

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM NO CONTEXTO

JUS-LABORAL PORTUGUÊS.

SOLUÇÃO OU CONTROVÉRSIA EM MATÉRIA CONTENCIOSA?

Daniel Filipe Mendes Pita

COIMBRA

Março de 2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM NO CONTEXTO

JUS-LABORAL PORTUGUÊS.

SOLUÇÃO OU CONTROVÉRSIA EM MATÉRIA CONTENCIOSA?

Daniel Filipe Mendes Pita

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Área de Especialização: Mestrado em Ciências
Jurídico-Forenses

Orientador: Doutor João Carlos de Conceição Leal
Amado

COIMBRA

Março de 2013

AGRADECIMENTOS

Neste momento em que, com a apresentação do presente texto, possuo um instrumento académico com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, perante a qual me submeterei às respectivas provas públicas, seria ingrato não tecer uns breves agradecimentos.

Desde logo, aos meus pais, José e Adelaide, por tudo o que são e por tudo o que me transmitiram. São o meu exemplo de vida, pela constante luta diária que travam. A eles o meu profundo agradecimento e gratidão pelo constante incentivo ao longo desta caminhada.

À minha irmã, Ana, pela sucessiva paciência e apoio.

Ao meu grande amigo, João R. Pais, pelas longas problematizações sobre o tema, objecto do meu estudo, sem dúvida profícuas, mas também por todo o apoio ao longo desta jornada.

Aos restantes amigos, que contribuíram para a revisão deste texto e que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a sua construção e conclusão.

À Joana, porque contigo, tudo faz sentido.

Ao meu orientador, Professor Doutor João Leal Amado, a quem agradeço todos os ensinamentos transmitidos em Direito do Trabalho nesta *mui nobre* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o acompanhamento ao longo da elaboração deste trabalho.

Last but not least, à minha patrona no Estágio da Ordem dos Advogados, Dra. Ana Moreira, pelo tempo que me foi cedendo ao longo de vários meses para a elaboração do presente texto.

Coimbra, Março de 2013

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

ABREVIATURAS

A.	– Autor(a)
A.A.	– Autores
AAA	– <i>American Arbitration Association</i>
Ac.	– Acórdão
ACAS	– <i>Advisory, Conciliation and Arbitration Service</i>
ADR	– <i>Alternative Dispute Resolution</i>
Al.	– Alínea
Art.	– Artigo
Arts.	– Artigos
CAP	– Confederação dos Agricultores de Portugal
CC	– Código Civil
CCJ	– Comissões de Conciliação e Julgamento
CCP	– Confederação do Comércio e Serviços de Portugal
Cfr.	– Confira
CGTP-IN	– Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional
CIP	– Confederação da Indústria Portuguesa
Cit.	– Citado(a)
CPC	– Código de Processo Civil
CPCS	– Conselho Permanente de Concertação Social
CPT	– Código de Processo do Trabalho
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CT	– Código do Trabalho
CTP	– Confederação do Turismo Português
GRAL	– Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios
LAV	– Lei da Arbitragem Voluntária
MSML	– Manual de Procedimentos e Boas Práticas do Sistema de Mediação Laboral
N.º	– Número
Ob.	– Obra
P. ex.	– Por exemplo
Pág.	– Página
Págs.	– Páginas
Proc.	– Processo
Segs.	– Seguintes
SERCAT	– Serviço Regional de Conciliação e Arbitragem do Trabalho dos Açores
SML	– Sistema de Mediação Laboral
STJ	– Supremo Tribunal de Justiça

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

TRC	– Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	– Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	– Tribunal da Relação do Porto
UGT	– União Geral dos Trabalhadores
Vol.	– Volume

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

NOTA PRÉVIA

O presente texto, por decisão do A., não foi escrito ao abrigo do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

ÍNDICE GERAL

AGRADECIMENTOS	1
ABREVIATURAS	2
NOTA PRÉVIA	4
ÍNDICE GERAL	5
CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO	7
1.1. GENERALIDADES	7
1.2. A METODOLOGIA ADOPTADA	9
CAPÍTULO II – OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS	11
2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	11
2.2. A CONCILIAÇÃO	14
2.3. A ARBITRAGEM	16
2.3.1. <i>Notas introdutórias</i>	16
2.3.2. <i>A arbitrabilidade do litígio?</i>	19
2.4. A MEDIAÇÃO	21
2.4.1. <i>Noção</i>	21
2.4.2. <i>Pleno domínio das partes e dos interesses</i>	24
CAPÍTULO III – A EXPERIÊNCIA DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS LABORAIS NOUTROS PAÍSES	26
3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	26
3.2. OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	26
3.3. A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DOS CONFLITOS LABORAIS EM FRANÇA: DA ARBITRAGEM AOS <i>PRUD’HOMMES</i>	28
3.4. A EXPERIÊNCIA NA GRÃ-BRETANHA	30
CAPÍTULO IV – A ARBITRAGEM EM PORTUGAL NO ÂMBITO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO	32
4.1. BREVES CONSIDERAÇÕES	32
4.2. A ARBITRAGEM FACULTATIVA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONSTANTE DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	36
CAPÍTULO V – O SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL PORTUGUÊS	39
5.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	39
5.2. FUNDAMENTOS DO SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL	40
5.3. PARTICULARIDADES	42
5.3.1. <i>O objecto</i>	43
5.3.2. <i>Características</i>	44
5.4. OS PROCEDIMENTOS DO SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL	44
5.4.1. <i>Procedimentos e custos</i>	44
5.5. QUESTÕES DEBATIDAS	46
5.5.1. <i>No que concerne à questão (restrição) dos direitos indisponíveis</i>	46
5.5.2. <i>No que respeita ao conteúdo e valor do acordo</i>	49
5.5.3. <i>Comparência e representação das partes</i>	53

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

5.5.4.	<i>Prazos do procedimento e da prescrição da mediação</i>	55
5.6.	INTERVENIENTES DO SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL	56
5.6.1.	<i>Considerações introdutórias</i>	56
5.6.2.	<i>A (eventual) função do advogado</i>	56
5.6.3.	<i>O mediador</i>	58
5.6.4.	<i>Os mediados</i>	62
6.	CONCLUSÕES GERAIS	64
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1.1. GENERALIDADES

É sabido que a importância de um sistema de resolução de conflitos que seja adequado às exigências das constantes mutações ocorridas nas sociedades contemporâneas, é um tema cujo debate reveste uma actualidade premente em vários momentos da evolução da história, e o período em que estamos é, sem dúvida, um desses.

Como facilmente se constata, uma grande fatia das normas jus-laborais é conhecida pela sua imperatividade, sendo que o recurso a tribunal mostra-se, não raras vezes, como a única solução para a resolução de conflitos laborais. É prática comum afirmar-se que, para existir uma tutela eficaz daquelas normas só o recurso a tribunal é capaz de conseguir.

Porém, e atendendo às circunstâncias do momento presente (em que a litigiosidade laboral cresce a um ritmo perturbador), é necessário que o modelo actual de administração da justiça laboral acompanhe a evolução das relações que visa regular, impondo-se, assim, a adopção de um novo paradigma de resolução de conflitos. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “as formas alternativas de resolução de litígios individuais de trabalho são seguramente uma metodologia adequada à facilitação do acesso à justiça e ao aumento da qualidade da justiça laboral” ⁽¹⁾.

Ora, considerando esta problemática, o objecto do presente estudo prende-se com a mediação e a arbitragem no contexto jus-laboral português. Como o próprio título deixa adivinhar, centrar-nos-emos primordialmente na abordagem do Sistema de Mediação Laboral português (SML), Sistema este que se dedica à resolução de conflitos individuais, nascidos de relações jurídicas laborais, mas não deixaremos de nos referir à arbitragem e à conciliação que, embora não tão enraizadas na cultura laboral portuguesa, não deixam de ser outros meios de resolução alternativa de litígios.

O SML – vocacionado para a resolução de conflitos individuais – foi criado na senda de um conjunto de reformas internas e comunitárias no sentido da incrementação

⁽¹⁾ Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Memorando do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa sobre Bloqueios e Propostas de solução*, Maio de 2005, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, pág. 32, disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Agenda%20de%20reforma.pdf>.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

de meios de resolução alternativa de litígios, sob o cunho da informalização e da desjudicialização do aparelho de resolução de conflitos laborais. Nas palavras de Soraia Estevez e Vítor Coelho, “o Sistema de Mediação Laboral representa um enorme progresso na resolução de conflitos laborais. É comumente aceite por todos que o recurso a meios de resolução alternativa de litígios, entendidos em sentido lato como alternativos aos tribunais judiciais é inovador e poderá constituir um instrumento importante na defesa dos direitos dos trabalhadores, desenvolvendo assim uma nova cultura marcada pela informalidade, celeridade, simplicidade e eficiência no nosso ordenamento jurídico”⁽²⁾.

O que nos motivou para a escolha do tema foi, sem dúvida, a sua pertinência na actualidade. Por outro lado, e atendendo às suas características, estamos perante um conceito de mediação diferente do que é normalmente usado quando aplicada aos conflitos colectivos, e que, desta forma, nos coloca alguma cautela na sua interpretação e abordagem.

Abordaremos com maior ênfase o SML, mas para que a nossa explanação fique sistematizada e integrada, teceremos algumas considerações sobre o sistema de resolução de conflitos em geral, cuidando dos meios de resolução alternativa de litígios, e dedicando particular atenção ao objecto do nosso estudo – a mediação e a arbitragem.

Surgindo com uma lógica inovadora e própria, o SML visa a composição de conflitos entre trabalhador e empregador, decorrentes do contrato individual de trabalho, ressalvando-se os direitos indisponíveis e os acidentes de trabalho. A matéria relativa a conflitos surgidos de acidentes de trabalho levantou grande celeuma, tendo a mesma acabado por ser excepcionada⁽³⁾. Porém, e seguindo a opinião dos A.A. *supra* citados, parece-nos fundamental a discussão do alargamento do âmbito da competência do SML.

Este Sistema, criado em 2006, foi um grande passo para a aplicação da mediação à resolução de conflitos surgidos de relações individuais jurídico-laborais. Apesar deste significativo avanço, como tudo o que evolui, também este Sistema terá de evoluir a fim de colmatar as dúvidas que suscitamos, para que se possa afirmar como um meio eficaz

⁽²⁾ Vide SORAIA ESTEVEZ/VÍTOR COELHO, “O Sistema de Mediação Laboral”, in *Resolução Alternativa de Litígios - II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 2008, pág. 222.

⁽³⁾ *Ibidem*, pág. 223.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

na resolução de conflitos. É esta nova cultura de cidadania que se procura, mais do que uma nova cultura de justiça.

Numa relação contratual em que muitas vezes uma comunicação eficaz é a chave para a manutenção de um relacionamento saudável, e considerando que em grande parte dos conflitos a manutenção do vínculo contratual é a melhor solução para as partes, este Sistema apresenta várias potencialidades para se tornar um instrumento com um papel relevante no sistema de composição de conflitos laborais.

Ora, atendendo ao facto de que todos estes problemas mereceriam uma abordagem mais pormenorizada daquela que ora cuidamos, esperamos que da forma como apresentamos os temas, sirva para esclarecer de modo cabal toda esta problemática que nos propomos tratar.

1.2. A METODOLOGIA ADOPTADA

Como sabemos, estamos perante uma temática de grande relevância no panorama da administração da justiça em Portugal. O conjunto de reformas que têm sido levadas a cabo – o denominado movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*) – consiste na criação de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais, que permitem desviar a procura dos tribunais para outras instâncias públicas ou privadas. Surgem-nos, assim, os conceitos de *desjudicialização* e *informalização da justiça*, caracterizando-se por permitirem a resolução de um conflito, surgido entre duas ou mais pessoas, sem recurso ao tribunal judicial.

Assim sendo, e para melhor compreendermos o tema que nos propomos abordar, considerámos que seria vantajoso principiar o nosso trabalho com uma abordagem geral dos meios de resolução alternativa de litígios. Aqui analisaremos a conciliação, a arbitragem e a mediação.

De seguida, e como se enquadra no tema que nos propomos tratar, veremos como ocorreu a experiência da resolução alternativa de litígios laborais noutros países. Focaremos três experiências: a ocorrida nos Estados Unidos da América, a surgida em França e a que se desenvolveu na Grã-Bretanha.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Posteriormente, abordaremos a arbitragem decorrente de conflitos surgidos no âmbito de relações individuais jus-laborais. Neste sentido, e partindo de uma resenha histórica sobre a forma como a mesma evoluiu neste âmbito, não deixaremos de abordar a arbitragem facultativa, nomeadamente a celebração de convenções de arbitragem no domínio dos contratos individuais de trabalho.

