

Reflexão sobre a Constitucionalidade da Mediação Pré-processual Obrigatória

Reflection on the Constitutionality of Pre-litigation Compulsory Mediation

Maria Jerónimo

Mestranda em Direito – Forense e Arbitragem na Faculdade de Direito da Universidade Nova
de Lisboa

Rua Rogério Amaral, n.º 4, 3.º Dto., 1500-517 Lisboa

mariabertajeronimo94@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-5092-731X>

Fevereiro 2018

RESUMO: A mediação pré-processual obrigatória suscita vários problemas jurídicos, nomeadamente quando posta em confronto com o direito fundamental de acesso aos tribunais. Com efeito, alguns ordenamentos jurídicos elevaram-na a pressuposto processual, exigindo às partes o recurso a este meio de resolução alternativa de litígios antes da instauração da devida ação judicial. O principal problema surge se considerarmos que ela pode afastar a possibilidade de os cidadãos recorrerem aos tribunais como forma de solucionar os seus problemas, o que consubstanciaria uma inconstitucionalidade. É, então, necessário ponderar se um tal sistema se adequa às exigências constitucionais de acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação pré-processual obrigatória; constitucionalidade; direito de acesso aos tribunais; tutela jurisdicional efetiva; pressuposto processual; garantias; due process; descongestionamento processual; voluntariedade.

ABSTRACT: Pre-litigation compulsory mediation raises several legal issues, especially when confronted with the fundamental right of access to the courts. In fact, some legal systems have elevated it to the rank of a procedural premise, requiring the parties to solve their problems through this alternative dispute resolution mechanism before initiating a court proceeding. However, the main problem arises if we consider that it can rule out the possibility of citizens to appeal to the courts as a way of solving their problems, which would contravene the Portuguese Constitution. Thus, it is necessary to consider whether such a system fits the Portuguese constitutional requirements of access to justice.

KEY WORDS: Pre-litigation compulsory mediation; constitutionality; right of access to the courts; effective judicial protection; procedural assumption; guarantees; due process; courts; procedural diminishing; voluntariness.

SUMÁRIO*

1. Introdução
 2. Enquadramento da questão
 3. O Direito de acesso aos Tribunais e a garantia de tutela jurisdicional efetiva
 4. Compatibilidade da mediação pré-processual obrigatória com o direito de acesso aos Tribunais e a garantia de tutela jurisdicional efetiva
 - 4.1. A posição da doutrina portuguesa
 - 4.2. Análise de Direitos estrangeiros
 - 4.3. Posição adotada
 5. Conclusão
- Bibliografia

* Lista de abreviaturas e siglas

BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
EUA	Estados Unidos da América
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

1. Introdução

As práticas auto-compositivas têm ganho destaque porque simplificam os caminhos de resolução de litígios e aproximam os cidadãos ente si, sendo incluídas nos ordenamentos jurídicos como meios de resolução alternativa dos conflitos.

Nessa medida, a mediação representa um grande avanço, surgindo como resposta à crise que assola a Justiça, advinda de um exagerado congestionamento processual nos tribunais judiciais, da morosidade no andamento das ações e também dos elevados custos financeiros associados a esse acesso.

É neste contexto que o direito constitucionalmente garantido de livre acesso aos tribunais tem sofrido limitações. Uma dessas limitações pode passar pela adoção de um sistema de mediação pré-processual obrigatória.

Traduzindo tal sistema uma restrição ao direito fundamental de acesso aos tribunais, pergunta-se se tal sistema é compatível com a nossa Lei Fundamental e com os diversos instrumentos internacionais que consagram esse mesmo direito. Por outras palavras, pode o Estado criar barreiras no acesso imediato dos particulares aos tribunais, nomeadamente, impondo o recurso a uma instância de resolução autónoma de conflitos enquanto pressuposto de admissibilidade do recurso aos tribunais? Esta questão será analisada no âmbito do processo civil e constitui o objeto deste artigo.

2. Enquadramento da questão

Há sistemas jurídicos que impõem o recurso à mediação antes de se recorrer a outros meios de resolução do litígio - são os chamados sistemas de mediação obrigatória - como o italiano e o de alguns Estados da Alemanha.

A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, vinculativa para os Estados-membros no que diz respeito a litígios transfronteiriços, adota uma posição descomprometida sobre esta questão, admitindo no seu artigo 5.º qualquer sistema, não afastando sistemas que imponham o recurso obrigatório à mediação.

