos meios de resolução alternativa de litígios*, 2016, p. 1-35. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/relatorio-de_3.

_____ - *Acompanhamento dos meios de resolução alternativa de litígios*, 2017, p. 1-32. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/relatorio-de_3.

DROULERS, Diana C. - A mediação na América Latina. In SOUSA, José Vasconcelos. *O que é Mediação*. Lisboa: Quimera, 2002. p. 91-97

DUARTE, Ronnie Preuss - *Garantia de acesso à justiça - os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 372 p.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mário E. S. & MUHR, Diana - *Do conflito ao acordo na era digital. Meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC* [Em linha]. 2ª ed. Doyen editora, 2016. [Consult. 5 Mar. 2019]. Disponível em: WWW:<http://amazon.com.br>.

FARINHO, Soares – As políticas públicas de resolução alternativa de litígios; da alternatividade rumo à seleção apropriada. In RODRIGUES, Maria de Lurdes; GAROUPA, Nuno Magalhães; CONCEIÇÃO, Pedro, Gomes & GUERRA, Rui Fonseca, orgs. *40 anos de políticas públicas de justiça em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 331-368.

FERNANDO, Paula - Políticas públicas de controlo do volume da litigação. In RODRIGUES, Maria de Lurdes; GAROUPA, Nuno Magalhães; CONCEIÇÃO, Pedro, Gomes & GUERRA, Rui Fonseca, orgs. *40 anos de políticas públicas de justiça em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 481-504.

FERREIRA, Jaime Otávio Cardona - *Justiça de paz. Julgados de paz. Abordagem numa perspectiva de justiça/ ética/ paz/ sistemas/ historicidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 124 p.

_____ - *Julgados de paz. organização, competência e funcionamento*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 356 p.

FONSECA, Graça & SILVA, Mariana Vieira da - *Políticas públicas em Portugal*. RODRIGUES, Maria de Lurdes & SILVA, Pedro Adã, org. Lisboa: INCM, 2012. p. 187-194.

FRADE, Catarina - A Resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobreendividamento. *Revista crítica de ciências sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n.º 65, (maio 2003), p. 107-128.

FROTA, Renata Marques da - Mediação e conciliação de conflitos de consumo: uma análise luso-brasileira. In *Revista luso-brasileira de direito do consumo*. Curitiba: Bonijuris. Vol. VI, n.º 22 (jun 2016), p. 161-186.

GOMES, Conceição - *Os atrasos da justiça*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos – FFMS, 2011. 120 p.

GOUVEIA, Mariana França - *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. 360 p.

GOUVEIA, Mariana França & MACHADO Soares, org. *Resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina, 2014. 658 p.

GRAES, Isabel - *O poder e a justiça em Portugal no século XIX*. Lisboa: AAFDL, 2014. 1190 p.

HESPANHA, Antonio Manuel - *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 1998. 658 p.

_____ - *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias de hoje e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007. 822 p.

HUGGINS, Nicole A. - A evolução da utilização de mediação nos EUA. In SOUSA, José Vasconcelos. *O que é mediação*. Lisboa: Quimera, 2002. p. 38-43.

KESSLER, Gladys & FINKELSTEIN, Linda - The evolution of a multi-door courthouse [Em linha]. *Catholic University Law Review*, 1988, p. 577-590. [Consult. 25 Jan. 2019]. Disponível em: <http://WWW.olarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2>.

LAGRASTA, Valeria Ferioli – *Mediação e Conciliação*. São Paulo: IPAM; ENFAM, 2016. 115 p.

LEITE, Gisele - Um Breve Histórico Sobre a Mediação. *Jusbrasil* [Em linha]. Salvador (agosto 2018), p. 1-14. [Consult. 2 Jan. 2019] Disponível em: <https://WWW.professora.giseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512/um-breve-historico-sobre-a-mediacao>.