Continuamente, entramos no objecto que consideramos preponderante no nosso trabalho – e que mereceu uma exposição mais alargada –, a abordagem do SML português. Aqui analisaremos a razão da sua criação, as suas características e especificidades, o seu procedimento, objectivos a que se propõe, e também evidenciaremos determinados pontos que julgamos essenciais por não serem claros. Não deixaremos, também, de relevar o papel das partes (nomeadamente mediados, mediadores e eventuais advogados), frisando os seus direitos, deveres e obrigações.

Finalmente, apresentaremos as conclusões gerais deste trabalho, com o objectivo de esclarecer o nosso entendimento sobre se a mediação e a arbitragem são soluções ou, por outro lado, controvérsias no âmbito da resolução alternativa de conflitos surgidos de relações jus-laborais.

CAPÍTULO II – OS MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os meios de resolução alternativa de litígios, designação adaptada da fórmula inglesa ADR, podem definir-se como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais ⁽⁴⁾. Progressivamente tem-se vindo a firmar uma tipologia de meios que compõem a resolução alternativa de litígios, mas não é, nem pretende ser definitiva. Assim se entende que a inserção de um método nos meios de resolução alternativa de litígios se faça pela negativa (não é judicial).

Porém, não podemos considerar a conciliação judicial prevista no art. 509.º do Código de Processo Civil (CPC) ⁽⁵⁾ como meio de resolução alternativa de litígios. Como se sabe, a tentativa de conciliação prevista neste preceituado é conduzida por um juiz no âmbito do respectivo processo judicial. Assim sendo, não se trata de um meio de resolução de litígios não judicial, embora se funde ainda no consenso, apartando-se da clássica forma de resolver o litígio através do tribunal.

Podemos partir para uma análise dos meios de resolução alternativa de litígios tendo em conta três diferentes critérios: voluntário ou obrigatório; adjudicatório ou consensual; centrado nos interesses ou nos direitos.

Como sabemos, os meios de resolução alternativa de litígios são, geralmente, voluntários, significando isto que é às partes que cabe decidir se querem que a sua relação material controvertida seja resolvida através de mecanismos alternativos. É aqui que se distinguem relativamente aos meios judiciais de resolução de litígios, estes sempre obrigatórios. Porém, ainda dentro dos meios de resolução alternativa de litígios podemos encontrar meios obrigatórios: desde logo, é o caso da arbitragem necessária, imposta por lei. Em segundo lugar, os Julgados de Paz, se entendermos que a sua jurisdição não está na disponibilidade do autor. Os Julgados de Paz – previstos no art.

⁽⁴⁾ É este o entendimento de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2011, pág. 17. A A. afirma que a utilização desta denominação não tem sofrido grande contestação, tendo entrado no léxico jurídico sem reservas. Já PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, 2009, págs. 34-37, propôs a sua substituição pela expressão “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias”. Entende esta A. que a expressão “alternativa” não tem sentido em termos teórico-práticos. Tendemos a acompanhar MARIANA FRANÇA GOUVEIA nos seus ensinamentos por concordarmos que a designação que apresenta é aquela que é maioritariamente corroborada.

⁽⁵⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, com as sucessivas alterações, a última das quais pela Lei n.º 60/2012, de 9 de Novembro.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

209.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa ⁽⁶⁾ – são uma categoria de tribunais estaduais diferentes da dos tribunais judiciais, embora a sua competência seja determinada por referência à destes ⁽⁷⁾. São regulados pela Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, que disciplina a sua organização, competência e funcionamento. Não abordaremos, aqui, de forma pormenorizada, todas as questões relativas aos Julgados de Paz. No entanto, e tendo em conta o âmbito da nossa abordagem, teremos de nos debruçar sobre a relação da competência entre os Julgados de Paz e os tribunais judiciais. A questão que podemos colocar é mais ou menos a seguinte: nos concelhos e agrupamentos que dispõem de Julgado de Paz, a competência do Julgado de Paz nas matérias referidas no art. 9.º da mencionada lei (e até ao valor indicado no art. 8.º do citado diploma – causas que não excedam o valor da alçada dos tribunais de 1.ª instância, ou seja, € 5.000) é exclusiva ou o tribunal judicial com jurisdição nessa parcela de território possui igualmente competência para apreciar e julgar as acções mencionadas no art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, sendo alternativa a competência dos Julgados de Paz e dos tribunais judiciais de competência territorial concorrente?

O primeiro dos entendimentos – competência exclusiva dos Julgados de Paz para as matérias que referimos anteriormente, e tendo em conta o valor da causa – corresponde à orientação dominante da doutrina ⁽⁸⁾ e obteve largo acolhimento por parte da jurisprudência dos tribunais nacionais ⁽⁹⁾, porém o Supremo Tribunal de Justiça

⁽⁶⁾ Doravante, CRP, aprovada pelo Decreto de 10 de Abril de 1976, com as sucessivas revisões.

⁽⁷⁾ ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra Editora, 2011, pág. 217.

⁽⁸⁾ Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2009, pág. 81; J. O. CARDONA FERREIRA, *Julgados de Paz, Organização, Competência e Funcionamento*, Coimbra Editora, 2001, pág. 29; JOÃO MIGUEL GALHARDO COELHO, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Âncora Editora, 2006, pág. 27.

⁽⁹⁾ Cfr. Ac. do STJ de 3 de Outubro de 2006, proc. n.º 06A2396, in <http://www.dgsi.pt>, cujo Relator foi Silva Salazar, e onde podemos observar no sumário do mesmo “A criação dos Julgados de Paz, não teve por finalidade pôr à disposição dos cidadãos a possibilidade de, em alternativa, recorrerem àqueles ou aos Tribunais de Pequena Instância Cível, conforme bem entendessem, mas sim, a atribuição de competência material exclusiva aos Julgados de Paz”; Ac. do TRP de 27 de Junho de 2006, proc. n.º 0623377, in <http://www.dgsi.pt>, cujo Relator foi Mário Cruz, podemos ler no seu primeiro ponto do sumário que “o art. 9.º da Lei n.º 78/2001 que estabelece a competência dos julgados de paz em razão da matéria, é taxativo, encontrando-se a competência tipificada em exclusividade”, acrescenta o segundo ponto “Se a competência pertencer, assim, ao Julgado de Paz, não pode a acção ser proposta no Tribunal de Pequena Instância, impondo-se a absolvição da instância”; Ac. do TRL de 18 de Janeiro de 2007, proc. n.º 7529/2006-6, in <http://www.dgsi.pt>, tendo como Relator Manuel Gonçalves, retiramos dos seus dois pontos que: “1 – No silêncio da lei, quanto à competência exclusiva ou não dos Julgados de Paz, afigura-se melhor o entendimento de que se está perante *competência exclusiva*. 2 – Tal conclusão, parece poder retirar-se, não só da técnica jurídica seguida pelo legislador, nos diplomas definidores de

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

(STJ), em Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (Ac. n.º 11/2007, de 24 de Maio de 2007) decidiu que “no actual quadro jurídico, a competência material dos Julgados de Paz para apreciar e decidir as acções previstas no art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, é alternativa relativamente aos tribunais judiciais de competência territorial concorrente”. Uniformizou, assim, o STJ, a jurisprudência no que diz respeito à competência material dos Julgados de Paz. Sendo a mesma alternativa, significa isto que está na disponibilidade do autor submeter a relação material controvertida quer aos Julgados de Paz, quer aos tribunais judiciais. Optando-se por este entendimento, os Julgados de Paz serão um meio voluntário de resolução de litígios ⁽¹⁰⁾.

Desta forma, são, assim, voluntários a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem voluntária. É obrigatória a arbitragem necessária.

Os meios de resolução alternativa de litígios podem ainda ser adjudicatórios ou consensuais. Os mecanismos adjudicatórios, de que a arbitragem é o exemplo típico, são aqueles que atribuem o poder de decisão a um terceiro. No que diz respeito aos consensuais, por seu lado, visam a solução através da obtenção de um acordo, permanecendo nas partes, portanto, a capacidade de decisão do litígio.

Por fim, os meios de resolução alternativa de litígios podem partir de duas perspectivas completamente diferentes: a dos direitos ou a dos interesses. A perspectiva dos direitos é a tradicional, ou seja, a dos tribunais judiciais. Surge, desde logo, na arbitragem e, geralmente, na conciliação. Baseia-se na discussão dos argumentos legais de cada parte (incluindo, também, a prova). A outra óptica de tratamento do problema é recente para os juristas – sendo de difícil percepção. Tem como ponto de vista os interesses das partes, individualmente considerados, desconsiderando o que o Direito determina sobre o seu caso. Tenta conciliar interesses e não direitos, procurando a pacificação do conflito em detrimento da solução juridicamente correcta. A mediação na sua vertente facilitadora é claramente um meio de resolução alternativa de litígios baseada nesta perspectiva ⁽¹¹⁾.

competência, que quando não exclusiva o diz expressamente, o que não se vê na Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, bem como do texto da referida Lei, nomeadamente quando considera necessário estipular que “as acções pendentes à data da criação e instalação dos Julgados de Paz seguem os seus termos nos tribunais onde foram propostas”, norma inútil, caso se perfilhe o entendimento de que a competência é *optativa*”.

⁽¹⁰⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 18.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, págs. 18-19.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Até ao momento fomos referindo alguns meios de resolução alternativa de litígios como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Existem outros que a doutrina vem indicando, mas para os quais não existem verdadeiros conceitos terminológicos aceites unanimemente. A resolução alternativa de litígios não se quer fechada em tipologias estritas, pelo que esta indicação é a que vale hoje, mas não limita, nem exclui outras formas de resolução de litígios. Há, aliás, alguns mecanismos conhecidos de outras ordens jurídicas que aí são normalmente tipificados.

Assim sendo, podemos referir os seguintes a título de exemplo: o mini-julgamento (*minitrial* e o *summary jury trial*), a avaliação neutral prévia (*early neutral evaluation*) ou a decisão não vinculativa (*non binding ex arte adjudication*) ⁽¹²⁾.

2.2. A CONCILIAÇÃO

Na conciliação, as partes tentam encontrar a solução para o seu conflito com a intervenção de um terceiro. Este conduz o processo em conjunto com as partes, salientando os aspectos objectivos do conflito, convidando-as a discutir os aspectos divergentes e incentivando-as a chegarem voluntariamente a um acordo da sua responsabilidade.

Através do Decreto-Lei n.º 463/75, de 27 de Agosto ⁽¹³⁾, foram criadas as Comissões de Conciliação e Julgamento (CCJ), com o objectivo de introduzir uma maior celeridade processual.

O Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 272-A/81, de 30 de Dezembro, e que vigorou até finais de 1999, previa nos seus arts. 49.º e 50.º a possibilidade da conciliação ter lugar na fase pré-judicial ou, em momento posterior, na fase judicial. No entanto, com a extinção das CCJ, pelo Decreto-Lei n.º 115/85, de 18 de Abril, o art. 49.º foi revogado, deixando a conciliação prévia de ter carácter obrigatório, estando assim no domínio da vontade das partes. Assim sendo, ficou relativizada a valorização que até à data tinha sido dada à conciliação pré-judicial.

⁽¹²⁾ FERNANDO HORTA TAVARES, *Mediação e Conciliação*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pág. 42 e segs.; ZULEMA D. WILDE/LUÍS M. GAIBROIS, *O que é a Mediação*, Coimbra Editora, 2003, págs. 21-24.

⁽¹³⁾ Este diploma foi regulamentado pela Portaria n.º 280/76, de 4 de Maio.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

As CCJ eram, no entanto, órgãos com competência limitada quanto ao valor, uma vez que de acordo com o preceituado no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 463/75, de 27 de Agosto, tinham competência para tentar a conciliação em todas as questões emergentes de relações individuais de trabalho; julgar as questões emergentes das relações individuais de trabalho cujo valor não exceda 20.000\$00, bem como aquelas que, independentemente do seu valor lhes sejam submetidas por acordo das partes ⁽¹⁴⁾.

Com estas Comissões pretendia-se, de acordo com o teor do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 736/75, de 23 de Dezembro, reconhecer as vantagens de órgãos directamente ligados ao contexto real dos litígios, uma vez que “parece, ainda, particularmente oportuno experimentar um novo tipo de órgão jurisdicional em que se achassem representados os trabalhadores e as empresas”, além das vantagens quanto à celeridade processual e à autenticidade dos resultados aí obtidos. De forma a atingir estes objectivos, as CCJ foram criadas com âmbito distrital e com uma composição tripartida (um presidente, nomeado pelo Ministério do Trabalho, e dois membros designados pelas partes signatárias das convenções colectivas correspondentes).