Em Portugal não se adotou um sistema de mediação obrigatória. Ao invés, criou-se um mecanismo de mediação induzida previsto no artigo 533.º, n.º 4 do CPC, nos termos do qual as partes são induzidas a recorrer à mediação sob pena de se lhes aplicar uma consequência financeira. Contudo, esta solução ainda não está implementada, uma vez que nunca chegou a ser aprovada a regulação necessária. A Portaria que identificaria as estruturas de RAL relevantes para este efeito não se encontra ainda publicada, pelo que o n.º 4 deste preceito encontra-se inoperativo.

No fundo, a diretiva afirma não visar prejudicar os regimes de direito interno que contenham este tipo de solução desde que não se impeça o acesso ao sistema judicial (considerandos 12 e 14).

Contudo, pergunta-se se um tal sistema de mediação pré-processual obrigatória não viola o direito fundamental de acesso à justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrados no artigo 6.º da CEDH e, entre nós, no artigo 20.º da CRP, por impedir os cidadãos de proporem ação em tribunal sem antes utilizarem a mediação. É que estes são princípios constitucionais, não podendo ser derogados por regras infraconstitucionais como seria aquela que impusesse a mediação pré-processual obrigatória.

Se estes princípios forem postos em causa por um sistema de mediação obrigatória prévia a um processo judicial estamos perante uma inconstitucionalidade? A questão que se coloca, nesta exposição, consiste em saber se o nosso ordenamento jurídico permite a imposição às partes do recurso a um processo de mediação antes de poderem recorrer a tribunal. É o problema da compatibilização de sistemas de mediação obrigatória com o direito de acesso à justiça.

Ora, responder a esta questão importa compreender o direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º da nossa Constituição.

3. O Direito de acesso aos Tribunais e a garantia de tutela jurisdicional efetiva

Em primeiro lugar, cumpre frisar que o direito de acesso aos tribunais decorre da ideia de Estado de Direito e é tido como direito fundamental, dada a sua inserção sistemática na Parte I da Constituição da República Portuguesa, dedicada aos Direitos e Deveres Fundamentais, estando, assim, sujeito ao regime de proteção dos direitos, liberdades e garantias, por via do artigo 17.º da CRP, apesar da margem de conformação que é dada ao legislador ordinário.

No artigo 20.º, n.º 1 da Constituição nacional, atribui-se a todos o direito à jurisdição, a fim de assegurar o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. A garantia jurisdicional dos direitos e outras situações subjetivas é, assim, a forma normal de defesa, o que pressupõe o recurso pelos seus titulares a um tribunal¹. Por essa razão, se diz que está consagrado no artigo 20.º da Constituição o “*direito de ação*”², pelo que qualquer cidadão pode propor ações em tribunal para fazer valer os seus direitos ou interesses tutelados pelo direito material.

¹ No mesmo sentido ver MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, LEX Edições Jurídicas, 1993, pp. 11 - 14.

² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 100.

Nas palavras de Castro Mendes, o direito de ação é o “*poder jurídico de recorrer aos tribunais, pedindo a intervenção da sua autoridade e força num caso concreto*”, “*é o direito de exigir do Estado a prestação duma actividade, justa e tão relevante quanto possível, no sentido da composição dum litígio*”³. Assim, sendo a jurisdição um momento imprescindível da realização do Direito, o exercício do direito de ação determina também a obtenção de uma decisão conforme ao Direito, à justa composição do litígio⁴.

Conforme explica Isabel Celeste, “*o direito de acesso aos tribunais a que se refere o artigo 20.º, n.º 1 da CRP inclui, desde logo, o direito de ação e de acesso a tribunais, ou seja, o direito a um processo, a obter uma decisão de mérito sobre a causa*”⁵. Por outras palavras, este direito traduz-se na possibilidade, a todos conferida, de recorrer a um tribunal com vista a conseguir a tutela e defesa dos seus direitos e interesses lealmente protegidos através de uma decisão judicial sobre uma questão juridicamente relevante. É a chamada garantia da via judiciária. Aliás, no artigo 2.º do CPC prevê-se que a todo o direito corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou a reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, assim consagrando o princípio da tutela jurisdicional integral e sem lacunas de todas as situações juridicamente relevantes.

No entanto, o legislador tem uma certa liberdade para conformar este direito constitucionalmente atribuído, aquando da estruturação do processo, admitindo-se a existência de regras que limitem o acesso à via judicial, por razões de celeridade processual ou de eficácia da própria justiça. É o que sucede com as normas que estabelecem prazos de caducidade para levar as questões a tribunal ou as que fixam o valor das alçadas. É de uma limitação deste género que se fala a propósito da necessidade de desencadear mecanismos de resolução de litígios antes do recurso aos tribunais.

