



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

NOVA JUSTIÇA = VELHO IDEALISMO

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

**ONDE SE PRIVILEGIA A ESSÊNCIA DAS COISAS E NÃO O
CONCEPTUALISTICAMENTE CORRECTO**

Jaime Octávio Cardona Ferreira¹

***“... o desafio que se apresenta aos
juristas: pensar as vias de abertura ao
futuro em formas duráveis; romper
com o passado, apoiando-se ao mesmo
tempo nele... dar um futuro ao futuro.
„2***

1- Presidente do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz
Antigo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Vice Presidente do Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME)
Professor Convidado da Universidade Lusíada de Lisboa

² - François Ost, O Tempo do Direito, 227



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

I.1

Tenho escrito sobre Justiça e Paz.

Nunca é demais voltar ao que é importante para cada homem, na sua passagem pela vida. É que, se uma pessoa não tem Justiça, não terá paz. E, sem paz, não há vida digna desse nome.

Naturalmente, Juiz que sou e me sinto, se me é permitido parafrasear um dos homens mais marcantes do século XX, (gostasse-se, ou não, dele), diria que sempre tive, desde muito novo, uma determinada ideia acerca de Justiça, ideia que vivencio tanto por força do sentimento como da razão.³

Mas, se me perguntarem o que é Justiça, que responderei?

Direi que é muito mais seguro, *perante uma situação concreta*, considerar as soluções justas e injustas, do que definir abstracções. Em verdade, foi sempre isto que mais me apaixonou na judicatura: a Justiça do caso concreto, e não tanto os conceptualismos; muito mais a indução do que a dedução.

A vida é feita por e para pessoas que nascem, alegram-se, entristecem, lutam, sofrem, ganham, perdem, vivem e morrem. Não para hipóteses de “laboratório”, ainda que dito *referente* a pessoas. É completamente diferente, por exemplo, discutir, em abstracto uma penalidade de prisão ou aplicar uma pena dessa natureza ao A ou ao B, com o respectivo circunstancialismo; como é diferente saber o regime legal sobre regulação do poder paternal ou, por outro lado, decidir o destino das crianças C e D; ou por um lado pensar qual o preferível sistema de relações laborais ou, por outro lado, decidir sobre a pessoa E e F que ficaram desempregadas.

E todavia, nada deve ser feito arbitrariamente, ao sabor de repentismos ou de impulsos não fundamentados.

É que a segurança jurídica e a protecção da confiança dos cidadãos são princípios basilares do Estado de Direito Democrático.⁴

Como quer que seja, chego a algo seguro: a Justiça tem de analisar o *caso concreto* com muita atenção, proximidade, sensibilidade e globalidade, com a

³ - General De Gaulle, Memórias de Guerra, I, 11: “Tive sempre, em toda a minha vida, determinada ideia acerca da França, ideia que me é inculcada tanto pelo sentimento como pela razão”.

⁴ - v.g. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição 6ª edição, 256 e segs.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

alma e os olhos bem abertos, e não conforme a *errada* imagem de uma “Justiça” de olhos vendados; e deve ponderar a confiança cívica.

É certo que pode assinalar-se que a essência da Justiça assenta na máxima aristotélica dar a cada um o que é seu⁵. Mas esta ideia só é vivenciada pelas soluções de cada caso concreto. E, se se der a cada um o que é seu, todos deverão ficar, eticamente, bem consigo próprios e com os outros. O que vale dizer que *a essência da Justiça não está em um vencer outro. Está em todos ficarem com o que, a cada um, é devido*. E, isto, também é fundamental para se entender a Justiça não emergente de acto imposto, mas de aproximação conciliadora. Donde, chegaremos à Justiça Restaurativa de paz. Utopia? Como já disse num livrinho que escrevi, diria que, se a Justiça é um mito, pediria a Fernando Pessoa que repetisse que “o mito é o nada que é tudo”⁶

I.2.

Continuemos, então, à procura das vertentes nucleares da Justiça que nos possam aproximar de uma definição.

Dar a cada um o que é seu tem, a meu ver, dois pressupostos *sine qua non*: um, de conteúdo; outro de metodologia envolvente. É, creio, algo que patenteia a indispensável recíproca complementariedade entre a jurisdição substantiva e a adjectiva.

Por um lado, questiono-me sobre se o *quod* que se terá de dar a cada, como sendo o *seu*, terá um sentido absoluto, intemporal e independente dos espaços.

Pese embora o meu respeito por todas as teses e, portanto, também por um certo fundamentalismo acerca de *jusnaturalismo*, não o subscrevo e penso que tudo o que é humano é *relativo* ao homem concreto; e, assim, relativo ao *tempo* e ao *espaço* respectivos, embora haja valores que persistem ao longo de imensidades que chegam a ser confundidas, mas não são iguais, a intemporalidade.⁷

⁵ - Cfr. v.g. as interrogações sobre o conteúdo concreto dessa máxima: Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, 18 e segs.

⁶ - Justiça de Paz, Coimbra Editora, pág. 29.

⁷ - O que vale por dizer que o chamado Direito Natural tem um conteúdo variável.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

Mesmo a chamada universalidade dos direitos humanos fundamentais é uma ideia querida ao homem do nosso tempo e do nosso espaço, mas não é igual em todos os tempos e em todos os espaços.⁸ Tal como cada ser vê os objectos conforme os seus olhos, cada pessoa, de cada tempo e cada espaço constrói a “universalidade” dos seus valores conforme os considera. A “universalidade” está dentro de nós, não tanto no universo de que somos uma partícula. Lembremo-nos da célebre alegoria da caverna platónica, das sombras e das realidades. E pensemos, com Mia Couto, que “a pessoa é uma humanidade individual”.⁹

Isto leva-me a sublinhar que a relevância do caso concreto não resulta só de ser, nele, que se encontram pessoas mas, também, do seu circunstancialismo temporal e espacial.