Apesar disto, apenas um par de anos mais tarde, as CCJ foram extintas enquanto órgão jurisdicional, pela Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro, que aprovou a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, em obediência aos princípios consagrados constitucionalmente. Com efeito, os arts. 205.º e 206.º da CRP estabelecem que a função jurisdicional é da exclusiva competência dos tribunais. De igual forma, a al. j), do art. 167.º, da CRP, estabelece a competência exclusiva da Assembleia da República para legislar sobre a organização e competência dos tribunais. Embora perdendo competências, as CCJ continuaram a efectuar a conciliação e a arbitragem de litígios individuais de trabalho, vindo esta prática a ser reconhecida e consagrada pelo Decreto-Lei n.º 328/75, de 10 de Novembro.

Não obstante esta reestruturação de competências, foi sendo defendida a extinção das CCJ, o que acabou por suceder aquando da publicação do Decreto-Lei n.º 115/85, de 18 de Abril. A sua extinção acabou por se verificar uma vez que, apesar do

⁽¹⁴⁾ As suas competências foram alteradas pelo Decreto-Lei n.º 736/75, de 23 de Dezembro, dado terem surgido dúvidas sobre a limitação das competências das CCJ e dos tribunais do trabalho. O novo diploma revogou o Decreto-Lei n.º 463/75, de 27 de Agosto, e atribui competências às CCJ para “julgar as questões emergentes das relações individuais de trabalho cujo valor não exceda o da alçada dos tribunais de primeira instância, bem como aquelas que, independentemente do valor, lhes sejam submetidas por acordo das partes”.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

elevado número de processos entrados nas CCJ relativos a conflitos emergentes de contrato de trabalho a sua taxa de sucesso foi reduzida ⁽¹⁵⁾.

Actualmente, a conciliação no contexto jus-laboral encontra-se regulada no art. 523.º e segs. do Código do Trabalho (CT) ⁽¹⁶⁾ e é obrigatória nos termos do n.º 1, do art. 51.º, do Código de Processo do Trabalho (CPT) ⁽¹⁷⁾.

2.3. A ARBITRAGEM

2.3.1. Notas introdutórias

A arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efectuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes ⁽¹⁸⁾. No entender de Lúcia Dias Vargas ⁽¹⁹⁾, a arbitragem consiste numa forma de resolução de litígios em que as partes confiam a decisão de uma questão que as opõe a um ou mais árbitros, desde que em número ímpar, organizados em tribunal arbitral. Significa isto que não são as partes que decidem a questão, mas sim um terceiro, escolhido por estas, a quem compete proferir a decisão. Optando-se por qualquer um dos entendimentos anteriores, observamos que se trata de um conceito que melhor se coaduna com a noção de arbitragem voluntária, deixando de fora outras modalidades que comumente se denominam igualmente de arbitragem, mas que não o são verdadeiramente, como é o caso da arbitragem necessária ⁽²⁰⁾. O mesmo entendimento é perfilhado por Manuel

⁽¹⁵⁾ Vide ANTÓNIO MANUEL CARVALHO DE CASIMIRO FERREIRA, *Trabalho Procura Justiça: os Tribunais de Trabalho na Sociedade Portuguesa*, Almedina, 2005, pág. 189 e segs., onde o A. conclui que com a extinção das CCJ não se verificou um aumento significativo das acções declarativas emergentes de contrato individual de trabalho, pelo que se percebe a baixa taxa de sucesso daquelas Comissões.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

⁽¹⁷⁾ Vide Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de Novembro.

⁽¹⁸⁾ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, págs. 31-32.

⁽¹⁹⁾ Cfr. LÚCIA DIAS VARGAS, *Julgados de Paz e Mediação, uma nova face da justiça*, Almedina, 2006, pág. 46.

⁽²⁰⁾ Por imposição legal, existem certos litígios que devem ser resolvidos por tribunal arbitral, estando vedado o acesso aos tribunais judiciais, pelo menos aos de primeira instância. Isso sucede nos casos em que o legislador entende, por razões de especial tecnicidade ou de conveniência de outra natureza, que o litígio será melhor julgado se for decidido por árbitros. Exemplo disso, apesar de não ser o

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Pereira Barrocas, considerando este A. que a arbitragem necessária, ou seja, aquela que é imposta por lei como único meio contencioso susceptível de ser usado, não corresponde à que é própria de uma verdadeira arbitragem, e remata afirmando que a arbitragem é, por sua natureza, convencional, significando isto que ela se baseia e tem o seu fundamento numa convenção de arbitragem ⁽²¹⁾.

Desta forma, trata-se de um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A arbitragem distingue-se dos restantes meios de resolução alternativa de litígios por ser adjudicatória, na medida em que a decisão é proferida por um ou vários terceiros. E essa decisão é vinculativa para as partes. A história, o fim, o ambiente da arbitragem colocam-na muito mais perto da tradição judicial do que dos meios de resolução alternativa de litígios. Uma das soluções seria não a incluir nestes mecanismos. No entanto, e como também já fizemos referência anteriormente, enquadra-se na definição ampla adoptada de meios de resolução alternativa de litígios, na medida em que não é judicial.

Por outro lado, a arbitragem não se confunde com a conciliação ou a mediação. Trata-se de conceitos diferentes. Apesar das partes poderem atribuir aos árbitros poderes de mediação ou de conciliação, o certo é que mediar ou conciliar não é o mesmo que decidir um litígio.

O termo arbitrabilidade é utilizado, normalmente, para designar a susceptibilidade de um litígio ser submetido a arbitragem.

A grande maioria das referências à arbitrabilidade que se encontra na doutrina da especialidade tem em vista a natureza do objecto do litígio. Mas, por vezes, recorre-se também ao termo arbitrabilidade (ou ao seu oposto, inarbitrabilidade) para designar a susceptibilidade (insusceptibilidade) de resolução do litígio por árbitros em atenção à qualidade das partes e, mais particularmente, a susceptibilidade de resolução por essa via de controvérsias em que sejam partes o Estado ou entes públicos autónomos ⁽²²⁾.

único entre nós, mas ser importante para o nosso trabalho, é a arbitragem necessária em matéria de resolução de certos conflitos colectivos de trabalho (*vide* art. 510.º e segs. do CT).

⁽²¹⁾ Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, págs. 89-90.

⁽²²⁾ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema.*, IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2011, pág. 13.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Como sabemos, a arbitragem é um processo privado com consequências públicas, por isso, alguns tipos de controvérsias estão reservados para os tribunais nacionais, cujos processos são geralmente do domínio público. Daí que nestas situações eles não sejam capazes de serem resolvidos por arbitragem. As leis de cada país estabelecem o domínio da arbitragem, por oposição ao dos tribunais locais. Cada um dos Estados decide que matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem de acordo com as suas concepções político-sociais e económicas.

Mas se é certo que a definição das matérias que podem ser submetidas a arbitragem resulta de razões de carácter político, económico, social ⁽²³⁾ ou moral ⁽²⁴⁾ – que são valoradas diferentemente pelas diversas ordens jurídicas – ela depende também da intrínseca dificuldade da arbitragem em afectar outras pessoas que não as vinculadas pela respectiva convenção.

Como afirma António Sampaio Caramelo, compete aos órgãos legislativos e/ou aos tribunais de cada Estado sopesar, por um lado, a importância das razões de interesse público que justifiquem que certas matérias sejam reservadas para os tribunais estaduais e, por outro lado, o interesse geral de se favorecer o recurso à arbitragem enquanto meio de resolução de litígios que melhor serve o eficiente exercício das actividades económicas ⁽²⁵⁾.

Assim sendo, e atendendo ao que expusemos, não surpreende que as matérias que são consideradas como inarbitráveis sejam mais numerosas no âmbito das relações internas do que no plano das relações internacionais.

No plano do direito comparado, o âmbito das matérias arbitráveis pode ser definido por uma de duas formas: em primeiro lugar, através de critérios de natureza conceitual; em segundo lugar, mediante a formulação de excepções à regra da livre arbitrabilidade dos litígios, por lei ou pela jurisprudência dos tribunais estaduais. É a

⁽²³⁾ São razões desta natureza, nomeadamente o propósito de defender quem se considera ser a “parte mais fraca”, vista como não podendo obter protecção no processo arbitral, que estão na origem do projecto de lei denominado *Fairness Arbitration Act*, que está pendente, desde 2007, no Congresso dos Estados Unidos da América e que visa invalidar as cláusulas compromissórias relativas a litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, de consumo, de franquia, entre outros, projecto este que, se for aprovado, implicará uma significativa restrição do universo das controvérsias arbitráveis, neste país.

⁽²⁴⁾ Veja-se, a título de exemplo, que por razões de ordem moral matérias como o casamento ou o divórcio não podem ser submetidas à arbitragem.

⁽²⁵⁾ Vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, ob. cit., pág. 15.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

critérios de natureza conceitual que, na maioria dos ordenamentos jurídicos – sobretudo nos de *civil law* –, se recorre para se identificarem as matérias arbitráveis.

2.3.2. A arbitrabilidade do litígio?

A Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) ⁽²⁶⁾ consagrou o critério da patrimonialidade dos interesses controvertidos para definir o âmbito da intervenção da arbitragem. É sabido que na LAV anterior ⁽²⁷⁾, o critério utilizado era o da disponibilidade do direito (por oposição a direitos indisponíveis). Igualmente não respeitam à arbitragem os litígios sobre os quais lei especial imponha a obrigatoriedade de os submeter a tribunal do Estado ou a arbitragem necessária (art. 1.º, n.º 1, da LAV).

Para procedermos ao estudo da arbitrabilidade, teremos de analisar, quer sob o ponto de vista objectivo (ou seja, sobre a natureza dos direitos em litígio), quer sob o ponto de vista subjectivo (em que a natureza arbitrável ou não arbitrável do litígio é analisada em face da natureza privada ou pública dos sujeitos jurídicos em litígio) e, por fim, utilizaremos o critério da determinação legal para descortinarmos a arbitrabilidade ou a não arbitrabilidade de um litígio (atendendo, sobretudo, não ao objecto ou aos sujeitos do litígio, mas sim a um critério de análise que assenta na opção legislativa).

Desta forma, debruçemos as nossas atenções no domínio da arbitrabilidade objectiva. Como sabemos, não existe arbitragem voluntária sem convenção de arbitragem. Porém, nem todos os litígios podem ser resolvidos por recurso à arbitragem, ou seja, nem todos os litígios podem ser licitamente objecto de uma convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem fundamenta-se na liberdade dos cidadãos de escolher livremente o modo de resolução dos seus litígios. Assim sendo, quanto ao objecto dos direitos e quanto ao modo de resolução dos litígios, estamos no domínio da plena arbitrabilidade do litígio pela natureza dos direitos.

Se assim é, poderemos questionar o seguinte: qual a natureza desses direitos? Serão apenas direitos relativos a interesses privados, regulados pelo Direito Privado, ou estarão também incluídos direitos relativos a interesses públicos regulados pelo Direito Público? E serão todos arbitráveis os direitos relativos a interesses privados? Em que

⁽²⁶⁾ Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

⁽²⁷⁾ Aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

condições direitos relativos ou envolvendo também interesses públicos podem ser arbitráveis?

A arbitragem, como meio de resolução alternativa de litígios, possui limites decorrentes de ordem pública (*public policy*). É a cada Estado que compete definir, em conformidade com a sua política económica e social, que matérias podem ser resolvidas por arbitragem e quais aquelas que não podem.

Como já afirmámos, o critério da patrimonialidade dos interesses constitui, no texto do art. 1.º, n.º 1, da LAV, o critério utilizado em primeira linha para definir a arbitrabilidade. Na verdade, só deve, em princípio, ser vedada a submissão a árbitros de controvérsias relativas a direitos ou interesses de carácter não patrimonial (designadamente, os direitos de personalidade, salvo raras excepções que iremos referir adiante, o estado civil das pessoas e, em regra, as controvérsias relativas às relações familiares de natureza pessoal). Compreende-se que assim seja, dado que estão em causa valores cuja tutela deve, à luz dos conceitos fundamentais que enformam o nosso sistema jurídico, ser reservada aos tribunais do Estado.

Parece-nos também, e aqui acompanhamos a posição de António Sampaio Caramelo ⁽²⁸⁾, que a combinação do critério da patrimonialidade do direito controvertido com o da transigibilidade do direito feita pela Lei Alemã sobre a arbitragem, de 1998 – que foi adoptada também pela Lei Austríaca de 2006 – é ainda mais de louvar. Com efeito, considerando que o exercício de alguns direitos de personalidade pode ser limitado mediante negócios jurídicos celebrados pelo seu titular, sendo assim objecto de um *downgrading* por iniciativa deste (como acontece, p. ex., com o direito à intimidade da vida privada ou com o direito à imagem), deixam de existir, em tais casos, as razões fundadas na importância axiológica desses direitos que justificariam a subtracção à arbitragem dos litígios a eles atinentes.