No que diz respeito à liberdade do legislador, note-se, contudo, que, é sempre imprescindível averiguar se tais limitações ao direito de ação judicial se compatibilizam com o disposto no artigo 18.º da CRP, uma vez que a mediação obrigatória se traduz numa restrição de um direito fundamental – o direito de acesso aos tribunais – sendo, por isso, necessário aferir se respeitam o requisito de proporcionalidade, limitando-se ao indispensável para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados, se revestem o carácter geral e abstrato, se não têm efeito retroativo e se não atingem o conteúdo essencial do direito, de modo que a restrição não seja desproporcional, infundada, irrazoável ou intolerável.

Em suma, no sistema português, o princípio é o da administração da Justiça pelos órgãos jurisdicionais estaduais, mas admite-se o recurso a meios extrajudiciais de composição de

³ JOÃO DE CASTRO MENDES, *O direito de acção judicial*, Estudos de Processo Civil, FDUL, 1957, pp. 13 e 14. No mesmo sentido, ver ANTUNES VARELA, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125, Coimbra Editora, 1993, p. 330.

⁴ No mesmo sentido ver JOÃO DE CASTRO MENDES, *O direito de acção judicial*, Estudos de Processo Civil, FDUL, 1957, pp. 127 - 134.

⁵ ISABEL CELESTE FONSECA, “A arbitragem e o direito de acesso aos tribunais: suspeitas de colisão” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012, p. 1173.

conflitos, chamados meios alternativos de resolução de litígios, como é o caso da mediação e da arbitragem, os quais completam a atividade dos tribunais⁶.

Aliás, Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação ao artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, referem que o mesmo “*não pode ser interpretado como consagração de um Estado Judiciário ou Estado de Justiça entendido como um Estado em que o direito se realiza apenas através do recurso aos tribunais ou através da solução judicial de litígios*”⁷.

4. Compatibilidade da mediação pré-processual obrigatória com o direito de acesso aos Tribunais e a garantia de tutela jurisdicional efetiva

4.1. A posição da doutrina portuguesa

Uma vez caracterizado o direito fundamental consagrado no artigo 20.º da CRP e no artigo 6.º da CEDH, é necessário aferir a sua compatibilidade com a imposição de um sistema de mediação pré-processual obrigatória, voltando à questão que me ocupa.

Para Mariana França Gouveia, não “*parece aceitável considerar inconstitucional a eventual implementação de sistemas obrigatórios de mediação*”, que “*resultaria apenas de uma visão formal e não teleológica das normas*”⁸, uma vez que o que se pretende com tal sistema é “*aproximar a Justiça do cidadão oferecendo-lhe uma participação mais ativa na resolução do litígio, facilitando o exercício dos seus direitos*”⁹. Por isso, na sua opinião, a mediação obrigatória não é proibida constitucionalmente. Ainda assim, a autora afirma que os novos mecanismos de resolução têm de assegurar as garantias de um processo de mediação justo, a fim de que um procedimento deste género imposto ao utente da justiça se integre precisamente no direito de acesso à justiça. Uma vez assegurados estes requisitos, a mediação obrigatória não contraria o direito de acesso à justiça, cumprindo os padrões constitucionais.

Na opinião de Jorge Morais Carvalho, “*o artigo 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa não impede que o acesso aos tribunais possa estar dependente de uma tentativa prévia de resolução do litígio através de outro meio, desde que a tutela efetiva das situações jurídicas em causa não seja afetada com a introdução deste passo adicional*”¹⁰.

⁶ No mesmo sentido ver RITA LOBO XAVIER, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil. Teoria geral, Princípios, Pressupostos*, Universidade Católica Editora, 2014, p. 23.

⁷ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 414.

⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Mediação e Processo Civil*, 2010, p. 33.

⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2014, p. 69.

¹⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, “A consagração legal da mediação em Portugal”, *in* Revista Julgar, n.º 15, 2011, p. 281.

No entendimento de Paula Costa e Silva, “*não há soluções uniformes relativamente a este problema*”, pelo que “*temos que ver casuisticamente quais são os conflitos que podem caber nesta técnica de auto-composição e (...) se o conflito (...) justificar o recurso à mediação, então pode prever-se a mediação como um pressuposto processual prévio*”¹¹.

4.2. Análise de Direitos estrangeiros

A questão da conformidade constitucional de sistemas de mediação pré-processual obrigatória está lançada na Europa e mereceu respostas diferentes dos tribunais superiores da Alemanha, Itália e Inglaterra.

Na Alemanha, vários Estados adotaram sistemas de mediação obrigatória, prévios ao processo judicial¹². Assim, o recurso à mediação é considerado um pressuposto processual, uma condição de admissibilidade da ação, pelo que se a parte não demonstrar que recorreu, nos Estados em que ela é imposta, à mediação pré-processual, a ação é julgada inadmissível por falta de um pressuposto processual.