Ou seja, concretizando: o seu de cada um, depende do circunstancialismo de cada pessoa à luz dos valores prevaletentes no seu tempo e no seu espaço. A *Justiça não é estática. É dinâmica.*

Mas há perspectivas de *caminho* para a Justiça que, pelo menos, nas centúrias e nas lonjuras dos homens que somos, se perspectivam como indispensáveis e estão sabiamente, vertidas em textos internacionais¹⁰ e, apraz-me registá-lo, na Constituição da República Portuguesa¹¹: mormente, a equidade *lato sensu* e o prazo razoável.

Equidade implica efectiva possibilidade de, no concreto, as partes disporem de condições reais e iguais¹² para se apurar a verdade fáctica e a solução jurídica correcta, vale dizer, justa.¹³

E, isto, acontece se for conseguido em tempo útil para se almejar a tranquilidade pessoal e social que decorre da constatação do oportuno reconhecimento do justo.

⁸ - “É irrazoável o que é inadmissível numa comunidade num momento dado”: Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, 388.

⁹ - Cada Homem é uma Raça.

¹⁰ - V.g. Art.º 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; Art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Art.º 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹¹ - Art.º 20º.

¹² - “Justiça, segundo o pensamento visto por Pitágoras corresponde a *proporção e igualdade*: ut L. Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, II, 43.

¹³ - Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 95.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

I.3.

Como assim e em termos meramente aproximados, porventura se poderá concluir que a Justiça é a restauração da paz pessoal e comunitária obtida através do reconhecimento do que, no convívio inter-pessoal é o conteúdo do que compete a cada um, face ao outro, e vice-versa; à luz dos valores prevalentes num certo tempo e num determinado espaço, conseguido através de equidade e mercê de adequadas e idênticas possibilidades; em tempo útil, para efectiva restauração da paz.

E, tudo, numa perspectiva temporal e espacial de ética, porque continua a ser verdade que a ética é, efectivamente, a causa-final do acto justo.

Em verdade, sem sintonia com a ideia de ética temporal e espacialmente relevante, não há Direito que consiga Justiça.¹⁴

E tudo isto significa que Direito é, apenas, um *instrumento* que deve estar ao serviço da Justiça e da paz.

I.4.

Dito isto e pensando que o estado natural da pessoa humana é sentir-se em paz consigo mesmo e com os seus semelhantes, não ser violentada nem violentar; está encontrada a raiz *sine qua non* da Justiça dita restaurativa, ou seja, restauradora de paz e de harmonia.

Não se trata, irrealisticamente, de recriar o éden na terra! Mas trata-se de significar que a paz é a essência da vida digna desse nome; que tudo o que ofende ou fractura a paz é injusto; e que a restauração do justo é a causa-final da jurisdição, através da jurisprudência, isto é, da prudência do acto de Justiça.

E, tudo isto, se deve ser a essência de qualquer acto de todos os caminhos da Justiça, está *naturalmente* vocacionado para ser alcançado por *mediação/conciliação*.

II.1.

Porque este texto não tende a ser qualquer tipo de dissertação que pretensamente, esgote uma temática inesgotável; mas, apenas, procura focar

¹⁴ - O Direito “tem de se *naturalizar* primeiramente cidadão da república da Ética, se quiser conseguir aquele mínimo de validade e eficácia que lhe são necessárias para poder socialmente cumprir a sua missão”: L. Cabral de Moncada, Filosofia do Direito e do Estado, II, 293.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

aspectos essenciais e controversos de uma problemática fundamental para o concreto bem-estar das pessoas, referencio, de seguida, o que penso sobre a relação de Justiça e paz com mediação/conciliação.

Neste particular, não estamos a falar, *directamente* de Justiça; mas, em todo o caso, é esse ainda o núcleo da problemática em apreço, porque se trata de definir sistemas, vale dizer, *caminhos* que nos conduzam à Justiça. E, neste âmbito, lembrando outro princípio aristotélico¹⁵, diria que não releva o que é *antigo* ou o que é *moderno*, que tudo isso é *relativo* a um tempo; mas importa o que é eficiente, sem deixar de ser ético.

Em verdade, em termos de Justiça, nuclearmente considerada, por estranho que pareça, em termos parecidos aos da Química¹⁶, creio que, *essencialmente*, nada se cria ou se recria, mas tudo que *existe* se deve transformar ao longo dos tempos e dos espaços, quantas vezes recuperando o que aconteceu.

Ora, a restauração da paz, sempre foi a razão de ser dos sistemas de concertação ditos mediação/conciliação. Ou, por outras palavras, a concertação da paz é co-natural ao diálogo mediado/conciliado.

II.2

No conceituado jornal francês Le Monde, de 22/23 de Janeiro de 2006, foi publicado um importante texto do Arcebispo sul-africano Desmond Tutu, intitulado “Pour une justice réparatrice et guérisseuse”, reconhecendo, ao nível das comunidades, a inviabilidade do princípio “olho por olho, dente por dente”¹⁷.

Vale a pena ler esse texto.

E o que é verdade ao nível dos Povos, é-o ao nível das pessoas, porque os Povos não são mais que conjuntos de pessoas irmanados por certos factores.

¹⁵ - “A humanidade em geral deve ir em busca não do que é antigo, mas do que é bom”: A Política, do Círculo de Leitores, 72.

¹⁶ - Na qual, segundo a Lei de Lavoisier, “nada se perde nem se cria nas reações químicas; dão-se apenas transformações”: Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, Vol 11, 1550.