Importa realçar que o que dissemos anteriormente apenas respeita à delimitação da arbitrabilidade em função de critérios de natureza conceitual. Para além do recurso a este tipo de critérios, o legislador nacional pode ainda, por razões de carácter político, económico, social ou moral, reservar aos tribunais do Estado a apreciação e decisão de outras matérias que não são determinadas através de critérios de natureza conceitual.

⁽²⁸⁾ Vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, ob. cit., pág. 35 e segs..

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Daí que a delimitação do campo da arbitrabilidade não seja feita apenas mediante o recurso a critérios de natureza conceitual.

Por se ter reconhecido procedência ao conjunto das razões acima enunciadas, no Projecto de Lei da Arbitragem Voluntária que a Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem apresentou ao Ministério da Justiça e à comunidade da arbitragem, em 2009 e, em segunda versão revista, em 2010, adoptou-se como critério de arbitrabilidade das controvérsias, na actual LAV, uma solução idêntica à das leis alemã e austríaca.

De seguida, teçamos algumas considerações acerca da arbitrabilidade subjectiva. Todos os sujeitos jurídicos privados têm, em princípio, capacidade de gozo para ser parte de uma convenção de arbitragem. Já no que concerne ao Estado e demais entes públicos, em princípio, e dada a sua natureza jurídica bem como suas atribuições públicas, não estão autorizados legalmente a celebrar convenções de arbitragem, a não ser que as normas jurídicas do seu estatuto ou lei geral limitadamente autorizem o contrário. O art. 1.º, n.º 5, da LAV, refere-se a esta matéria.

O terceiro critério da análise da arbitrabilidade é o da disposição legal expressa. O art. 1.º, n.º 1, da LAV enumera, ao lado do conceito dos interesses de natureza patrimonial, a possibilidade de lei expressa determinar que a competência para a resolução de certos litígios seja atribuída à jurisdição judicial ou a arbitragem necessária, ou seja, não sejam arbitráveis por disposição legal. Por outras palavras: há determinados litígios que não são arbitráveis, porque a lei considera que a sua resolução compete obrigatoriamente a órgãos que não constituem arbitragem. O que aqui está em causa são problemas de política legislativa e não de arbitragem propriamente dita.

Assim sendo, não havendo lei que expressamente permita a intervenção da arbitragem na resolução de certos litígios, não são arbitráveis à partida, a título de exemplo, litígios sobre questões de declaração, a título principal e com carácter geral, de constitucionalidade de normas, questões de natureza criminal, de administração pública em geral, questões fiscais e matérias de segurança social.

2.4. A MEDIAÇÃO

2.4.1. Noção

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

A Lei dos Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho) define a mediação, no seu art. 35.º, n.º 1, como *uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios* ⁽²⁹⁾, *de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.*

Encontramos outras definições, uma delas constante da Directiva n.º 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a determinados aspectos da mediação em matéria civil e comercial ⁽³⁰⁾. Embora aplicável apenas aos conflitos transfronteiriços como são definidos no seu art. 2.º, tal não impede, porém, conforme estabelecido no Considerando (8) da Directiva, que os Estados-Membros adotem os seus princípios e disposições a processos de mediação do seu próprio foro. Esta foi precisamente a opção tomada pelo Estado português ao transpor a Directiva para o CPC ⁽³¹⁾, com o aditamento dos arts. 249.º-A, B e C e 279.º-A. Com esta inserção, as normas aplicam-se a todos os litígios cíveis, independentemente da sua nacionalidade.

Apesar de terem sido introduzidos novos preceitos no CPC, não encontramos uma definição de mediação em nenhum deles, diversamente do que sucede com a Directiva. Tomando em consideração o art. 3.º desta, a mediação pode-se definir como *um processo estruturado, independente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.*

Embora se apresente de uma forma flexível, conforme podemos atentar na definição da Lei dos Julgados de Paz, estamos perante um processo estruturado, querendo com isto demonstrar-se que a mediação obedece a determinadas regras, a uma certa organização de procedimentos. Não se trata de uma simples reunião das partes

⁽²⁹⁾ Cremos que o legislador andaria melhor caso tivesse utilizado a designação de “conflito”, como, de resto, bem o faz no final do citado preceito. *Lapsus linguae?*

⁽³⁰⁾ Doravante designada apenas como Directiva n.º 2008/52/CE.

⁽³¹⁾ Através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

com um terceiro, antes um processo preparado, fundamentado, tendo em vista determinado resultado.

Como afirma Mariana França Gouveia ⁽³²⁾, o essencial na mediação é o pleno domínio do processo pelas partes (*empowerment*), princípio que é, em simultâneo o seu fundamento e, naturalmente, uma sua característica permanente. A mediação assenta na ideia de que é nas partes que reside a solução do problema, que é através delas – as donas do litígio – que se encontrará a solução adequada e justa.

Trata-se de um princípio que funda a mediação e a sua concretização consta das noções legais de mediação se se atentar bem nas suas letras: no art. 35.º da Lei dos Julgados de Paz, quando é referida a participação activa e directa das partes que encontram por si próprias uma solução; e na Directiva, quando se refere a voluntariedade na procura do acordo. Tomemos em atenção que em ambas as definições, as partes – não o mediador –, são o sujeito da frase, são elas que chegam ao acordo.

Com isto pretendemos afirmar que o princípio essencial da mediação é a postura que o mediador adopta – ele auxilia, assiste: não dirige ou impõe qualquer acordo. A sua função é simplesmente a de ajudar as partes a, num primeiro momento, restabelecerem a comunicação e, seguidamente, a encontrarem, por si, a solução adequada.

Tem vindo a doutrina a debater se a mediação deve ser meramente facilitadora ou se deve também ser interventora. É prática comum utilizar-se os seguintes termos, de origem inglesa, *facilitative or evaluative mediation*. A mediação facilitadora centra o trabalho do mediador na reabertura das partes ao diálogo, tentando que a sua intervenção seja o menos visível possível (embora determinante). Quanto menos se note a presença do mediador no que diz respeito ao conteúdo do litígio, melhor este seria. Já o modelo interventor pressupõe uma atitude mais activa do mediador, não se limitando a trazer as partes ao diálogo, mas actuando também ao nível do mérito da questão. Um dos pontos de discórdia é a possibilidade do mediador apresentar propostas de acordo. Na mediação facilitadora tal não é admissível, na outra é normal.

Não entrando pelo caminho de aferir qual será o melhor sistema de mediação, é importante chamar a atenção que a noção puramente assistencial ou facilitadora da

⁽³²⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 42.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

mediação é a que encontramos presente no ordenamento jurídico português. Quando a lei se refere à mediação, está a falar de mediação facilitadora. E por isto, ou seja, porque o sistema adquiriu um conceito assim, parece-nos que a melhor solução será restringir a mediação à mediação facilitadora, deixando de lado outros modelos de mediação mais interventivos.

Desta forma, a mediação praticada nos Julgados de Paz e nos Sistemas Públicos de Mediação (Familiar, Laboral e Penal) obedece a este modelo, assim como a formação obrigatória a que os mediadores estão sujeitos para poderem realizar mediações nestes sistemas.

A mediação será, assim, apenas a fórmula de resolução de litígios em que o mediador ajuda as partes a comunicarem, conduzindo-as ao caminho do acordo que entendam possível ou adequado. O mediador é essencialmente um facilitador, alguém que coloca as partes no trilho seguro e não as deixa, por assim dizer, desviar-se do caminho que traçaram.

2.4.2. *Pleno domínio das partes e dos interesses*

Como já afirmámos anteriormente, um dos princípios básicos da mediação é o controlo desta pelas partes, o denominado *empowerment*. Em tribunal, os poderes decisórios estão na mão de advogados, a linguagem utilizada é técnica, o procedimento é formal, as partes nem sequer podem falar se o pretenderem ⁽³³⁾. Pretende-se que as partes se afastem do seu caso ⁽³⁴⁾. Na mediação, a postura é exactamente a oposta: parte-se do princípio que as partes são as pessoas que melhor colocadas estão para resolver o seu litígio. Existe, aqui, uma ideia de responsabilidade pessoal que se traduz na atribuição às partes do domínio do problema e do processo. São as partes que melhor conhecem o objecto do litígio. Enquanto em tribunal tudo lhes é afastado, na mediação tudo lhes é entregue, dependendo delas o início, o decurso e o fim da mediação.

Assim sendo, podemos afirmar que as partes têm o domínio do processo, na medida em que podem sair dele quando quiserem, nada as obrigando, evidentemente, a

⁽³³⁾ No processo civil, o depoimento de parte só é admissível quando requerido pela parte contrária ou pelo juiz oficiosamente – art. 553.º, n.º 3, do CPC.

⁽³⁴⁾ ZULEMA D. WILDE/LUÍS M. GAIBROIS, ob. cit., pág. 27.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

chegar a um acordo. Mas têm, sobretudo, o domínio do conteúdo, não sendo possível qualquer solução do litígio que não derive delas. É precisamente da aplicação inexorável do princípio do domínio das partes que se retira a impossibilidade de o mediador fazer sugestões sobre o conteúdo do litígio. O mediador não deve de todo intervir quanto ao mérito, limitando-se a conduzir as partes no caminho do diálogo e da mútua compreensão, com o fim de que estas reúnam as condições para encontrarem, por si, o acordo. Este aspecto pode parecer estranho à primeira vista, mas é muito importante na dinâmica da mediação.

A característica do *empowerment* é, assim, essencial na mediação. Uma mediação em que as partes não estejam no centro da discussão e da iniciativa não será verdadeira. E mesmo tendo sucesso, este poderá ser meramente aparente. O acordo resultante da mediação tem de vir das partes e estas têm de aderir-lhe plena e convictamente.

O segundo pilar da mediação relaciona-se com o seu fim. Ao contrário dos meios clássicos de resolução de conflitos, que são construídos para a resolução da disputa apresentada pelas partes, a mediação dá preferência à pacificação social, isto é, tem como objectivo sanar o problema, restabelecendo a paz social entre os litigantes. Este fim sobrepõe-se inteiramente à questão do direito. Não importa saber quem tem razão, mas antes procurar resolver os problemas subjacentes ao aparecimento do litígio.

Num conflito, as partes tendem a levar ao extremo as suas posições, deixando submersos os seus verdadeiros interesses e necessidades. O que se questiona é o seguinte: porquê aquela pretensão? E para satisfazer que necessidades? A mediação não se restringe ao objecto do processo, determinado pelas pretensões, mas vai mais fundo, ao verdadeiro conflito.

É ao fundo, à base, que a mediação pretende chegar, porque só a composição dos interesses permitirá a duração do acordo e a manutenção do entendimento entre os litigantes ⁽³⁵⁾. O resultado da mediação é, assim, de vitória para ambas as partes, nunca havendo um vencedor e um vencido.

⁽³⁵⁾ LÚCIA DIAS VARGAS, ob. cit., pág. 56.

**CAPÍTULO III – A EXPERIÊNCIA DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS LABORAIS
NOUTROS PAÍSES**

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

É sobretudo na área laboral que verificamos que a instituição judiciária nunca deteve o monopólio da regulação de conflitos. Ou seja, sempre existiram modos alternativos de regulação dos conflitos laborais, como os “organismos disciplinares” nas empresas e, sobretudo, a mediação e a arbitragem.

Num contexto de crise do sistema de relações laborais, o crescimento da mediação surge, também, como política de integração dos trabalhadores nas empresas. Com efeito, o declínio do sindicalismo, a alteração de um certo poder hierárquico, aliado a uma demanda de participação mais activa dos trabalhadores nas empresas, conduziu a uma modificação das políticas sociais baseadas numa descentralização de processos de negociação e no desenvolvimento da comunicação na criação de novas estruturas de mediação.

**3.2. OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO DAS
RELAÇÕES DE TRABALHO**

Como nos esclarece Bonafé-Schmitt ⁽³⁶⁾, nos Estados Unidos da América (EUA) é grande a utilização dos modos de resolução alternativa de litígios na área laboral. De facto, ao longo da história, tanto organizações sindicais como patronais sempre preservaram a sua autonomia de negociação através das convenções colectivas, fixando as regras das relações de trabalho e implementando modos não judiciais de resolução de litígios, como a conciliação.

Nos EUA, a arbitragem no domínio das relações laborais individuais remonta ao século XVIII ⁽³⁷⁾, sendo que nesta altura o Tribunal de Nova Inglaterra e de Nova

⁽³⁶⁾ Cfr. JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Syros-Alternatives, 1992, pág. 21.