Ora, perante a instauração de uma ação judicial sem que o autor tenha recorrido previamente ao esquema de mediação pré-processual obrigatório, o que sucederá? O tribunal deverá simplesmente julgar a ação inadmissível ou, pelo contrário, deverá suspender a instância e remeter as partes para a mediação? Pergunta-se, então, se a ausência desse pressuposto poderá ser suscetível de sanção através de uma eventual suspensão da instância já iniciada, com o encaminhamento das partes para a mediação, solução que é acolhida em França.

Numa decisão de 23 de novembro de 2004, o Supremo Tribunal Alemão¹³ decidiu não ser possível sanção da exceção dilatória, na medida em que a lei exigia que a mediação tivesse tido lugar antes de proposta a ação, uma vez que o se pretende é que as partes recorram à mediação antes de o processo dar entrada em tribunal, tendo entendido que a primeira instância decidiu bem ao julgar a ação inadmissível¹⁴.

O problema é que o *BGH* não suscitou sequer a questão da eventual inconstitucionalidade da imposição legal de mediação por violação do direito fundamental do acesso à justiça tendo em conta que a lei impedia os cidadãos de proporem ação em tribunal sem antes utilizarem a mediação.

Em Inglaterra, o precedente nesta matéria foi estabelecido pelo Supreme Court of Judicature, no caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, no qual se concluiu que a mediação pré-processual obrigatória não respeita o artigo 6.º da CEDH, pois constitui um

¹¹ PAULA COSTA E SILVA, “A mediação e a lei processual”, in Portugal, Justiça e Cidadania, 2011, p. 124.

¹² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, NUNO GAROUPA, PEDRO MAGALHÃES, *Justiça económica em Portugal – o sistema judiciário*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 159.

¹³ BGHZ, 161, 145 - 151.

¹⁴ PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009, p. 57.

obstáculo inadmissível ao exercício do direito de acesso aos tribunais. Nesta decisão afirma-se o seguinte: *“it is one thing to encourage the parties to agree to mediation (...) it is another to order them to do so. It seems to us that to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to the court”*¹⁵.

Já nos EUA, vários tribunais decidiram que o direito de acesso à justiça não é negado com a obrigatoriedade da mediação, desde que a mediação não crie obstáculos desrazoáveis de acesso ao tribunal, designadamente custos ou demora excessiva. Para Roselle Wissler, a mediação obrigatória tem de reunir os requisitos do *due process*, assegurando a confidencialidade, a informação plena das suas características e das alternativas disponíveis, a possibilidade de rejeição do acordo e de acesso livre aos tribunais¹⁶.

Em Itália, no Ac. n.º272/2012, de 24 de outubro de 2012, proferido pelo Tribunal Constitucional italiano, foram declarados inconstitucionais alguns artigos do Decreto Legislativo n.º28/2010, 4 de março de 2010, nomeadamente, o artigo 5.º, n.º1, onde se previa a mediação obrigatória de certos litígios civis e comerciais em Itália, por significar uma violação do direito de acesso aos tribunais¹⁷.

O TJUE pronunciou-se, recentemente, sobre esta questão¹⁸, declarando que o direito da União não se opõe a uma regulamentação nacional que preveja o recurso a uma mediação pré-processual obrigatória, mas as partes podem retirar-se da mediação a qualquer momento, uma vez que o acesso à justiça deve ser assegurado. Por conseguinte, o que importa não é o carácter obrigatório ou facultativo do sistema de mediação, mas a circunstância de, como expressamente previsto na diretiva, o direito de acesso à justiça das partes ser preservado em momento posterior.

Creio que o TJUE veio clarificar que a mediação não foi concebida para substituir os processos judiciais, pelo que as partes mantêm sempre o direito de procurar fazer valer as suas pretensões em tribunal. Assim, na Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, não se impede as partes de exercer o seu direito de acesso aos tribunais no caso de não conseguirem dirimir o seu litígio em sede de mediação, de modo que elas nunca ficarão impedidas de instaurar um processo judicial relativo a esse litígio.

Aliás, no artigo 1.º da referida diretiva prevê-se expressamente a possibilidade de os Estados-Membros tornarem obrigatória a participação em procedimentos de resolução alternativa de litígios, desde que tal *“não impeça as partes de exercer o seu direito de acesso ao sistema judicial”*.

¹⁵ Decisão disponível em: <http://www.worldlii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>

¹⁶ ROSELLE WISSLER, “The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts”, in *Willamette Law Review*, 1997, p. 573.

¹⁷ Informação sobre a decisão disponível em: <http://icfml.org/2012/12/21/mediacao-obrigatoria-acordao-do-tribunal-constitucional-italiano/>

¹⁸ Ac. TJUE de 14 de junho de 2017, processo C-75/16, *Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa*.