¹⁷ - Significativamente, Béatrice Blohern-Brenneur, distinta Juíza da Cour d’Appel de Grenoble e Secretária-Geral do Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation, reconhece que a chamada “lei de talião” foi uma primeira forma de “Justiça”, a que se seguiu o “duelo judiciário”, até que se evoluiu para um terceiro grau (Justice e Médiation, 103); a que eu chamaria jusprudencialista, com a prevalência da conciliação e da mediação, ainda que em rigor formal diferentes, em verdade, a meu ver, com essências confluentes e não mais do que a recuperação e actualização de formas de Justiça ancestrais de cariz comunitário.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

É certo que, mormente no campo penal, em certas situações, tem de haver alguma retribuição negativa. Mas, mesmo neste campo restrito e, a nenhum título, exemplar, o item retributivo só tem, hoje, sentido, adentro de um complexo *finalisticamente* recuperador da paz social e individual e do equilíbrio vivencial de lesado e lesante.

De todo o modo, a essência da tese está na circunstância de a aplicação de um mal, ainda que por força de outro mal, reconhecidamente a nada de bem conduz *só por si*.

É por isso que, mesmo perante situações delituosas mais graves é, hoje, um dado, profundamente, prevalecente (ainda que não unânime) a recusa da pena de morte para crimes comuns mesmo de homicídio. A meu ver e respeitando embora opções alheias, a chamada pena de morte não é mais que um homicídio *legalizado*, mas não justificado. Portugal honra-se de ter sido um dos primeiros Países a acabar com a pena de morte, para crimes políticos, em 1852 e, para crimes civis ou comuns, em 1867.¹⁸

Tudo isto vem a propósito de uma clara rejeição do primado da chamada “justiça retributiva”, mesmo nos casos mais graves. Outra coisa será a compensação do ofendido ou de quem o representa ou da própria sociedade quando também ofendida; e outra coisa, ainda, será a prevenção social e individual, a segurança cívica, que tanto, a tantos, tem custado e não podem ser malbaratadas.

Esta problemática tem o seu peso *numa perspectiva teleológica do acto justo e, como tal, pacificador*.

Note-se que, por *pacificação*, não se entende, não pode entender-se, a “paz dos cemitérios”, o silêncio dos vencidos.¹⁹ A pacificação começa por ser interior, tranquilidade, estar tão bem quanto possível consigo mesmo e com os outros. Às vezes, perante um mal alheio, há que agir, quantas vezes, infelizmente, justifica-se uma acção firme, de resistência, até de força; mas, atenção, só se

¹⁸ - Cfr. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, Vol. 14, 1643. Hoje: art.º 24º da Constituição da República Portuguesa: aliás, mais do que relevar, pela negativa, a rejeição da pena de morte “em caso algum” (n.º 2), importa frisar, pela positiva, *o direito à vida, inviolável* (n.º 1).

¹⁹ - Não é, em verdade, do humor negro de Voltaire que falo: “tout est bien quand ou est mal”, perante as desgraças de ambas as partes em guerra e dos silêncios de morte mutuamente provocados (Cândido, século XVIII).



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

justifica enquanto meio idóneo, ético, de condução à paz, seja pessoal, seja social. Em verdade, para ser inteiramente exacto, não creio que seja exigível que sejamos todos Cristo e que, perante uma ofensa, nos devamos sujeitar a outra ofensa. O que se impõe é uma actuação que procure eliminar as razões de *conflito*, compensar quem deva ser compensado, muito mais do que, apenas, resolver um litígio.

E volto à ideia chave do meu pensamento: *se se der a cada um, realmente, o que é seu, não haverá vencedor/vencido ou, por outras palavras, todos serão “vencedores”.* E, naturalmente, ter-se-á feito Justiça restaurativa e ter-se-á alcançado paz, na medida da boa-fé e da ética que forem assumidas.

É, de facto, a essência da mediação/conciliação.

II.3.

Tenho escrito, várias vezes, a complexa expressão mediação/conciliação.

É certo que, hoje em dia, perante a “descoberta” de que o sistema judicial de Justiça tarda demasiado em ser actualizado²⁰ no seu regulamentarismo espartilhante, e esta indispensável actualização vai encontrando dificuldades e oposições com o cariz de anti-naturais, vão surgindo múltiplas organizações e associações ditas de mediação.

É legítimo, num País democrático, que os interessados se associem.

Mas, porque está em causa a Justiça, que é indubitável reserva da soberania do Estado,²¹ este não pode escusar-se de regular e supervisionar, até porque bem andou, *por exemplo*, ao prescrever, na Lei dos Julgados de Paz (onde a mediação e a conciliação têm lugar privilegiado), que, para se ser *mediador*, tem de se estar habilitado com um curso de mediação reconhecido pelo Ministério da Justiça²², tal como tem o poder-dever de reconhecer Centros de Arbitragens Voluntárias, sem cujo reconhecimento estes não podem funcionar.²³

²⁰ - Apesar de a ofensa do desejável prazo razoável nada ter – infelizmente – de novidade. Já há quase 6 séculos (!), como tantas vezes tenho reflectido, pelos anos 1424/1428, o Infante D. Pedro escrevia a seu irmão D. Duarte, que viria a ser Rei de Portugal, chamando-lhe a atenção para o lamentável estado da Justiça, designadamente para que “aquelles que tarde vencem ficam vencidos”: J.P. Oliveira Martins, Os Filhos de D. João I, 396.

²¹ - É a meu ver, isto que explica a “reserva de jurisdição” de que fala, por exemplo, Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6º edição, 660.

²² - Art.º 31 d) da Lei n.º 78/2001, de 13.07

²³ - DL n.º 425/86, de 27.12



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

III.1.