⁽³⁷⁾ Cfr., desenvolvidamente, DENNIS R. LOAN/ROGER I. ABRAMS, “American labor arbitration: the early years”, in *University of Florida Law Review*, vol. XXXV, number 3, 1983, pág. 373.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Iorque recorriam a alguém, muitas vezes conhecedor deste ramo, para arbitrar disputas entre trabalhadores e empregadores. Já no que concerne ao campo dos conflitos colectivos, o primeiro caso conhecido data de 1871. Constata-se que nesta data uma indústria mineira da Pensilvânia e o organismo sindical escolheram o juiz William Elwell para solucionar disputas causadas pelo despedimento de trabalhadores pelo facto de estarem sindicalizados ⁽³⁸⁾.

Porém, é a partir da década de 30 do século XX que a arbitragem laboral começa a ser compreendida tal como a conhecemos actualmente, ou seja, envolvendo uma diferença entre as partes originada pela interpretação, aplicação, administração ou violação de um acordo colectivo de trabalho. Para além disso, antes da II Guerra Mundial já a maioria das empresas dos diversos sectores adoptavam a arbitragem como principal mecanismo de resolução de conflitos. O seu conceito era claro e os seus procedimentos perfeitamente conhecidos e compreendidos.

No ano de 1926 é, então, criada a *American Arbitration Association* (AAA), considerada, ainda hoje, como a maior organização privada dos EUA a praticar arbitragem. Inicialmente, a AAA foi pensada para dirimir conflitos comerciais, porém foi recebendo cada vez mais processos que envolvem litígios surgidos de relações jus-laborais. Como tal, em 1937, foi criado o *Voluntary Industrial Arbitration Tribunal*. Com o decorrer dos anos, a AAA assumiu novas dimensões, e fornece já um vasto número de serviços de modo a solucionar vários tipos de litígios ⁽³⁹⁾.

Assim sendo, e apesar da arbitragem estar bastante divulgada, assistimos, ultimamente, ao ressurgimento da mediação em matéria de resolução alternativa de litígios individuais de trabalho. De acordo com Bonafé-Schmitt ⁽⁴⁰⁾, este recente interesse deve-se a diversos factores. Em primeiro lugar, ao facto do sistema de arbitragem se ter burocratizado a tal ponto que a morosidade e tipos de procedimentos serem agora semelhantes aos utilizados pelos tribunais judiciais. Em segundo lugar, a crise do sindicalismo levar a que uma percentagem pouco significativa dos trabalhadores esteja ao abrigo de convenções colectivas. Em terceiro lugar, muitos

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁾ Litígios não só laborais, mas também de consumo, cuidados médicos, serviços financeiros, comércio internacional, construção e actividade seguradora.

⁽⁴⁰⁾ *Vide* JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, ob. cit., pág. 33.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

trabalhadores, por razões diversas, evitarem a filiação num sindicato e, ao invés, adoptarem sistemas internos de regulação de conflitos.

Desta forma, e neste seguimento, foram introduzidas as *Grivance Mediation* em algumas empresas americanas, como procedimento a utilizar antes das partes prosseguirem para a fase da arbitragem. Trata-se de um programa voluntário e informal, onde o mediador não efectua qualquer tipo de registo do processo de mediação, apenas ficando registados os termos do acordo entre as partes. O procedimento é informal, continuando a arbitragem a permanecer como uma opção caso as partes não cheguem a acordo.

Também é de salientar o papel do Estado ao criar e promover o *Federal Mediation and Conciliation Service*. Trata-se de um Serviço criado em 1947 pelo Congresso Americano e constitui um departamento governamental independente, que tem por missão promover relações laborais estáveis, através de serviços que realizam a arbitragem.

A partir dos anos 80 do século XX, foram introduzidas e desenvolveram-se novas formas de mediação. Surgiram terceiros imparciais que não pertenciam à organização ou à hierarquia das empresas. A sua actuação divergia da actuação dos árbitros. Para além de estudarem as reclamações, auxiliavam as partes a encontrarem uma solução, uma vez que eram interlocutores privilegiados junto dos empregadores a quem transmitiam recomendações no sentido de solucionarem os conflitos. A estas pessoas é comum referir-se-lhes como *director of work problem counselling* ou *resident manager*.

3.3. A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DOS CONFLITOS LABORAIS EM FRANÇA: DA ARBITRAGEM AOS *PRUD'HOMMES*

Não se tem assistido a uma construção de um conjunto de procedimentos de resolução alternativa de litígios laborais, para além da prática da arbitragem. Aliás, na área da mediação, p. ex., todas as tentativas para introduzir esta técnica acabaram por sair frustradas.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

No entanto, experiências a três níveis podem ser apontadas como indiciadoras de alguma preocupação que conduzam à existência desses mesmos procedimentos.

Em primeiro lugar, destacamos a contribuição dos magistrados judiciais, que no entender de Bonafé-Schmitt ⁽⁴¹⁾ detêm o papel mais inovador em matéria de mediação judiciária, dado que não têm hesitado, em alguns grandes conflitos, em designar terceiros para realizar uma mediação entre as partes, apesar de no plano legal esta opção suscitar muitas reservas.

Em segundo lugar, podemos destacar o papel desempenhado por alguns intervenientes do panorama laboral, como os *délégués du personnel*, os *agents de maîtrise*, os *Prud'hommes* e os *inspecteurs du travail*, que contribuíram para a existência de um florescimento de iniciativas de mediação, designadamente nos conflitos colectivos.

Desta forma, e durante vários anos, os empregadores apresentaram os *agents de maîtrise* como os interlocutores naturais para a resolução dos problemas dos trabalhadores. Estes agentes exerceram, desde sempre, uma actividade de mediação. Nos últimos anos, a sua importância tem-se vindo a acentuar.

O sistema francês das relações profissionais é caracterizado por uma importante intervenção do Estado, daí que se entenda o investimento na jurisdição dos *Prud'hommes*. Os *Prud'hommes* são uma jurisdição especializada, já bastante antiga, que pratica a conciliação entre trabalhador e empregador, no campo dos conflitos individuais surgidos de relações laborais. Esta jurisdição funciona como primeira instância na resolução de conflitos, recorrendo-se subsidiariamente aos tribunais comuns. Estão sob a sua alçada as questões emergentes de contrato individual de trabalho, incluindo o serviço doméstico, e excluem-se da sua competência os conflitos colectivos, as questões emergentes de acidente de trabalho ou doenças profissionais e as questões relativas à segurança social. O processo inicia-se com a apresentação de uma peça escrita e segue depois como processo oral até à decisão final. O trabalhador pode-se fazer acompanhar por um delegado sindical, visto que a constituição de advogado é facultativa. Ao longo dos anos esta instituição tem-se revelado extremamente eficaz, ao qual não será alheio o facto de se tratar de uma jurisdição com bastante tradição na resolução de litígios laborais.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, pág. 29.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Em terceiro lugar, e mais recentemente, têm surgido mediadores privados. É particularmente relevante o aparecimento de mediadores de empresa, sobretudo nas de maior dimensão, sendo a mediação levada a cabo por consultores de empresa.

3.4. A EXPERIÊNCIA NA GRÃ-BRETANHA

Em 1896, o Governo britânico criou o *Conciliation and Arbitration Service* (CAS), tendo como objectivo solucionar os conflitos que opunham trabalhadores a empregadores. A partir dos anos 70 do século XX tornou-se notória a dificuldade deste serviço operar eficazmente, sendo duramente criticado o facto de ser um serviço fornecido por um departamento governamental ⁽⁴²⁾. Em resposta, em 1975, foi criado um serviço administrativamente independente do Governo, que se designou por *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (ACAS).

Trata-se de um Serviço que tem mais de dez delegações em toda a Inglaterra. O ACAS é um serviço voluntário, independente do Governo, mas financiado por ele, e cuja missão é fornecer um serviço imparcial que auxilie as partes a prevenir e a resolver as suas controvérsias, bem como ajudar a construir relações mais harmoniosas no trabalho. Assim, o ACAS compreende um serviço de informação a trabalhadores e empregadores, de aconselhamento, de conciliação, de mediação e de arbitragem.

O ACAS actua em duas áreas distintas: os conflitos colectivos e os conflitos individuais de trabalho. A lei actualmente em vigor, de 1975, prevê a sua intervenção nas disputas que existam, ou venham a existir, através da conciliação, ou de outro mecanismo, de modo a alcançar um acordo. Significa, isto, que na prática a conciliação é concebida como uma ajuda à negociação colectiva, caracterizada pelo facto de ser voluntária e o acordo alcançado ser da responsabilidade das partes. De acordo com Karl J. Mackie ⁽⁴³⁾, o objecto da conciliação recai sobretudo em retribuições e condições de trabalho e, apesar do número de conciliações colectivas ter diminuído, a partir de 1976, mesmo assim desde a criação do ACAS o seu número continua bastante elevado.

⁽⁴²⁾ Vide KARL J. MACKIE, *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, London and New York, Routledge and Sweet Maxwell, 1991, pág. 103.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, pág. 100 e segs..

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Os conciliadores têm igualmente uma actuação paralela, pois mantêm contactos informais com as partes, mas sem se envolverem na conciliação. No que concerne aos conflitos colectivos ⁽⁴⁴⁾ são normalmente seleccionados funcionários do ACAS que posteriormente recebem formação.

As reuniões entre as partes podem ser de três tipos: em conjunto, em separado ou envolvendo apenas os representantes delas. Estes conciliadores do trabalho obtiveram algum sucesso, conseguindo um acordo entre as partes na grande maioria dos casos que lhes foram apresentados. As razões do seu sucesso são simples: são um terceiro imparcial, o processo é confidencial, gratuito e não incute nas partes um sentimento de vencedor/vencido.

⁽⁴⁴⁾ Quanto à conciliação de conflitos individuais de trabalho, a sua prática entre entidades empregadoras e trabalhadores surgiu em 1968, com a publicação do Relatório Donovan, em que se propunha que o presidente do tribunal pudesse efectuar encontros informais entre as partes com o objectivo de solucionar os litígios amigavelmente. A recomendação levantava dúvidas e não foi seguida, tendo sido nomeados, posteriormente, conciliadores independentes aos tribunais.

CAPÍTULO IV – A ARBITRAGEM EM PORTUGAL NO ÂMBITO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

4.1. BREVES CONSIDERAÇÕES

Em finais de 1989 ⁽⁴⁵⁾, o Governo enviou ao Conselho Permanente de Concertação Social (CPCS) um relatório que tinha como título “Considerações gerais da problemática da resolução extrajudicial dos conflitos individuais de trabalho”, onde se apresentaram algumas das soluções que poderiam ser adoptadas na área da resolução dos conflitos individuais de trabalho, através da conciliação e da arbitragem, com especial destaque para esta última. As diversas organizações representadas assumiram posições divergentes face à questão colocada.

Tanto a União Geral dos Trabalhadores (UGT) como a Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses (CGTP) estavam de acordo na criação de tribunais arbitrais, embora não adoptassem posições inteiramente coincidentes face à forma como o Governo encarava este problema. Por um lado, a UGT entendia que a metodologia seguida não era a mais correcta, uma vez que a apresentação do documento devia ter sido antecedida de uma discussão, ao nível do CPCS, devendo o documento ter já referido aquilo que pensava dever ser o modelo português de arbitragem. Por outro lado, defendeu que a criação destes tribunais não era uma prioridade da organização da justiça do trabalho, que passava, em primeiro lugar, pela revisão global do CPT e pela reformulação da organização judiciária, não se podendo encarar a criação de tribunais arbitrais fora deste contexto. A CGTP acentuou as cautelas decorrentes da total ausência de tradição em Portugal para a solução arbitral de conflitos individuais de trabalho, chamando a atenção para dois aspectos. Em primeiro lugar, para a exclusão da competência destes tribunais para a apreciação de questões que envolvam direitos indisponíveis dos trabalhadores. Em segundo lugar, alertou para a conveniência da intervenção conjunta do Ministério da Justiça e para a circunstância de estar em causa matéria da competência relativa da Assembleia da República.

⁽⁴⁵⁾ Seguiremos, de muito perto, as considerações apresentadas por JOÃO PEDROSO/CRISTINA CRUZ, *A Arbitragem Institucional: Um Novo Modelo de Administração da Justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2000, pág. 183 e segs., disponível in <http://opj.ces.uc.pt/pdf/09.pdf>.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

A posição de princípio das confederações de empregadores quanto à necessidade de criação de tribunais arbitrais não era uniforme. A Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP) entendia que não havia necessidade da institucionalização de formas de mediação e arbitragem e que era de todo inaceitável o ressurgimento de órgãos semelhantes às extintas CCJ. A Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP) sublinha as vantagens de vias de resolução alternativas à solução judicial dos conflitos, desde que se fundem sempre em formas de recurso voluntário. Por seu lado, a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP) afirmou duvidar da necessidade de criação de formas de composição extrajudicial de conflitos, adiantando só poder tomar uma posição definitiva depois de consultar as associações que a integram. Adiantou, também, que seguindo-se este caminho deveria ser dada preferência à conciliação em detrimento da arbitragem, relativamente à qual a CIP manifestou grandes reservas.