LOPES, Dulce & PATRÃO, Afonso - *Lei da mediação comentada*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. 304 p.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho & BARROS, Vinícius Diniz Monteiro - Acusação pública no marco do processo democrático e da jurisdição compartilhada. In XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, 2010- *Anais*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010. p. 7599-7613.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de - Notas sobre o conceito de lide. *Revista de doutrina e jurisprudência do TJDF*, n.º 17 [Em linha]. Brasília: Rede Virtual de Bibliotecas. (abril 1985), p. 13-26. [Consut. 03 Mar. 2019]. Disponível em: WWW:https://bdjur.tjdft.jus.Br/.../notas%20sobre%20o%20conceito%20de%20lide.pdf.

PEDROSO, José António Fernandes - *Acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. Tese de Doutoramento. 675 f.

PEREIRA, Albertina - *A mediação e a (nova) conciliação*. Lisboa: DGAE, Ministério da Justiça, 2006. 189 p.

_____ - Mediação e justiça: justiça e mediação. *Universidade Lusíadas*. [Em linha]. Lisboa. N.º 4/5 (2007), p. 208-216. [Consult. 05 Jan. 2019]. Disponível em: WWW:<http://respositorio.Ulusida.pt>.

PEREIRA, Gustavo Henrique Nitão, SOUSA, Mariana Silva de, CHAI, Cassius Guimaraes & SANTOS, Mariana Lucena Sousa - *Mediação e direitos humanos*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do maranhão, 2014. p. 243-261.

PINTO, Alexandre Mota - As Políticas de Promoção da Arbitragem. In RODRIGUES, Maria de Lurdes; GAROUPA, Nuno Magalhães; CONCEIÇÃO, Pedro, Gomes & GUERRA, Rui Fonseca, orgs. *40 anos de políticas públicas de justiça em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 369-480.

PINTO, Alexandre Mota; MENDES, João Pedro Castro - Os princípios gerais aplicáveis à mediação e o regime da mediação civil e comercial em Portugal [Em linha]. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 35. (2013), p. 143-145. [Consult. 28 mar. 2019]. Disponível em WWW: <https://uria.com/documentos/publicaciones/3920/documento/fp2.pdf?id=4807>.

PINTO, Elizabete da Costa - A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos julgados de paz) e mediação privada. In OLIVEIRA, António Cândido & PIRES, César, orgs. *O estado da justiça*. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2017. p. 75-107.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães - Abordagem histórica e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais cíveis e criminais brasileiros. *TJDFT* [Em linha]. Brasília (2008). [Consult. 02 Jan. 2019]. Disponível em: WWW: <https://tjdft.jus.br/institucional/imprensas/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-orian-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>.

PIRES, Alex Sander Xavier - *Pacificação de julgados: estudo descritivo do recurso de inaplicabilidade de la ley e da uniformização de jurisprudência*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho (UGF), 2009. Dissertação de mestrado. 240 f.

_____ - *Súmulas vinculantes e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. 528 p.

RAMOS, F. Silveira - *Dicionário jurídico. Alemão-português*. Coimbra: Almedina, 1995. 528 p.

SALES, Lília Maia de Moras - *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 334 p.

SANDER, Frank & CRESPO, Mariana Hernandez - A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the multi-door courthouse. *University of St. Thomas Law Journal* [Em linha]. Minnesota. Article 4, V. 5, (2008), p. 665-674. [Consult. 05 Jan. 2019]. Disponível em: WWW:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221.

SANTOS, Boaventura de Sousa - *Democratizar a democracia: caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 240 p.

_____ - *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015. 160 p.

SANTOS, Ricardo Goretti - Acesso integral à justiça pela via dos centros multiportas de gestão de conflitos. In CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de A. & SANTOS, Ricardo Goretti, orgs. - *Mediation and Human Rights*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade-DGP-CNPq-UFMA. 2014. p. 42-74.

SHABBEL, Corinna - *Mediação na prática. Abordagem circular-narrativa* [Em Linha]. São Paulo: IGLU Editora, 2016. [Consult. 12 Dez. 2018]. Disponível em: WWW:<http://amazon.com.br>.

SCHMITT, Jean-Pierre Bonafé - *Las justicias de lo cotidiano: los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*. Tradução e adaptação: F.J.Caballero Harriet e A. I. Irizar Gomez, 1998. 140 p.