Os caminhos reencontrados de uma Justiça próxima dos interessados, *não só para eles mas, também, com eles*, dialogada, são hoje, opções incontornáveis no mundo cultural em que estamos inseridas.

Seja-me permitido repetir, aqui, algumas frases do primeiro Presidente do Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation, Guy Ganivet, Premier Président da Cour de Cassation de França que podem, não ter, em pormenor, exactamente, o mesmo sentido das minhas palavras, mas cujas premissas e preocupações são semelhantes.²⁴

“Nos sistemas de direito ocidentais, a figura do juiz clássico, do juiz reparador de direitos, do juiz-decisor, instrumento da força legal, transformou-se pouco a pouco para adquirir uma dimensão pacificadora”.

“A conciliação e a mediação não se excluem pois necessariamente”

“A Justiça negociada é mais eficiente que a Justiça decidida”

“A designação pelo juiz de um mediador não é uma delegação do poder de julgar”²⁵.

Só que, por *formação* que, porventura, não tenha acompanhado os “ventos da História”; ou pela velha (e verdadeira) razão de excesso de trabalho; ou por qualquer outra razão; creio que há Magistrados Judiciais alheados dos sistemas extrajudiciais de Justiça. Isto, a mim, que continuo a pensar e agir como Juiz, parece-me negativo. É que tenho por seguro que o desenvolvimento dos meios extrajudiciais de Justiça ou se faz com os Juízes ou se faz sem eles. Mas faz-se. *E será tanto melhor quanto mais se fizer com os Juízes!*

Outrossim, ganhos da Justiça e dos cidadãos em geral, para quem as instituições devem ser realizadas, serão tanto maiores quanto mais se *conjugarem* sistema judicial e sistemas extrajudiciais, e serão tanto menores quanto mais houver afastamento entre uns e outros.

Estou convicto de que ficam incompletos, designadamente os procedimentos de mediação, mormente privados, que possam agir em áreas tão sensíveis quanto são as da Justiça, ²⁶ não estando integrados, conjugados,

²⁴ - Algo evidencia que somos, ambos, Magistrados Judiciais, com longas carreiras ao serviço da Justiça, e não de pretensas justiças.

²⁵ - O Juiz e a procura da solução do conflito, Colóquio sobre Mediação, Valence, 2002.

²⁶ - Em geral e, mormente, entre outras, a familiar, a laboral, a penal, etc.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

harmonizados com a intervenção de Juízes, que possam apreciar o resultado da mediação, validando-o ou harmonizando-o e, com isso (sendo o caso), completando a mediação e o seu mérito, e garantindo, em nome do Povo soberano²⁷, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias, porque o Juiz tem de ser, disso, o sumo garante.²⁸ Já estará adequado, nesta perspectiva, o que se passa, designadamente, com a Lei n.º 314/78, de 27.10 (Menores); e sub jaz a Lei n.º 166/99 de 14.09 (Lei Tutelar Educativa).²⁹

E, nesta linha que considero positiva, a Lei francesa de 08.02.1995, viabilizando que os Juízes suspendam processos para, sob a sua iniciativa e controle, entregarem--se as partes concordarem - a mediação a alguém que o Tribunal sugira e, passado prazo razoável, seja submetido ao Juiz acordo a que, desejavelmente, cheguem.

III.2.

Sei que os que aderem ao rigorismo formal dos conceitos (até nos sistemas ditos alternativos esta orientação atrai alguns doutrinadores) separam, com rigor, mediação e conciliação. Em verdade, também aqui há adeptos de orientações conceptualistas e formais, que respeito, mas cujo “rigor” não sigo.

Não é o meu ponto de partida, nem é o meu ponto de chegada.

Aliás, a essência de tudo o que penso a este respeito radica na ideia e na causa-final de qualquer *sistema* de Justiça – comum/judicial ou extrajudicial -: a própria Justiça. Foi por aí que comecei este singelo escrito, interligando tais

²⁷ - Art.º 202º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

²⁸ - “O papel de guardiães da virtude pública destina-se, hoje, em França, aos juristas e, particularmente, aos Juízes que se tornam, de forma bastante evidente, a consciência moral da vida social, política e económica”: Antoine Garapon, *Le Gardien de Promesses* (O Guardador de Promessas), 53. Quem diz em França, diz em Portugal, etc.

²⁹ - Art.º 147º-D da Lei n.º 314/78 (redacção da Lei n.º 133/99, de 28.08):

“1. Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício do poder paternal, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação.

2. *O Juiz homologa o acordo obtido por via de mediação se este satisfizer o interesse do menor*”.

- Art.º 42.º da Lei n.º 166/99, de 14.09 (Lei Tutelar Educativa)

“1. Para realização das finalidades do processo, e com os efeitos previstos na presente lei, a autoridade judiciária pode determinar a *cooperação* de entidades públicas ou privadas de mediação.

2. A mediação tem lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor.

Penso que seria inadequado quebrar a unidade e conjugação mediação/conciliação/Tribunal que subjaz, designadamente, a estes dispositivos legais, ainda que, nuns casos, possa tratar-se de Tribunal Judicial e, noutros, de Julgado de Paz (Lei n.º 78/2001, de 13.07, v.g. art.º 56º).



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

observações com subsequentes breves notas mais directamente sobre mediação/conciliação que, na minha perspectiva, devem ser caminhos muito ligados pela sua essência e pelos objectivos, e não tanto desligados por actividades ditas “próprias” de não Juízes ou de Juízes.

Mas atenção.

*Nada disto quer dizer que mediação e conciliação sejam, formalmente, o mesmo e que quem faz conciliação deve sempre fazer mediação*³⁰

Não pretendo identificar actividades formais, mas finalidades.