Posteriormente, foi celebrado um Protocolo de acordo entre o Governo, a UGT, a CCP e a CIP tendo em vista a criação de dois centros de arbitragens voluntárias institucionalizadas com competência especializada em razão da matéria, um situado no Porto e outro em Lisboa, e com a designação, respectivamente, de Centro de Arbitragem Voluntária de Conflitos Individuais de Trabalho do Porto e de Centro de Arbitragem Voluntária de Conflitos Individuais de Trabalho de Lisboa. Segundo o Protocolo, os Centros tinham como objectivo a resolução de conflitos individuais de trabalho ocorridos na respectiva área, através da informação, conciliação, mediação e arbitragem.

Deste modo, a submissão dos litígios aos Centros é de natureza puramente voluntária, dependendo da prévia celebração de convenção de arbitragem nos termos legais e obedecendo às regras estabelecidas no respectivo regulamento; a conciliação e a mediação eram realizadas por jurista/assistente de reconhecida competência e experiência no domínio das questões de trabalho, sendo assessorados por um representante sindical e por um representante da entidade patronal; a falta de indicação ou de comparência de qualquer destes representantes não constituía motivo de adiamento ou de nulidade de qualquer acto ou diligência; a arbitragem era realizada por um árbitro, que seria juiz de direito; se as partes não renunciassem aos recursos, da decisão arbitral caberiam para o Tribunal da Relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo Tribunal da Comarca; a submissão dos litígios aos Centros seria de baixo custo para as partes, devendo este restringir-se aos encargos do processo

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

na parte não coberta pela participação dos intervenientes do presente Protocolo, designadamente portes de correio e material de expediente, e ser aqueles encargos repartidos de acordo com as regras que constariam do regulamento de arbitragem.

No que concerne à participação dos intervenientes, o Ministério da Justiça asseguraria, sem encargos para os Centros, a nomeação do árbitro, bem como a sua remuneração, o apoio documental e o acesso a uma base de dados informatizada. O Ministério do Emprego e da Segurança Social asseguraria instalações adequadas e devidamente equipadas; a nomeação e remuneração de juristas/assistentes, para efeitos de informação, conciliação, mediação e preparação de processos a submeter ao Tribunal Arbitral; a afectação dos funcionários administrativos necessários e a distribuição aos Centros dos Boletins do Trabalho e Emprego e de outras publicações. As confederações sindicais e patronais assegurariam a nomeação de assessores sindicais e patronais para efeitos de conciliação e mediação, suportando os respectivos encargos; estimulariam a adesão dos trabalhadores e empregadores, designadamente através do lançamento de campanhas de sensibilização e de inserção de cláusulas adequadas em convenções colectivas de trabalho.

Nas negociações que se seguiram foi ponto de debate a comparticipação financeira do Estado e dos restantes subscritores do Protocolo no projecto, o que conduziu a que apesar de todos estes esforços, nenhum destes centros chegasse a entrar em funcionamento.

Destarte, a única excepção ao vazio institucional vivido no nosso país no que se refere à resolução alternativa de litígios laborais é o Serviço Regional de Conciliação e Arbitragem do Trabalho dos Açores (SERCAT). De facto, este serviço regional é a única instituição que no nosso país efectua a conciliação e a arbitragem de conflitos laborais. O SERCAT foi criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 24/84/A, de 19 de Maio, cobrindo todo o território da Região Autónoma dos Açores e sendo sediado em Ponta Delgada. A necessidade da criação deste serviço ficou a dever-se ao facto de, como refere o legislador regional ⁽⁴⁶⁾, o Decreto-Lei n.º 115/85, de 18 de Abril, ter extinguido as CCJ e, desta forma, ter revogado o art. 49.º do anterior CPT, que determinava a obrigatoriedade da realização da tentativa de conciliação antes da propositura da acção emergente de contrato individual de trabalho. Assim, e face ao

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Preâmbulo do Decreto Legislativo Regional n.º 24/84/A, de 19 de Maio.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

descontentamento das estruturas existentes na região em relação à extinção daquele organismo, a Assembleia Regional aprovou a criação deste serviço de índole facultativa e regional que pratica a conciliação e a arbitragem da área laboral. Para que possamos entender a eficácia do SERCAT, basta observar que o número de processos findos por este Serviço no ano de 2000 foi de 586, contra os apenas 52 findos pelo Tribunal do Trabalho de Ponta Delgada ⁽⁴⁷⁾.

Atendendo às leis laborais no domínio do contrato individual de trabalho, verificamos que as mesmas são disciplinadoras da relação laboral e protectoras do trabalhador, considerado a parte mais vulnerável no momento da celebração do contrato individual de trabalho e no decurso da sua execução. Também os direitos do trabalhador podem assumir ora natureza pessoal (parte deles relativos à sua personalidade, sendo, como tal, consagrados constitucionalmente), ora natureza meramente patrimonial. Seguindo a orientação de Manuel Pereira Barrocas, todos eles derivam da prestação de trabalho e, por isso, assumem na sua origem sempre carácter pessoal. Simplesmente, alguns deles, vencido o direito pecuniário que lhe corresponde, ou terminada que seja a relação laboral com a entidade patronal e cessada, assim, a relação de dependência, o trabalhador deixou de ser a parte mais fraca relativamente a constrangimentos daquela natureza. É neste enfoque que, segundo este A., se coloca, em tese, a questão da arbitrabilidade de questões laborais ⁽⁴⁸⁾.

Deste modo, não são arbitráveis (dado não se tratarem de interesses de natureza patrimonial), p. ex., direitos laborais relativos à apreciação da ilicitude do despedimento, a férias e o direito à honra e ao bom nome.

Por outro lado, são arbitráveis, a título exemplificativo, não só os efeitos económicos de direitos vencidos, terminada que esteja a relação laboral, mas também o direito à remuneração por trabalho prestado fora dos limites normais de trabalho, remuneração por férias não gozadas e indemnização por cessação do contrato.

Como tal, os direitos laborais, cujo litígio a eles relativo seja submetido à arbitragem após ter cessado a relação laboral e que tenham natureza meramente económica ou patrimonial, são arbitráveis.

⁽⁴⁷⁾ Seguimos, aqui, os dados apresentados por ANTÓNIO MANUEL CARVALHO DE CASIMIRO FERREIRA, ob. cit., pág. 200.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, ob. cit., pág. 134.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Apesar de tudo, para assegurar eficazmente a eficiência da arbitragem laboral seria necessário que o Estado e/ou as organizações patronais e sindicais constituíssem, de modo semelhante ao que tem sido feito no campo da mediação de conflitos laborais com a criação do SML (que analisaremos abordaremos mais à frente), centros de arbitragem para os julgamentos de questões laborais, o que, até agora, ainda não aconteceu entre nós.

4.2. A ARBITRAGEM FACULTATIVA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONSTANTE DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Num contrato individual de trabalho pode ficar convencionado que eventuais conflitos futuros relacionados com a relação jurídica assim constituída sejam resolvidos mediante o recurso à arbitragem.

Se estivermos perante um direito de carácter patrimonial e, como tal, limitável pelo seu titular, não temos dúvidas que a ordem jurídica preveja a possibilidade de celebração de convenções de arbitragem válidas (assumam elas a forma de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral).

Assim sendo, e acompanhando Lucinda D. Dias da Silva, o que se questiona é o seguinte: será possível retirar daqui a conclusão de que semelhante cláusula pode constar de contrato individual de trabalho? ⁽⁴⁹⁾

Sabemos que o contrato de trabalho é substancialmente diferente do contrato-tipo a que estamos habituados na *praxis* negocial. Uma das suas determinantes características é a subordinação jurídica a que o trabalhador se encontra adstrito, significando isto que o empregador detém a faculdade, juridicamente reconhecida e traduzida no poder de direcção, de determinar a forma de execução do trabalho.

O trabalhador não tem liberdade no acto de prestação de trabalho, devendo respeitar as “ordens” do empregador, balizadas pelo contrato de trabalho, por convenções colectivas de trabalho, pela lei, pela CRP e pelos limites gerais de direito.

Assim sendo, e como vemos, existe uma relação desnivelada, de natureza privada, distinta das relações jurídicas que se estabelecem entre particulares.

⁽⁴⁹⁾ Vide LUCINDA D. DIAS DA SILVA, “Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*”, in *Questões Laborais*, n.º 27, Ano XIII, Coimbra Editora, pág. 123.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Desta forma, e aqui acompanhamos Lucinda D. Dias da Silva na solução que apresenta, consideramos que, da conciliação das vantagens que o recurso à arbitragem pode proporcionar com a manutenção da efectiva liberdade de decisão do trabalhador, resulta que a validade da convenção de arbitragem deveria ficar dependente da sua configuração como cláusula de opção, ou seja, como cláusula vinculativa para o empregador ⁽⁵⁰⁾. No que concerne ao trabalhador, este poderia vir a recorrer à arbitragem no caso do surgimento de um conflito decorrente da relação individual de trabalho – arbitragem com natureza facultativa.

Existe aqui, como bem nota a referida A., uma proximidade entre a posição do trabalhador e a posição do consumidor e do aderente, dado que também estes ocupam a posição mais débil na relação contratual ⁽⁵¹⁾.

Por outro lado, justifica-se a consideração, relativamente ao trabalhador, do mesmo tipo de preocupações que a lei revela quanto ao aderente quando classifica como absolutamente proibidas as cláusulas contratuais gerais de que resulte a limitação ou exclusão “de antemão” da “possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei” ⁽⁵²⁾.

Como nos mostra ainda a A. que temos vindo a referenciar, a similitude aconselha, também, a previsão como imperativa das obrigações de comunicação e informação acerca do conteúdo da cláusula contratual ⁽⁵³⁾, e a adopção de regras interpretativas adaptadas à posição de menor poder do trabalhador ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾.

Em suma, e para concluir, pensamos que não será de admitir o recurso a tribunal, no caso de o trabalhador ficar insatisfeito com o resultado da arbitragem (o que não se confunde com o recurso aos tribunais para efeitos de interposição de recurso ou requerimento de anulação da decisão arbitral). Tal previsão debilitaria a força que se pretende conferir a este meio de resolução alternativa de litígios, retirando-lhe as suas

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, pág. 125.

⁽⁵¹⁾ Assim se assegurando que da convenção de arbitragem apenas decorra a ampliação do número de possibilidades de que o trabalhador já dispunha, não se vendo este privado de garantias especialmente previstas em atenção à sua circunstância.

⁽⁵²⁾ Cfr. al. h), do art. 21.º, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado sucessivas vezes, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

⁽⁵³⁾ Sob pena de se considerar excluída nos termos dos arts. 5.º, 6.º e 8.º do diploma mencionado na nota anterior.

⁽⁵⁴⁾ *Vide* art. 10.º e segs. do mesmo diploma.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Lucinda D. Dias da Silva, *ob. cit.*, pág. 127.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

características da jurisdicionalidade e associada vinculatividade, favorecendo, de uma forma mais do que proporcional, a parte já beneficiária de um tratamento particularmente tutelador ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, pág. 127.

CAPÍTULO V – O SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL PORTUGUÊS

5.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Convém esclarecer, em primeiro lugar, que vamos analisar o SML português tendo em conta a mediação como meio de resolução de conflitos individuais de trabalho, que se distingue da mediação aplicada à resolução de conflitos colectivos. Enquanto nesta o terceiro (mediador) recomenda ou apresenta uma proposta na solução do diferendo, naquela o mediador não recomenda ou impõe qualquer decisão às partes, cabendo a elas a composição dos termos do acordo que alcancem ⁽⁵⁷⁾.

De todo o modo, se atentarmos na definição de mediação apresentada por alguns A.A. ⁽⁵⁸⁾, estes definem-na como um processo em que um terceiro recomenda ou apresenta uma proposta de solução da divergência. As definições apresentadas por Monteiro Fernandes e Romano Martinez estão pensadas para a mediação enquanto mecanismo de resolução de conflitos colectivos de trabalho, encontrando-se em conformidade com a forma como o CT, indirectamente, define a mediação ⁽⁵⁹⁾. Dela se retira o poder de o mediador elaborar propostas às partes.

Como tal, e tendo em conta o que já afirmámos *supra* em 2.4.1., para vincar a diferença entre a mediação pensada para os conflitos colectivos e aquela pensada para os conflitos individuais teremos de atentar no disposto do n.º 1, do art. 35.º, da Lei dos Julgados de Paz ⁽⁶⁰⁾.