Note-se ainda que o carácter voluntário da mediação a que alude a Diretiva 2008/52 não reside na liberdade das partes em recorrer ou não a esse procedimento, mas antes no facto de que são elas próprias as *“responsáveis pelo processo, podendo organizá-lo como quiserem e terminá-lo a qualquer momento”*¹⁹. Assim sendo, o TJUE entendeu que o carácter obrigatório ou facultativo da mediação não é relevante, o que importa é que o direito de acesso à justiça seja preservado, ainda que se introduza uma etapa suplementar a superar pelas partes antes de poderem aceder aos tribunais.

Naturalmente, este requisito pode afetar o princípio da proteção jurisdicional efetiva, mas *“os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas”*, podendo comportar restrições, desde que estas *“correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral prosseguidos pela medida em causa e [...] não impliquem uma intervenção desmedida e intolerável que atente contra a própria substância dos direitos assim garantidos”*²⁰.

Neste acórdão alude-se ainda ao disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva 2013/11, segundo o qual as partes têm sempre a possibilidade de se retirar do procedimento de mediação em qualquer momento.

Deste modo, a exigência de um processo de mediação como requisito de admissibilidade de uma ação judicial afigura-se compatível com o princípio da proteção jurisdicional efetiva, contanto que sejam assegurados alguns aspetos ligados ao *due process*, isto é, que a mediação não conduza a uma decisão vinculativa para as partes, que não implique um atraso substancial para efeitos de instauração de uma ação judicial e que não gere despesas de grande importância. Outro aspeto importante a ter em conta na articulação entre estes dois modos de composição de conflitos diz respeito aos prazos de prescrição e de caducidade, os quais não poderão expirar na pendência da mediação.

Em suma, no referido acórdão entendeu-se que a regulamentação nacional que preveja o recurso a um processo de mediação como requisito de admissibilidade de uma ação judicial não viola a garantia de tutela jurisdicional efetiva, desde que tal exigência não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso aos tribunais.

4.3. Posição adotada

Da leitura atenta do artigo 20.º da CRP, apenas resulta que o acesso aos tribunais não deve ser negado, podendo recorrer-se a outros meios de resolução de conflitos. A imposição da mediação pré-processual obrigatória não importa uma recusa do acesso aos tribunais pois, se as partes não chegarem a acordo, podem propor ação judicial.

Deste modo, o que vem consagrado no artigo 20.º da CRP e no artigo 6.º da CEDH não é um acesso irrestrito e imediato aos tribunais judiciais, sendo admissíveis limitações a esse

¹⁹ Considerando 13 da Diretiva 2008/52.

²⁰ Ac. TJUE de 18 de março de 2010, processo C- 317/08, *Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA*.

acesso se se considerarem justificáveis e não implicarem uma desvantagem desproporcional para as partes²¹. Assim, para saber se a mediação pré-processual obrigatória respeita os parâmetros constitucionais é necessário, em primeiro lugar, aferir se há uma justificação razoável para tal imposição.

Em primeiro lugar, diríamos que o recurso prévio à mediação permite uma afetação mais racional dos recursos da Justiça e uma nova forma de resolução do conflito menos litigiosa e morosa, com benefícios para as partes, uma vez que são elas que compõem a solução a dar ao litígio.

No que respeita a esta nova abordagem do conflito, há quem encare o Estado como um “*ladrão de conflitos*” em relação aos cidadãos que decide agora, “*depois de verificar o resultado deplorável desse roubo*”²², devolver às partes um litígio que só a elas pertence, através da mediação. Isto porque, na resolução do conflito, as partes devem atuar por si mesmas em vez de verem alheados os seus mais básicos direitos de participação processual, nomeadamente pelos “*ladroes profissionais*”, de entre os quais se destacam os mandatários judiciais²³. Deste modo, as partes têm a oportunidade de colaborar entre si na construção de uma solução que ponha termo ao litígio que as opõe e que seja vantajosa para ambas.

Em segundo lugar, dir-se-ia que uma restrição inadmissível do direito de acesso aos tribunais é aquela restrição que impede efetivamente o exercício do direito, o que esvaziaria de conteúdo útil aquele direito fundamental, algo inconstitucional à luz do artigo 18.º, n.º 3 da CRP.

Ora, não é o que acontece com a imposição da mediação pré-processual obrigatória, uma vez que com ela não se impede nunca o acesso dos cidadãos à justiça, simplesmente se posterga essa possibilidade. Havendo uma fase prévia obrigatória de mediação, antes de qualquer ação judicial, o que existe é uma privação parcial, ficando as partes apenas obrigadas a comparecer à primeira sessão, podendo a qualquer momento revogar o seu consentimento e partir para uma ação judicial.