E pretendo rejeitar conceitos fechados que tendam a afastar o que é harmonizável e que, tantas vezes, tem de ser conjugado.

Ou seja: *rejeito conceitos fechados que não sejam adaptáveis a realidades concretas com os mesmos objectivos.*

Quem seja conceptualista dirá que mediação e conciliação são actividades claramente diferenciadas. Por mim, aceito que, *no seu rigor formal*, são itens na procura da Justiça, mas a sua plenitude alcança-se quando conjugados. Também aceito que existe *um* conceito – mas não o conceito – de mediação mais tecnicista que o afasta de conciliação. Mas como tenho, de Justiça, uma ideia de causa final para que *todos* os sistemas de Justiça têm de tender³¹, sob pena, se assim não for, de se negarem a si próprios; e porque considero, como resulta de tudo o que tenho dito, que mediação e conciliação não são a Justiça, mas simples itens a caminho da Justiça, designadamente, do século XXI; penso que, na essência dos princípios, a mediação é uma forma privilegiada de se conseguir conciliação; e, esta, se correcta, para ser sinónimo de restauração da paz, deve ser alcançada através de uma *forma* de mediação.

Estando em causa algo tão importante, ao nível dos valores sociais e individuais e, portanto, da ética, o que deve relevar é um entrosamento que consiga paz; ou, mais concretamente, que haja justa conciliação, através de correcta mediação.

Isto significa que mediação é, efectivamente, a acção de um *terceiro relativamente aos interessados* directos, que os aproxima, ao ponto de

³⁰ - Já diria, como tenho reflectido, que quem faz mediação terá resultado positivo se obtiver conciliação entre os interessados; e que quer actividade dita mediação, quer dita de conciliação, para serem eficazes juridicamente, carecem de validação, mormente, jurisdicional.

³¹ - Como, na Antiguidade Clássica, na era romana, todos os caminhos iam dar a Roma!



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

restabelecer a paz individual pelo encontro de posições mutuamente aceites (que é isto, em termos de essência, senão conciliação?). E tudo isto, para o edifício estar completo, deve ter controle e validação jurisdicional.

Não devem haver sistemas de Justiça divorciados uns dos outros ou concorrentes entre si. Devem ser harmónicos e conjugados a bem das únicas pessoas que, verdadeiramente, interessam: os cidadãos *com fome e sede* de Justiça!

Mediação é uma actividade que significa *mediar ou intermediar*. É algo que tem a ver com múltiplos aspectos da vida social *lato sensu*, em filosofia, em teologia, na política, na jurisdição.

Mas a raiz da expressão está reflectida, naturalmente, na etimologia, levando a considerar que a mediação se destina, através de *intermediação*, a unir dois pólos extremados ou divergentes ou afastados³².

De todo o modo, para o efeito de sistemas ou caminhos de Justiça, o que está em causa não é a actividade *substantiva* de intermediação contratual mas, sim, a intermediação *processual* tendente à superação de um conflito.

Por outro lado, se é verdade que tenho de ponderar um mínimo conceptual para saber do que estou a falar, não devo ultrapassar esse mínimo que conduza a situação, essencialmente, compreensível.

Ou seja, se conceptualizar demasiado, ofendo a essência dos sistemas extrajudiciais ou alternativos de Justiça cuja raiz ou é, nuclearmente, informal ou acaba por se identificar com os sistemas formalizados e regulamentados espartilhadamente e, por esse caminho, teríamos, a breve trecho, de encontrar alternativas aos sistemas alternativos... Os sistemas extrajudiciais devem caracterizar-se por um mínimo de regras que viabilize *possibilidades, imaginação, responsabilidade*, ao nível do que for *necessário e possível* para se alcançar Justiça e paz.

A mediação só pode caracterizar-se por isto: a intermediação, a colocação de alguém entre pessoas em conflito, juntando-as, a si próprio, e afastando-se à medida que consegue a aproximação entre os conflitantes que, graças ao *intermediário*, ao mediador, terão ultrapassado o seu conflito se e quando se juntarem um ao outro, tornando, então, desnecessária a intermediação, desde

³² - Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, Volume 13, 126



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

logo porque, atingindo-se esse desiderato, deixa de haver espaço para o mediador /intermediário. Mas há espaço para a confirmação/validação!

Mediar é estar no meio ou de permeio. É intervir. Na origem latina, sugere-se a ideia de *colocação entre*. E, *caldeada esta ideia pela ética de bem-fazer*, só pode entender-se que a *colocação entre* destina-se, como tenho reflectido, não a afastar, mas a aproximar os outros, *indo o terceiro saindo da sua posição justamente à medida que os interessados se aproximam*. E, ao encontrarem-se, o que acontece é a conciliação.

Não ignoro que, num rigor *tecnicista*, diz-se quer o Juiz faz conciliação e um terceiro, não Juiz, faz mediação. Mas, na essência das coisas, onde a mediação pretende chegar é à conciliação; e nada impede que um Juiz faça mediação se isso for necessário à superação do conflito, se não dispuser de outrem para o efeito, ressalvada embora a sua função de Juiz³³. Ou, dito por outro modo, há, designadamente, um conceito jurídico – formal, *que diria existencial*, de conciliação que a identifica com acção de Julgador de um litígio visível. E há um sentido abrangente de conciliação, que a sintoniza com acordo, *diria essencial*, solucionador e pacificador de um conflito. Para este tipo de acordo, para uma tal conciliação, é que se justifica a mediação feita por quem puder fazê-la e, para além de desejável formação, tiver sensibilidade e conhecimentos da vida e do Direito que lhe permitam abrir as portas da paz.