É indiscutível a grande influência dos Julgados de Paz como nova forma de administrar a justiça e resolver conflitos, fruto de um processo de desjudicialização. Entendemos que o conceito de desjudicialização surge como resposta à incapacidade

⁽⁵⁷⁾ Vide, a este respeito, RAÚL DE DIEGO VALLEJO/CARLOS GUILLÉN GESTOSO, *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*, Ediciones Pirámide, 2006, pág. 244.

⁽⁵⁸⁾ Entre eles, nomeadamente, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 13.ª ed., Almedina, 2006, pág. 865, que define a mediação como “uma tentativa de resolução consensual do conflito colectivo, a partir de uma proposta ou recomendação formulada por um terceiro designado por acordo das partes (o mediador)”. Na mesma linha, para PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Almedina, 2006, pág. 1231, “na mediação, encarrega-se um terceiro, uma entidade independente das partes, de apresentar uma proposta de resolução do dissídio”.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. art. 527.º, n.º 5, “Para a elaboração da proposta, o mediador pode solicitar às partes ...”, e n.º 7, “O mediador deve remeter a proposta às partes no prazo de 30 dias a contar da sua nomeação...”.

⁽⁶⁰⁾ De acordo com o preceituado neste normativo, “a mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

dos tribunais à procura (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à irrazoável duração dos processos e ao difícil acesso à justiça. Os Julgados de Paz surgiram no início do século XXI acompanhados do processo de mediação, comportando uma justiça cujo desiderato era o de facultar uma maior proximidade ao cidadão ⁽⁶¹⁾, permitindo, assim, estudar e aplicar aspectos práticos da mediação à resolução de conflitos.

5.2. FUNDAMENTOS DO SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL

A constante mutação a nível económico, social e cultural, mormente tendo em conta a contemporaneidade dos tempos em que vivemos, importa a adequação dos sistemas jurídicos, com o objectivo de assegurarem uma tutela efectiva na defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Desta forma, e na linha de evolução dos sistemas de resolução de conflitos que temos vindo a elencar, surgiu o SML português. E é a ele que vamos dedicar as alocações seguintes.

Assim sendo, no Protocolo de criação do SML ⁽⁶²⁾, podemos observar que “o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos interesses legítimos dos cidadãos constitui uma obrigação constitucional que compete ao Estado assegurar”. A garantia do acesso aos tribunais é uma concretização do princípio estruturante do Estado de Direito. Trata-se de um pressuposto com assento constitucional ⁽⁶³⁾, e é com base nele que se iniciam as razões apresentadas pelos membros outorgantes do Protocolo de criação do SML. Como tal, e partindo deste grande princípio, urge criar meios acessíveis, eficazes e céleres que permitam aos cidadãos o exercício dos direitos que lhes assistem.

Como tal, e no sentido de dar corpo a uma exigência que se faz sentir, torna-se premente um conjunto de reformas na administração da justiça, onde novas formas de resolução de litígios, de natureza informal não jurisdicional são o propulsor para a criação de uma nova forma de justiça que se quer próxima, informal, célere, económica,

⁽⁶¹⁾ A este propósito, LÚCIA DIAS VARGAS, ob. cit., pág. 100.

⁽⁶²⁾ Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/pdf7307/protocolo-de-acordo/downloadFile/file/Protocolo_de_Mediacao_Laboral.pdf?nocache=1182243469.36.

⁽⁶³⁾ Veja-se, desde logo, o preceituado nos arts. 20.º, 202.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4 e 5 da CRP.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

eficiente, simples, voluntária, proporcional, oportuna, participativa, diversificada e responsável.

Apesar disto, não podemos ser parciais ao ponto de considerar que este Sistema representa um “todo-poderoso”. Desde logo, não se propõe a prossecução de consensos à força entre trabalhadores e empregadores. Não é isto que se pretende, daí a voluntariedade da participação no SML. Para que o Sistema não fique descredibilizado, teremos de tomar em consideração as suas fragilidades, e corrigi-las quando surjam, para que todo o processo de informalização e de desjudicialização da justiça não saia gorado.

Porém, não se pense que a aplicação da mediação a matérias laborais é automática. A relação jus-laboral, tal como a conhecemos e entendemos, é descrita como uma relação de forças, onde a entidade empregadora surge numa posição de supremacia face ao trabalhador, daí que constitucionalmente a área laboral mereça uma ampla consagração no texto fundamental.

O que se questiona é se as especificidades que as relações jus-laborais emergentes de conflitos individuais apresentam, constituem ou não um entrave para que possam ser enquadradas no SML. Esta resposta terá de ser enquadrada, pelo que num momento posterior voltaremos a ela.

Apesar disto, os membros outorgantes do SML não tiveram dúvidas de que “a legislação laboral em geral e, as acções emergentes de contrato individual de trabalho, comportam especificidades que justificam a criação de um Sistema de Mediação Laboral” (64).

Trata-se de um novo sistema de resolução de conflitos que, pela forma como é apresentado, surge como complementar ao modo tradicional de resolução de conflitos, aparecendo numa altura em que a pendência de processos nos tribunais do trabalho cresce desenfadadamente. E dizemos complementar e não alternativo. Pergunta-se, porquê? A resposta é simples. Só através de uma complementaridade dos diversos meios de resolução alternativa de litígios é possível oferecer uma adequada e eficaz tutela jurisdicional aos cidadãos em geral.

(64) Cfr. prólogo do Protocolo.

5.3. PARTICULARIDADES

O Protocolo de criação do SML foi assinado a 5 de Maio de 2006 ⁽⁶⁵⁾.

No 1.º parágrafo, da 1.ª cláusula, do citado Protocolo, podemos ler “O presente acordo tem como objectivo criar um Sistema de Mediação Laboral, voluntário e de âmbito nacional, para a resolução de litígios em matéria laboral, quando não estejam em causa direitos indisponíveis, e quando não resultem de acidentes de trabalho”. Além disso, no 2.º parágrafo, da citada cláusula, sublinha-se que “O Sistema de Mediação Laboral visa permitir a resolução de todo o tipo de litígios, através da mediação, com recurso a mediadores independentes, imparciais e credenciados, com o objectivo de estabelecer a comunicação entre as partes para que estas encontrem, *por si próprias* ⁽⁶⁶⁾, a base do acordo e a consequente resolução do litígio”.

O SML entrou em funcionamento a 19 de Dezembro de 2006 ⁽⁶⁷⁾, a título experimental, por um ano, nas áreas metropolitanas de Lisboa e Porto. A partir de 7 de Maio de 2007 passou a abranger o distrito de Braga. No dia 19 de Dezembro de 2007 expandiu-se aos distritos de Viana do Castelo, Viseu, Aveiro, Coimbra, Leiria, Santarém e Setúbal. Actualmente, funciona em todo o território de Portugal Continental.

A existência de um SML, vocacionado para a resolução de conflitos laborais, em especial os decorrentes de contratos individuais de trabalho, com excepção das matérias relativas a direitos indisponíveis, poderá contribuir para o crescimento do número de litígios resolvidos extrajudicialmente e, consequentemente, para a libertação de um considerável número de acções dos tribunais de trabalho.

As empresas signatárias do protocolo têm como obrigação a divulgação do SML junto dos seus trabalhadores e a inclusão de uma cláusula no contrato de trabalho que faça expressa referência ao SML e à adesão da entidade patronal a este meio de resolução de conflitos laborais.

⁽⁶⁵⁾ Podemos observar a lista de entidades aderentes ao SML em http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/entidades-aderentes-ao/downloadFile/file/SML_entidades_aderentes.pdf?nocache=1351089488.1.

⁽⁶⁶⁾ O itálico é nosso, e serve para evidenciar a forma como a mediação é levada a cabo no SML, servindo, desta forma, para a distinguir de figuras próximas.

⁽⁶⁷⁾ O SML resulta de um acordo promovido pelo Ministério da Justiça entre todas as Confederações Patronais (CAP - Confederação dos Agricultores de Portugal, CCP - Confederação do Comércio e Serviços de Portugal, CIP - Confederação da Indústria Portuguesa e CTP - Confederação do Turismo Português) e Centrais Sindicais (UGT - União Geral de Trabalhadores e CGTP-IN - Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional), cujo protocolo de criação foi assinado no dia 5 de Maio de 2006 como já referimos.

5.3.1. *O objecto*

Como se observa na al. e), do 3.º parágrafo, da cláusula 3.ª do Protocolo, ao Conselho Consultivo compete apreciar o Manual de Procedimentos e Boas Práticas do Sistema de Mediação Laboral ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾. O Conselho Consultivo é responsável pelo acompanhamento da actividade do SML ⁽⁷⁰⁾.

Ora, no âmbito das suas funções e atribuições, o Conselho Consultivo aprovou, em reunião ocorrida a 29 de Novembro de 2006, o MSML ⁽⁷¹⁾ ⁽⁷²⁾. O MSML visa, em harmonia com o preceituado no seu art. 23.º, “assegurar o respeito pelos princípios da independência, da imparcialidade, da transparência, da eficácia, da legalidade, da liberdade, da representação e da equidade (...)”. O procedimento do SML exclui do seu âmbito de aplicação, conflitos emergentes de acidentes de trabalho, bem como conflitos jus-laborais quando estejam em causa direitos indisponíveis ⁽⁷³⁾. Exclui-se, igualmente, do seu âmbito de aplicação litígios laborais com trabalhadores menores de 16 anos ⁽⁷⁴⁾.

No prólogo do Protocolo podemos ler que um dos objectivos é a “existência de um Sistema de Mediação Laboral, vocacionado para a resolução de conflitos laborais, em especial os decorrentes de contratos individuais de trabalho”, mas também a marcação de férias, a alteração do horário de trabalho, a transferência de um trabalhador para outro local, as promoções e aspectos relacionados com a natureza jurídica do contrato de trabalho.

Em suma, trata-se de um Sistema vocacionado para resolver conflitos individuais surgidos de relações jurídico-laborais (com as exclusões referidas

⁽⁶⁸⁾ Doravante, e por uma questão de exposição, utilizaremos, abreviadamente, a sigla MSML.

⁽⁶⁹⁾ Este Manual pode ser consultado em http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/manual-de-boas-praticas/downloadFile/file/SML_Manuel_boas_praticas.pdf?nocache=1351089425.34.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. cláusula 3.ª do Protocolo.

⁽⁷¹⁾ Vide art. 26.º, n.º 2, do MSML.

⁽⁷²⁾ Não abona em favor da credibilidade do SML o facto de o MSML ser aprovado em reunião do Conselho Consultivo. Parece-nos que aqui se deveria dar um passo em frente em face da eficácia e credibilização do Sistema...

⁽⁷³⁾ Sobre o conceito de direitos indisponíveis e a sua exclusão do âmbito de aplicabilidade do SML, cfr. *infra*, ponto 5.5.1..

⁽⁷⁴⁾ Cfr. art. 2.º do MSML. Este é um aspecto que está melhor desenvolvido no ponto 5.5.3..

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

anteriormente), não pode ser utilizado por trabalhadores menores de 16 anos e tem âmbito territorial nacional ⁽⁷⁵⁾.

5.3.2. Características

Podemos atribuir, *prima facie*, três características ao SML: a informalidade (dado que existe um contacto muito próximo entre o mediador e as partes), a flexibilidade e a desconcentração. João Zenha Martins afirma que “o Sistema de Mediação Laboral assenta num instrumentário desprovido de estrutura administrativa formal, flexível e desconcentrado” ⁽⁷⁶⁾.

Apesar disto, não se poderá dizer que se trata de um Sistema sem controlo na sua actividade, como iremos ver no ponto seguinte.

Assim sendo, parte-se para uma nova solução ao nível do paradigma jurídico, deixando de haver um vencedor e um vencido (típico das sentenças proferidas pelos tribunais), e logrando-se uma solução do tipo vencedor/vencedor.

5.4. OS PROCEDIMENTOS DO SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL

5.4.1. Procedimentos e custos

O SML é constituído por um *Ponto de Contacto* ⁽⁷⁷⁾ – coordenado pelo Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios ⁽⁷⁸⁾, em dependência do Ministério da Justiça – com competência nacional, e que tem como principais atribuições prestar informações relacionadas com o funcionamento do SML, indicar o mediador especialista em

⁽⁷⁵⁾ Cfr. art. 3.º, n.º 1, do MSML.

⁽⁷⁶⁾ Vide JOÃO ZENHA MARTINS, “O Sistema de Mediação Laboral – Algumas Notas”, in *Prontuário de Direito do Trabalho* – Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 72, 2005, pág. 106.

⁽⁷⁷⁾ Vide, designadamente, cláusula 2.ª, parágrafo 1.º, al. a) e cláusula 4.ª, al. a), ambas do Protocolo e art. 4.º, n.º 1, do MSML.