Assim, o que se pretende com a fase prévia de mediação obrigatória é apenas, por um lado, prestar auxílio aos juízes e ao tribunal, procedendo ao alívio da carga processual e, por outro lado, apresentar uma primeira via de resolução às partes que pode ser mais adequada ao seu litígio.

Por esta razão não podemos considerar inconstitucional a eventual implementação de um sistema de mediação obrigatória prévia, desde que se prevejam as garantias do *due process*: custos razoáveis; imparcialidade e independência do mediador; informação completa às partes sobre os princípios e características da mediação; garantia de que o processo de mediação não conduz a uma decisão vinculativa para as partes (poderá apenas haver uma

²¹ No mesmo sentido ver PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009, p. 71.

²² ANDRÉ LAMAS LEITE, *A Mediação Penal de Adultos: Um Novo “Paradigma” de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, 2008, p. 21.

²³ NILS CHRISTIE, “Conflicts as Property”, in *British Journal of Criminology*, 1977, 17, pp. 1 - 15.

sugestão de solução pelo terceiro); possibilidade de as partes recusarem o acordo e acederem livremente aos tribunais²⁴.

Em suma, um sistema de mediação pré-processual obrigatória não viola a garantia de uma tutela jurídica efetiva, sendo admissível como pressuposto de admissibilidade de uma ação judicial, desde que verificadas determinadas garantias, uma vez que não se afasta nunca a possibilidade de recurso aos tribunais, apenas a protela no tempo. A este propósito note-se que os prazos de caducidade e prescrição do direito de ação se suspendem com o recurso à mediação, nos termos do artigo 13.º da LM, pelo que não se perde o direito de recorrer aos tribunais nessa situação.

A meu ver este sistema pode ser considerado como um remédio de combate à crise jurisdicional que enfrentamos pois, através dele, é possível obter uma solução de forma pacífica e conjunta, muitas vezes sem chegar a tribunal, o que contribuirá para o descongestionamento processual, ao mesmo tempo que se evitam os avultados custos judiciais e a morosidade das decisões. No fundo, este sistema estimula a paz social e cura um vício de que a nossa sociedade vem padecendo – a enorme dependência judicial para a resolução dos nossos problemas.

Ainda que benéfico e não inconstitucional, importa assinalar que este sistema pode apresentar alguns inconvenientes, já que coloca em causa um princípio absolutamente essencial à mediação – o princípio da voluntariedade. Se as partes são obrigadas a participar na mediação não irão ter a mesma abertura e disponibilidade para comunicarem e resolverem o problema. Ao tornar a mediação obrigatória, corre-se o risco de as partes encararem este processo como mais uma barreira que têm que transpor para poder aceder ao tribunal, perdendo-se tempo e desgastando-se todos os envolvidos. Nestes moldes, a mediação obrigatória não será eficaz pois o próprio processo fica comprometido.

Uma boa solução, a qual permite atingir um resultado próximo daquele que seria atingido com a mediação pré-processual obrigatória - o alívio da carga processual aliado a uma resolução célere e eficaz do litígio - poderá ser a pré-mediação obrigatória, que consiste numa sessão informativa na qual o mediador informa as partes sobre os termos da mediação, finda a qual as partes têm liberdade para decidir se querem ou não continuar. Deste modo, o princípio da voluntariedade é respeitado, ao mesmo tempo que se permite que o conflito venha a ser resolvido fora do tribunal. *“Mediation regimes are only as good as the values they embody; thus, party self-determination needs to remain the controlling principle of mediation”*²⁵.

À semelhança do que acontece nos Julgados de Paz²⁶, esta sessão de pré-mediação destinar-se-ia a explicar às partes em que consiste e para que serve a mediação, aferindo-se da sua predisposição para um possível acordo em sede de mediação. Por outras palavras, a pré-

²⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2014, p. 69.

²⁵ JACQUELINE M. NOLAN-HALEY, “Is Europe headed down the primrose path with mandatory mediation?” in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 37, number 4, Summer 2012, p. 1011.

²⁶ De acordo com o disposto no artigo 50.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31/07.

mediação serviria dois propósitos: por um lado, elucidar as partes sobre o processo de mediação e tudo o que este envolve; por outro lado, serviria para perceber até que ponto é que estas estariam dispostas a alcançar um acordo, evitando que o processo chegasse à fase de julgamento.

Nesta fase o objetivo não seria o de obter, desde logo, o acordo, mas antes oferecer a possibilidade de um profissional (o mediador) esclarecer as partes das vantagens na obtenção de um acordo²⁷. Se as partes manifestassem predisposição para um possível acordo, avançar-se-ia para a fase de mediação; se não se verificasse essa vontade, as partes poderiam instaurar a devida ação judicial, exercendo, então, o seu direito de acesso aos tribunais.