É por isto que tenho por seguro que *a formação de quaisquer Juízes deveria incluir uma cultura de mediação virada para acordo conciliatório*. E com isto, no fundo, o que se faria seria “repestar” o que já em 1519 se regulamentou no reinado de D. Manuel I³⁴, naturalmente actualizando situações e pormenores.

³³ Numa linha que parece assentar numa perspectiva semelhante, embora exposto de outro modo: Revista dos Juizados Especiais (Estado do Rio Grande do Sul, Brasil), n.º 39, páginas 49/50, texto de Eliane Amorim e Liana Costa. Com a devida vénia: “... a conciliação está relacionada ao facto de mediar ...”; “... A conciliação seria, então, o *componente psicológico da mediação*, em que a terceira parte tenta criar uma atmosfera de confiança e cooperação ao conduzir as negociações. No Direito brasileiro, alguns doutrinadores argumentam que a conciliação praticada no Poder Judiciário não é mediação. Não obstante, no Direito estrangeiro, especialmente na América Latina, com excepção do Brasil, a equivalência entre os termos mediação e conciliação já é uma realidade. E, na América Latina, a Colômbia é um exemplo de avanço no campo da mediação”.

Enfim, cá como lá, há quem procure remar contra o excesso da maré do divisionismo formal e artificial!
³⁴ - Meu livro Justiça e Paz, 2005, Coimbra Editora.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

O que importa não é tanto o tecnicismo da mediação (*mais um tecnicismo?!).* O que importa é a abertura dos espíritos à cultura do acordo, compreendendo que, se o acordo for justo³⁵, esse é o melhor caminho para a paz.

Repito, aliás, que fazer verdadeiros acordos não é antinómico de sanção. Com efeito, se a sanção (do tipo que se adequar ao caso concreto) for um elemento concorrente para a restauração da paz, por aí se deve ir.

E, na verdade da vida, a função do mediador não é esperar que os interessados encontrem caminhos, é ajudá-los a encontrarem caminhos ou a construí-los³⁶.

III. 3

Procurando sintetizar:

Normalmente e para além de pormenores acessórios, há quem procure distinguir, *formal e tecnicamente*, mediação de conciliação, pela via, designadamente, de três factores:

- por um lado, a mediação *teria de* ser feita por não Juiz da causa, até para que o Juiz não ficasse influenciado;
- por outro lado, o mediador procuraria, *apenas*, aproximar os interessados que, por si, encontrariam, soluções, enquanto que o conciliador seria mais interveniente;
- e, ainda, a mediação teria em atenção a globalidade do conflito, enquanto a conciliação se preocuparia, *apenas*, com o litígio.

Tenhamos por claro que reconheço tais factores como distintivos em termos conceptuais, dir-se-ia, tendenciais.

Mas acrescento, numa assumida perspectiva *conceptualisticamente incorrecta*, que um tal formalismo, se for praticado, com rigorismo será inadequado à desejável informalidade de sistemas extrajudiciais de Justiça, na medida em que radicaliza conceitos fechados; não atende às realidades dos casos concretos; não acentua o que une, em verdade, mediação e conciliação; e não releva, suficientemente, a *causa-final Justiça* e a acção que, em causa de

³⁵ - Como bem se diz no n.º 1 do art.º 2º da Lei n.º 78/2001, de 13.07, sobre Julgados de Paz: “justa composição”.

³⁶ - Como se diz o Dicionário da Academia das Ciências de Lisboa, mediação, do *latim mediatio* é a “função de quem estabelece a ligação ou diálogo entre duas partes que não querem ou não podem fazê-lo por si só” (vol II, pág. 2416)



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

Justiça, sempre deve ter o Juiz como o último responsável por qualquer conclusão que o seja, isto é, que vincule os interessados – por sua própria vontade! – e, assim, finalize (realmente!) qualquer desentendimento.

Num e noutro caso, o que é determinante é, sempre, o *acordo* e, este, para ser adequado, deve corresponder à *vontade* efectiva dos interessados e à razoabilidade³⁷.

E, para o *edifício* ficar completo, deve ser submetido a análise e a validação jurisdicional.

Para além disto, o mais pode ser desejável, mas é acessório e não essencial.

O acordo a que se chegue deve ser objecto de verificação com bom senso, sentido humano da vida e *enquadramento jurisdicional*. Isto é natural à função jurisdicional.

Esta clareza de funções é argumento decisivo que pode explicar o facto de os mediadores *nem terem de ser licenciados em Direito*³⁸, embora lhe compita *colaborar na solução de questões jurídicas; mesmo relativamente a interessados desacompanhados de profissional jurista*. Outrossim, a noção de “terceiro” tem de significar alheamento em relação às partes, absoluta imparcialidade. *E ninguém tem de ser mais imparcial do que um Juiz!*

Por outro lado, dizer que os Juízes ficam influenciados, negativamente, para efeitos de decisão justa de uma causa, só por força de intervenção em fase de diálogo, é desconhecer a realidade do bom Juiz e a sua exigível dedicação à luz da boa decisão de causa. E, isso, os Juízes sabem melhor que ninguém, porque é a sua postura natural. Caso contrário, simplesmente, não deveriam exercer judicatura.

Outrossim, quantas vezes, um Juiz, para alcançar conciliação, se esta, efectivamente releva, para ser bom Juiz e não dispuser de meios de mediação para além dele próprio, tem mesmo de realizar mediação quando se esforça por bem conciliar! E, isto, tanto mais quanto é certo que nenhuma mediação consegue resultados úteis se não conhecer e suscitar caminhos de reencontro dos interessados.

³⁷ - A tal “justa composição” a que se reporta o n.º 1 do art.º 2º da Lei n.º 78/2001, de 13.07 (Julgados de Paz)„ de que tenho falado.