SCHNEEBALG, Avi - Uma breve história da mediação. In SOUSA, José Vasconcelos. *O que é mediação*. Lisboa: Quimera. 2002. p. 34-36.

SILVA, Paula Costa e - *A nova face da justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2009. 192 p.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da - Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP. Ano XXXIV, n.º 123 (agosto 2014), p. 40-47.

SILVEIRA, João Tiago - A (falta de) gestão nos tribunais. In RODRIGUES, Maria de Lurdes; GAROUPA, Nuno Magalhães; CONCEIÇÃO, Pedro, Gomes & GUERRA, Rui Fonseca, orgs. *40 anos de políticas públicas de justiça em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 505-529.

SOUSA, José Vasconcelos - *O que é mediação*. Lisboa: Quimera, 2002. 194 p.

_____ - *Campos da mediação. Novos caminhos, novos desafios*. Coimbra: Mediarcom/Minerva, 2007. 122 p.

SPENGLER, Fabiana Marion - *Da jurisdição à mediação*. São Paulo: Unijui, 2010. 272 p.

TARTUCE, Fernanda - Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo. V.V. 18, n.º 108, (jul/ago 2017), p. 29-44.

VARGAS, Lúcia Dias - *Julgados de paz e mediação. Uma nova face da justiça*. Coimbra: Almedina, 2006. 216 p.

VEZZULLA, Juan Carlos - *Mediação: teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais*. Alfragide: Agora Publicações, 2001. 125 p.

WYVEKENS, Anne - A justiça de proximidade, aproximar a justiça dos cidadãos? Trad. Jacqueline Sinhoretto. Porto Alegre: *Civitas*. V. 10, n.º 2 (maio-ago 2010), p. 233-244.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli - Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Revista NEJ*. Santa Catarina: Univali. Vol. 17, n.º 2, (maio-agosto 2012), p. 237-253.

Legislação

Código Europeu de Conduta para Mediadores 2004 [Em linha]. [Consult. 9 Nov. 2018]. Disponível em: http://www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_pt.htm.

Constituição da República Portuguesa. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008 [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2018]. Disponível em: <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/uri=CELEX%3A3008L0052>.

Lei n.º 78/2001, de 13 de julho. Julgados de Paz – Organização, Competência e Funcionamento. [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2018]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=724&tabela=leis.

Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Princípios Gerais Aplicáveis à Mediação Civil e Comercial. [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2018]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/Leis/Lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis.

Lei n.º 41/2013, de 26 de julho. Código de Processo Civil. [Em linha]. [Consult. 10 Out. 2018]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis.

Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. Primeira Alteração à Lei n.º 78/2001, de 13 de julho (Lei de Organização, Competência e Funcionamento dos Julgados de Paz). [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2018]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/Leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=1975&pagina=1&ficha=1.

Livro Verde Sobre Modos Alternativos de Resolução de Litígios. 2002. [Em linha]. [Consult. 9 Out. 2018]. Disponível em: http://www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_pt.htm portaria n.º 344/2013 de 27 de novembro.

Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro - Aprova o Regulamento que Disciplina a Organização e o Funcionamento dos Serviços de Mediação Disponíveis nos Julgados de Paz e Estabelece as Condições de Acesso aos Mesmos, Bem como as Regras por que deve Pautar-se a Actividade dos Mediadores de Conflitos. Revoga a Portaria n.º 436/2002, de 22 de Abril. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2018]. Disponível em: <https://www.dre.pt/pesquisa/-/search/589547/details/maximized>.

Portaria n.º 345/2013 de 27 de novembro. Certificação de Entidades Formadoras de Cursos de Mediação de Conflitos. [Em linha]. [Consult. 10 Out. 2018]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2021&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.

Proposta de Lei n.º 116/XII. Estabelece os Princípios Gerais Aplicáveis à Mediação em Portugal, bem como os Regimes Jurídicos da Mediação Civil e Comercial, dos Mediadores e da Mediação Pública. [Em linha].[Consult. 1 Out. 2018]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=37369>.