Contudo, nos julgados de paz, a pré-mediação é um ato inserido na tramitação intraprocessual da mediação²⁸, estando, então, sujeita aos mesmos princípios, nomeadamente o da voluntariedade²⁹, pelo que só se realiza se nenhuma das partes afastar a possibilidade de mediação. Deste modo, a sessão de pré-mediação é também ela voluntária nos Julgados de Paz, tal como disposto no artigo 49.º, n.º 1 da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, implicando sempre a presença ou contacto com ambas as partes porque uma delas pode não querer essa diligência³⁰.

No caso da sessão de pré-mediação obrigatória aqui proposta, esta apresenta-se como uma solução capaz de responder aos vários problemas que a mediação pré-processual obrigatória encara: não põe em causa o princípio da voluntariedade, que deve estar presente num processo de mediação³¹, sem o qual esta não teria efeito útil, pelo que as partes são livres para decidir se querem ou não avançar para essa fase, ao mesmo tempo que respeita o direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º da CRP, uma vez que as partes poderão sempre instaurar a ação judicial tendente a resolver o seu litígio.

Em suma, ficaria sempre na disponibilidade das partes a decisão acerca do modo de resolução do seu diferendo - através da mediação ou com recurso à via judicial - mas oferecendo-se-lhes sempre a possibilidade de optar, de forma livre e esclarecida em virtude daquela sessão informativa obrigatória, por uma via de composição do conflito menos litigiosa, morosa e onerosa. Não se olvide que, quando as partes recorrem a um tribunal ou a um julgado de paz para resolver o seu litígio, estão em desacordo, mas tal não significa que não possam alcançar um acordo posterior em sede de mediação, caso em que nunca se chegaria ao momento da audiência de julgamento, resolvendo o litígio por elas mesmas.

²⁷ Neste sentido ver JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *Julgados de Paz. Organização, trâmites e formulários*, 3.ª edição, Quid Juris, 2005, p. 262.

²⁸ J.O. CARDONA FERREIRA, *Julgados de Paz. Organização, competência e funcionamento (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da Lei n.º 54/2013, de 31.07). O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2014, p. 207.

²⁹ Artigo 4.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31/07.

³⁰ J.O. CARDONA FERREIRA, *Julgados de Paz. Organização, competência e funcionamento (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da Lei n.º 54/2013, de 31.07). O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2014, p. 207.

³¹ Atendendo ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

Além disso, a pré-mediação obrigatória seria uma forma de divulgar um meio de resolução de litígios que as partes de outro modo não conheceriam ou teriam resistência a utilizar por desconhecimento ou insegurança ligada a esse desconhecimento, alcançando-se, então, um dos objetivos pretendidos pelo sistema de mediação obrigatória – publicitação da mediação – sem as desvantagens inerentes a esta. Esta divulgação seria importante, visto que a generalidade das pessoas em Portugal não conhece a mediação, o que constitui uma das razões que explica a sua não utilização. A partir do momento em que passem a conhecer e a perceber o modo de funcionamento da mediação, as pessoas terão mais abertura para recorrer a ela. No fundo, a pré-mediação obrigatória seria uma forma de divulgação da mediação.

Por último, esta é a solução que também permite uma nova abordagem ao conflito e à sua forma de resolução, geradora de paz social, na medida em que a sua existência, antes da chegada à via judicial, lembra às partes que existe um mecanismo alternativo de resolução do seu conflito, o qual lhes garante o pleno domínio do processo e lhes oferece a possibilidade de decidir sobre o desfecho do litígio, podendo-se até alcançar uma solução que pode ser a que melhor corresponderá à justa composição do litígio.

5. Conclusão

Conclui-se que o direito de acesso aos tribunais não é um direito absoluto, sendo permitida a existência de mecanismos que tornem este acesso uma *ultima ratio*, sem que tal seja contrário à ideia de Estado de Direito. A mediação pré-processual obrigatória não impede o acesso aos tribunais, pois se as partes não chegarem a acordo, podem propor ação judicial.

A mediação integrada como um mecanismo de recurso prévio à ação judicial pode e deve ser vista como um meio complementar à Justiça que, em conjunto com os demais meios de resolução alternativa de litígios, conseguirá aquilo que há tanto tempo se almeja: uma afetação mais racional dos recursos da Justiça, o alívio da carga processual, a diminuição dos custos processuais e, por último, uma nova abordagem ao conflito e à sua forma de resolução, geradora de paz social.

Todavia, para a implementação de um procedimento como este, o Estado deve garantir a existência de estruturas dotadas dos meios humanos e financeiros necessários, com técnicos qualificados e especificamente treinados para a função de mediadores.