³⁸ - V.g. art.º 31º da Lei n.º 78/2001, de 13.07.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

Tudo sem esquecer que mesmo a chamada conciliação, a propósito de um litígio, para o ser realmente, tem de entrar na análise do conflito global, como é viabilizado pela noção de transação³⁹. E, por outro lado, realisticamente, *para perceber o conflito, o mediador tem de partir do litígio*.

O que importa é adequada *formação*. Insisto que os *Juízes não podem deixar de ter formação, também, em mediação* quer para bem a apreciarem, se puder ser feita por outrem, quer para a fazerem eles próprios, se tal for necessário⁴⁰.

E, quanto a *conceitos, decerto não fazem “caso julgado*. É, sempre, possível repensá-los e reconstruí-los se, para tanto, houver razões como creio que é caso.

III. 4.

Como assim, resulta de tudo o que tenho dito, que *nada impede* que, se possível, haja uma fase, formalmente, dita de *mediação* e, *depois*, a intervenção de um Juiz que valide ou homologue um justo acordo, seja em Tribunal judicial⁴¹, seja em Julgado de Paz⁴².

O que quero sublinhar é que, a meu ver, há que rejeitar conceitos estanques de sistemas extrajudiciais de Justiça e vivências separadas. A bem da Justiça, há, creio, que conjugar, harmonizar os sistemas de Justiça que *não devem ser concorrentes mas, sim, confluentes*.

No fundo, a essência do que está em causa, num e noutro caso, é a procura do acordo, a *pacificação*, por onde comecei ao procurar encontrar o sentido de Justiça.

Em resumo:

Penso que a mediação só fica, efectivamente, completa se submeter o acordo, na medida do possível, à homologação e validação por um Juiz.

E creio que a conciliação só será bem realizada se o Juiz agir *como mediador*⁴³.

³⁹ - De que falarei adiante.

⁴⁰ - Cfr. O que é a Mediação, por Zulema Wilde e Luís Gaiberois, v.g. pág. 30/31

⁴¹ - V.g. art.º 147º-D da Lei n.º 314/78, na redacção da Lei n.º 133/99, de 28.08

⁴² - V.g. Art.º 56º da Lei n.º 78/2001, de 13.07

⁴³ - Em Direito Comparado, podemos encontrar uma clara aproximação entre as acções de “conciliador” e de “mediador”, na Lei francesa n.º 95-125, de 08.02.1995 (arts 21/25); e, do Novo Código de Processo Civil francês



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

III.5.

Tudo isto, num e noutro caso, traz à colação a ideia de *transacção* a que o Código Civil português se reporta no seu art. 1248 que, ao contrário do que, às vezes parece perante certas afirmações, não tem só um número, tem dois:

“1. Transacção é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões.

1. As concessões podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos *diversos* do direito controvertido”.

Com a devida vénia pela memória do grande jurista Antunes Varela, cito parte da sua douda anotação:

«*Mais ampla* do que a transacção, porque não subordinada à ideia fundamental das concessões recíprocas em que esta assenta, é a *conciliação* entre as partes, que o juiz pode tentar, nos termos do art.º 509º do Código de Processo Civil⁴⁴.»

Repare-se: a noção de transacção já é mais ampla do que o restrito conceito de conciliação que alguns defendem; e o verdadeiro conceito de conciliação é ainda mais amplo que o de transacção.

Esta orientação que, com o devido respeito, subscrevo, ao contrário do que já tem sido defendido, permite incluir num acordo obtido, *conciliatoriamente*, algo que ultrapasse o rigorismo dos termos de um *litígio*, enveredando por orientação semelhante à superação de um *conflito* pela via formal da mediação⁴⁵.

O que, com tudo isto, tenho sublinhado é que os caminhos da Justiça não devem ser separados, quase concorrenciais. Têm de estar interconjugados, harmonizados, confluentes.

A bem da sua única razão de ser: o respeito pelos direitos dos cidadãos carentes de Justiça.

(Decreto n.º 96-652, de 22.07.1996), ressalta o controle de mediação pelo Juiz e a sua homologação (arts 131/1 a 15).

⁴⁴ - Código Civil Anotado, Vol II, 4.ª edição, pág. 931

⁴⁵ - Como resulta do sentido que tenho exposto, considero *conflito* (do latim *conflictus*) o confronto, o clima de afrontamento, a oposição básica e potencial entre pessoas; e *litígio* (do latim *litigium*) uma questão ou discórdia concreta, em acto emergente do conflito. No rigor, na verdade social e individual, a rigorosa solução de um litígio deve passar pela abrangente superação do conflito, sob pena de se tratar de um simples *o confronto segue dentro de momentos* ... Mas isto deve estar presente quer na *boa* mediação, quer na *boa* conciliação!



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

IV.1

Vou acabar estas observações com uma referência a três textos, de carácter comunitário⁴⁶, a que tenho dedicado muito da minha atenção, quer por força das funções que tenho exercido no Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz (onde há mediação e conciliação), quer por via da minha inserção no Conselho de Administração do Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation.

Face ao generalizado e progressivo interesse pelos sistemas extrajudiciais de Justiça e, nestes, pela mediação, e à necessidade de definição e controle de orientação e actuação éticas, em 2 de Julho de 2004, com a assistência dos Serviços da Comissão Europeia, da União Europeia, e com a intervenção de organizações prestigiadas internacionalmente, entre elas o já referido Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation, foi divulgado um *“Código Europeu de Conduta dos Mediadores”*. Este Código não tem carácter impositivo, mas encerra uma importantíssima tábuia de essenciais valores e de unidade ao nível europeu, que pode e deve constituir factor de garantia para os cidadãos e de credibilidade da mediação, na medida em que for assumido e praticado. Ali se descrevem, designadamente, competência do mediador, designação, independência, imparcialidade, remuneração, confidencialidade, etc.