Além disso, é também necessário que se estabeleça uma cultura de mediação, para que os próprios interessados estejam dispostos a recorrer a esse meio, quer através de campanhas de divulgação, nas quais se sublinhem as vantagens da mediação junto do público e dos profissionais a quem incumbe aconselhar e decidir a estratégia da condução da resolução do conflito, tais como, advogados, solicitadores, gestores, entre outros, quer através das Faculdades, as quais desempenham um papel decisivo na formação dos futuros juristas.

Bibliografia

AZEREDO, CAROLINE MACHADO DE OLIVEIRA E MOURA, CÍNTIA DA SILVA, “Mediação no novo CPC: avanços e desafios”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, n.º 51, outubro-dezembro, 2016, pp. 461 - 476.

CANOTILHO, GOMES, MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, JORGE MORAIS, “A consagração legal da mediação em Portugal”, in *Revista Julgar*, n.º 15, 2011, pp. 271 - 290.

CHRISTIE, NILS, “Conflicts as Property”, in *British Journal of Criminology*, 1977, 17, pp. 1 - 15.

FERREIRA, JAIME OCTÁVIO CARDONA, *Julgados de Paz. Organização, competência e funcionamento (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da Lei n.º 54/2013, de 31.07). O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2014, p. 207.

FONSECA, ISABEL CELESTE, “A arbitragem e o direito de acesso aos tribunais: suspeitas de colisão” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012, pp. 1171 - 1182.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2013, pp. 96 - 106.

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Almedina, 2014.

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Mediação e Processo Civil*, 2010, disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes/docs/ma/MFG_MA_11326.doc

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA / GAROUPA, NUNO / MAGALHÃES, PEDRO, *Justiça económica em Portugal – o sistema judiciário*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

LEITE, ANDRÉ LAMAS, *A Mediação Penal de Adultos: Um Novo “Paradigma” de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho*, Coimbra Editora, 2008, p. 21.

LEITE, ANDRÉ LAMAS, “Uma leitura humanista da mediação penal” in *RFDUP*, ano 11, 2014, <http://hdl.handle.net/10216/82907>, pp. 9 - 28.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *O direito de acção judicial*, Estudo de Processo Civil, FDUL, 1957, pp. 13, 127 e 134.

NOLAN-HALEY, JACQUELINE M., “Is Europe headed down the primrose path with mandatory mediation?”, in *North Carolina Journal Of International Law And Commercial Regulation*, Volume 37, Number 4, Summer 2012, pp. 982 - 1011.

PEREIRA, JOEL TIMÓTEO RAMOS, *Julgados de Paz. Organização, trâmites e formulários*, 3.^a edição, Quid Juris, 2005, p. 262

PEREIRA, JOSÉ ALVES, “Mediação voluntária, sugerida ou obrigatória”, in *Resolução Alternativa de Litígios: Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE / Direcção-Geral da Administração Extrajudicial*, 1.^a edição, abril de 2006.

REGO, CARLOS LOPES DO, “O direito fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do processo civil”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007, pp. 731 - 766.

SILVA, PAULA COSTA E, “A mediação e a lei processual”, in *Portugal, Justiça e Cidadania*, 2011, pp. 119 - 125.

SILVA, PAULA COSTA E, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Processo Civil*, LEX Edições Jurídicas, 1993, pp. 11 - 14.

VARELA, ANTUNES, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125, Coimbra Editora, 1993, p. 330.

VARGAS, LÚCIA FÁTIMA BARREIRA DIAS, *Julgados de paz e mediação – uma nova face da justiça*, Almedina, 2006.

VICENTE, DÁRIO MOURA, “A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano II, 2009, pp.125-148.

XAVIER, RITA LOBO / FOLHADELA, INÊS / CASTRO, GONÇALO ANDRADE E, *Elementos de Direito Processual Civil. Teoria geral, Princípios, Pressupostos*, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 20 - 23.

WISSLER, ROSELLE, “The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts”, in *Willamette Law Review*, 1997, p. 573.

Jurisprudência

Acórdão do TJUE, de 18.03.2010, processo C-317/08, *Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA* disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62008CJ0317>

Acórdão do TJUE de 14.06.2017, processo C-75/16, *Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa* disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0075&lang1=pt&type=TXT&ancre>

Decisão sobre o caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* disponível em:
<http://www.worldlii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>

Informação sobre a decisão do Tribunal Constitucional de Itália, disponível em:
<http://icfml.org/2012/12/21/mediacao-obrigatoria-acordao-do-tribunal-constitucional-italiano/>

(texto submetido a 23.08.2017 e aceite para publicação a 19.05.2018)