E é significativo que os princípios básicos assumidos em 2004 já constavam da Lei dos Julgados de Paz portugueses (Lei 78/2001, de 13.07) que foi aquela que, no nosso País, mais rigorosamente regulamentou a prática da mediação. Aliás, já aludi a um Regimento de 1519, do tempo do Rei D. Manuel I⁴⁷, que notavelmente descreve o que chama princípios da “concertação”, regulamentando verdadeira mediação em sintonia com Juizes de Paz, como que antecipando, em cinco séculos, a actual normatividade!

IV.2

Voltando ao presente e à União Europeia, há que aludir à Decisão-Quadro, do Conselho, de 15.03.2001 (2001/220/JAI), prescrevendo o início da vigência de

⁴⁶ - Embora, hoje, formalmente, diferentes mas, todos, confluentes.

⁴⁷ - “Ordenação, e Regimento dos Convertadores de demandas dado por El-Rey D. Manoel em 25 de Janeiro de 1519” (designadamente, no meu livro *Justiça de Paz*, da Coimbra Editora, páginas 114 e segs, em 2005).



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

mediação penal, nos Estados da U.E., em Março de 2006, aliás com grande margem de concretização por parte dos Estados (artigos 17 e 10). Em Portugal, foi apresentado um anteprojecto de mediação penal, em Fevereiro de 2006. Não tem, aqui e agora, cabimento, uma análise deste anteprojecto que, aliás, já foi feita, designadamente, em Parecer do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz⁴⁸, a que tenho tido a honra de presidir. Agora, apenas pretendo anotar que, para além da *desejável conjugação e validação jurisdicional* por princípio, o próprio n.º 2 do artigo 10 daquela Decisão-Quadro pressupõe “processos penais” o que, a meu ver, tem uma lógica jurisdicional.

IV.3.

O terceiro e último diploma europeu que pretendo, aqui, referir é uma Proposta de Directiva da União Europeia, apresentada pela Comissão Europeia [SEC (2004) 1314], relativa a certos aspectos da *mediação* em matéria civil/comercial; mas generalizável. É uma Proposta que ainda não teve concretização.

Oxalá não seja reduzida porque vem na linha do Livro Verde da Comissão Europeia, justamente “sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial” [COM (2002) 196 final], parte das desigualdades de tratamento normativo nos vários Estados, aponta para uma conveniente unidade de regras básicas⁴⁹ e, naturalmente, tem em conta que não há Economia que sobreviva adequadamente se não se tiver em conta a óbvia *interacção* entre a Economia e a Justiça⁵⁰, para além dos valores próprios de uma e outra vertente da sociedade humana.

Esta Proposta de Directiva privilegia, e muito bem, a inter-acção tribunal-mediação, a validação do acordo alcançado, a reserva da mediação, suspensão de prazos de prescrição, etc.

É, em verdade, um texto adequado à necessária *Nova Justiça do Século XXI*. Mas, como digo, ao escrever estas linhas, está, ainda, em discussão.

⁴⁸ - Pode ser visto no site deste Conselho: www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt

⁴⁹ - Cfr. Art.º 95º do Tratado de U.E. post Nice

⁵⁰ - Cfr. Arts 61º, 65º e 67º do Tratado da U.E., post Nice.



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

V

Nota conclusiva

Como disse, este é um texto simples, porventura algo controverso mas indicativo da importância, hoje, dos meios extrajudiciais de Justiça e, em particular, da conciliação e da chamada mediação, cuja visibilidade em Portugal se deve, em grande parte, aos Julgados de Paz, instituição, esta, secular, recriada, significativamente, nos alvares do século XXI, com a Lei 78/2001, de 13.07, após a revisão constitucional de 1997, que incluiu os Julgados de Paz no elenco dos Tribunais não comuns, nem judiciais⁵¹.

Penso que o que há a fazer, hoje, é assumir que é imparável a acção dos sistemas extrajudiciais de Justiça, caracterizada pela proximidade, pelo “convite”, aos interessados, para colaborarem na superação de conflitos e de litígios, pela informalidade, pela imaginação, pela recriação de paz – *mas, tudo isto, no respeito pelos direitos de todas as pessoas, mormente pelos direitos fundamentais*.

E tal deve ser conseguido não afastando os sistemas extrajudiciais dos Juízes (de Direito ou de Paz); nem se afastando, os Juízes, desses sistemas.

A conjugação com os Juízes aliviará os Tribunais, *sem prejuízo da reserva jurisdicional que, competindo ao Estado, compete aos Juízes*.

Donde, a questão não está, creio, em discutir o que não vale a pena discutir: a relevância e a incontornabilidade da mediação e dos outros sistemas extrajudiciais.

A questão está na interligação com o sistema que não pode deixar de ser o fundamental nos caminhos da Justiça que é uma das reservas do Estado: o sistema judicial. E na interligação geral entre todos os sistemas de Justiça, inclusivamente os extrajudiciais, entre si, como os Julgados de Paz. Ressalvados que sejam, naturalmente, os princípios constitucionais, designadamente, dos arts. 20^a/202^o/209^o/217^o da Constituição da República Portuguesa.

Há que preservar a paz individual e social, mas com princípios e valores queridos ao e pelo Estado de Direito Democrático.

⁵¹ - Artigo 209 n.º 2 da Constituição da República Portuguesa



CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO
DOS JULGADOS DE PAZ

É este o sentido da Justiça⁵².

E a Justiça é o princípio e a finalidade da Democracia, que se faz todos os dias, em tudo.

Maio de 2006

Jaime Octávio Cardona Ferreira

⁵² - V.g. François Ost, O Tempo do Direito (Le Temps du Droit), 421.