⁽⁷⁸⁾ O Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (introduzido pelo Decreto-Lei n.º 127/2007, de 27 de Abril), doravante designado por GRAL, sucede à Direcção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), que havia sido criada nos termos da al. g), do art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 146/2000, de 18 de Julho, com a missão de desenvolver acções tendentes a assegurar o desígnio constitucional de acesso célere aos meios de justiça, bem como ampliar as diferentes modalidades de resolução de litígios.

conflitos laborais, indicar, quando necessário, o local e data para a realização da mediação, assegurar a cobrança das despesas e funcionamento do Sistema ⁽⁷⁹⁾ e coligir a informação relativa à actividade e desempenho do Sistema ⁽⁸⁰⁾.

À partida, o procedimento é expedito e flexível. O *Ponto de Contacto* recebe, por solicitação expressa do utente do serviço, a descrição sucinta do objecto do litígio, a pretensão e a entidade visada. Esta solicitação deverá chegar ao conhecimento do *Ponto de Contacto* do SML através de telefone, fax, via postal, correio electrónico ou formulário on-line disponível da aplicação informática do SML ⁽⁸¹⁾. Com os dados fornecidos, averigua-se a viabilidade da pretensão ser resolvida através do SML e, caso não o seja, o *Ponto de Contacto* comunica ao requerente a indisponibilidade do Sistema ⁽⁸²⁾. Aqui, e acompanhando João Zenha Martins, a delimitação do núcleo de direitos que não são resolúveis através de mediação, “implicará, por banda do *Ponto de Contacto*, uma comunicação fundamentada quanto à sua indisponibilidade para administrar o procedimento mediatório ou, a jusante, a cessação da mediação em virtude da verificação efectuada pelo mediador de que se trata de questão que não cabe nas fronteiras do Sistema de Mediação Laboral” ⁽⁸³⁾.

Sendo o conflito enquadrável no âmbito do SML, o *Ponto de Contacto* procede à comunicação da contraparte, que responde se aceita participar ou não no respectivo procedimento de mediação voluntária ⁽⁸⁴⁾. Esta comunicação à contraparte é realizada através dos mesmos meios que referimos no parágrafo anterior ⁽⁸⁵⁾, com excepção do correio electrónico – visto que, em princípio, ainda não o saberá – e do formulário on-line disponível da aplicação informática do SML. Em face da inexistência de resposta da contraparte, “o *Ponto de Contacto* do SML solicita uma resposta em prazo razoável, findo o qual comunica ao requerente que o pedido não foi aceite” ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁷⁹⁾ Actualmente, é ao mediador que cabe, nos termos do n.º 3, do art. 8.º do MSML, receber e conferir os documentos comprovativos do pagamento da taxa de utilização do SML, pelo que o mesmo só dará início ao procedimento, nos termos do disposto no n.º 3, do art. 10.º do referido Manual, “após confirmação da realização do pagamento pelas partes ou verificada a dispensa da concessão do apoio judiciário nos termos do disposto no art. 8.º”.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. cláusula 2.ª, parágrafo 1.º, al. a), do Protocolo.

⁽⁸¹⁾ Vide art. 4.º do MSML.

⁽⁸²⁾ Cfr. o disposto no n.º 4, do art. 4.º, do SML, “No caso da pretensão do requerente não se enquadrar no âmbito do SML, o Ponto de Contacto do SML comunica-lhe a indisponibilidade do Sistema para administrar o procedimento”.

⁽⁸³⁾ Cfr. JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit., pág. 112.

⁽⁸⁴⁾ Vide n.º 1, do art. 5.º, do MSML.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. art. 5.º, n.º 2, do MSML.

⁽⁸⁶⁾ Nos termos do disposto do n.º 4, do art. 5.º, do MSML.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Seguidamente, e sendo a mediação aceite, o *Ponto de Contacto* indica um mediador de conflitos laborais, podendo, de igual sorte, as partes optarem elas pela escolha do mesmo, nos termos do art. 6.º do MSML. Posteriormente, observa-se o disposto no art. 7.º do MSML, ou seja, escolhido o mediador, procede-se à escolha de um local para se realizar a mediação (dispondo o *Ponto de Contacto* de vários locais distribuídos geograficamente para este efeito), bem como o número, duração e periodicidade das sessões de mediação.

Assim, e apesar do que foi dito até aqui, é na primeira sessão onde as partes são esclarecidas da mediação, bem como dos seus direitos e deveres. É, também, neste momento, que assinam o *Termo de Consentimento* e entregam o documento comprovativo do pagamento da taxa de utilização do SML (isto na hipótese de alguma delas não beneficiar de apoio judiciário, nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto) ⁽⁸⁷⁾. É este o momento em que verdadeiramente se inicia a mediação propriamente dita, dado que é aqui que começa a intervenção do mediador na resolução do conflito.

No que concerne aos custos, o Sistema tem uma taxa de utilização de € 100 (cem euros), cabendo a cada uma das partes o pagamento de € 50 (cinquenta euros), e isto independentemente da duração e do número de sessões (sem prejuízo da concessão de apoio judiciário nos termos da lei), de acordo com o preceituado no n.º 1, do art. 10.º, do MSML.

5.5. QUESTÕES DEBATIDAS

5.5.1. *No que concerne à questão (restrição) dos direitos indisponíveis*

Uma das questões mais problemáticas que na prática se poderá suscitar “diz respeito à delimitação do núcleo de direitos que, por força da sua irrenunciabilidade, não são resolúveis através de mediação” ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁷⁾ Vide o disposto no art. 8.º do MSML.

⁽⁸⁸⁾ Nas palavras de JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit., pág. 112.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Já o dissemos, mas nunca é demais recordar que grande parte das normas laborais, são de carácter proteccionista, atento o nível de desigualdade decorrente da relação jus-laboral. Como tal, existem direitos sobre os quais recai uma indisponibilidade, ou seja, sobre os quais o trabalhador não pode dispor. Porém, só casuisticamente analisando os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados se poderá ajuizar sobre a (in)disponibilidade dos mesmos.

Como nos ensina J.J. Gomes Canotilho ⁽⁸⁹⁾, a renúncia a direitos fundamentais pressupõe como condição fundamental que o titular do direito disponha sobre a sua posição jurídica de forma livre e autodeterminado. Dispor contra si próprios exige isto mesmo (liberdade e autodeterminação). Desta forma, reconhecer-se-iam como legítimas algumas renúncias a direitos fundamentais, expressa ou implicitamente consagradas no contrato de trabalho (p. ex., obrigação de residência no local de trabalho, renunciando o trabalhador à liberdade do lugar de habitação e deslocação e obrigação de renúncia ao descanso semanal). O problema reside, na opinião do mesmo A., na questão da renúncia aos direitos de personalidade. Como tal, os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações são, na ordem constitucional portuguesa, irrenunciáveis, sobretudo quando se trate de Direitos, Liberdades e Garantias dos trabalhadores (cfr. arts. 53.º a 59.º da CRP). E conclui, J.J. Gomes Canotilho, “dizer que as liberdades básicas são inalienáveis é o mesmo que dizer que qualquer acordo entre cidadãos que prescindia de uma liberdade básica ou a viole, mesmo que esse acordo possa ser racional e voluntário, é nulo *ab initio*, isto é, não tem qualquer força legal nem afecta as liberdades básicas de qualquer cidadão” ⁽⁹⁰⁾.

Também a este respeito, não poderemos deixar de mencionar a Directiva n.º 2008/52/CE. No seu considerando (10) podemos observar que a mesma não será aplicável aos direitos e obrigações sobre os quais as partes nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só, concluindo que esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em Direito do Trabalho. Também o n.º 2, do art. 1.º, desta Directiva é claro neste aspecto.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, 2003, págs. 464-465.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, pág. 465.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Atentemos, agora, na análise jurisprudencial. No Ac. do TRC de 18 de Fevereiro de 2010 ⁽⁹¹⁾, foi levada a juízo esta questão da (in)disponibilidade de direitos. Estava em causa o direito à retribuição e aos restantes créditos laborais depois de cessada a relação laboral. O TRC considerou que cessada a relação laboral, nada justifica que o trabalhador não disponha livremente dos seus créditos laborais, quer salariais quer outros, emergentes da sua violação ou cessação, terminados os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação – art. 1249.º, *a contrario*, do CC ⁽⁹²⁾. Conclui, assim, a Relação de Coimbra que o trabalhador pode renunciar ou estabelecer transacção sobre eles. No mesmo sentido vai o Ac. do STJ de 24 de Novembro de 2004 ⁽⁹³⁾ – o qual constitui expressão de jurisprudência uniforme, não se tendo encontrado outros divergentes desta tese. Neste Ac. podemos ler que “Tal renúncia (*ao direito à retribuição e aos restantes créditos laborais* ⁽⁹⁴⁾) é válida, uma vez que o direito à retribuição (bem como aos demais créditos laborais) só se considera indisponível durante a vigência da relação laboral, o que se justifica, quer pela natureza da retribuição, entendida como crédito alimentar, indispensável ao sustento do trabalhador e da sua família, quer pela situação de subordinação económica e jurídica em que o trabalhador se encontra face ao empregador, que o pode inibir de tomar decisões verdadeiramente livres, em resultado do temor reverencial em que se encontra face aos seus superiores ou do medo de represálias ou de algum modo poder vir a ser prejudicado na sua situação profissional”. E remata que “cessada a relação laboral, já nada justifica que o trabalhador não possa dispor livremente dos seus eventuais créditos resultantes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, uma vez que já não se verificam os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação”.

Desta forma, torna-se imprescindível uma avaliação sobre a natureza do bem e a delimitação quantitativa do objecto da manifestação da vontade, como anteposto indispensável da decisão acerca da sua admissibilidade concreta, sabendo que estamos perante uma temática que mexe com direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, mas que, relativamente a determinado tipo de acordos insertos no contrato de

⁽⁹¹⁾ Proc. n.º 91/09.9TTCVL.C1, disponível in <http://www.dgsi.pt>, cujo Relator foi Azevedo Mendes.

⁽⁹²⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 32/2012, de 14 de Agosto.

⁽⁹³⁾ Proc. n.º 04S2846, disponível in <http://www.dgsi.pt>, cujo Relator foi Sousa Peixoto.

⁽⁹⁴⁾ O itálico é nosso.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

trabalho (pense-se, p. ex., em pactos de não concorrência), o trabalhador pode dispor da sua posição de vantagem, no sentido de a enfraquecer, se com isso retirar benefícios que de outra forma não retiraria ⁽⁹⁵⁾.

Assim sendo, a indisponibilidade de direitos coloca variados problemas que têm de ser entendidos no contexto em que estão inseridos. Significa isto que o Estado de Direito visa assegurar a protecção de direitos, conferindo um patamar mínimo a essa protecção. Contudo, não podemos extremar esta afirmação. Entendemos que às partes deve ser assegurada uma maior autodeterminação, enquadrada na realidade jus-laboral da actualidade. Só assim se evita que esta restrição ao SML não constitua um entrave maior do que aquele que se deseja.

Como tal, existe um conjunto de normas absolutamente imperativas, como as que se referem ao direito a férias (direito tipicamente irrenunciável – cfr. art. 237.º do CT) ou o direito a dias de descanso semanal (cfr. art. 232.º do CT), direitos que, correspondendo a necessidades fisiológicas e sociais indispensáveis, recebem protecção jurídico-constitucional específica (cfr. al. d), do art. 59.º, da CRP) e que, no curso da relação laboral, estão para lá da capacidade de disposição do trabalhador, não sendo, por conseguinte, renunciáveis, transaccionáveis ou mediáveis ⁽⁹⁶⁾.

5.5.2. *No que respeita ao conteúdo e valor do acordo*

Nos termos do 2.º parágrafo, da cláusula 1.ª, do Protocolo, é às partes que cabe, por si próprias, encontrar a base do acordo e a consequente resolução do litígio. Chegando as partes a acordo, redige-se o *Termo de Acordo*, nos termos do art. 13.º do MSML.

Sabemos que as partes têm interesses conflitantes entre si e na busca da obtenção do acordo, o mediador deve auxiliá-las a restabelecerem a comunicação (que em princípio deverá ter ficado afectada com o surgimento do litígio), e investigar sobre as razões de fundo para conseguir que as partes alcancem um acordo justo, equitativo e que represente o livre exercício da sua vontade, de acordo com o preceituado no art.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit., pág. 113.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, pág. 115.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

24.º, n.º 1, do MSML ⁽⁹⁷⁾. Neste contexto, somos levados a afirmar que o exercício da autodeterminação da vontade das partes é livre, desde que não colida com normas imperativas, designadamente os preceitos constitucionalmente consagrados.

Por outro lado, o valor do acordo obtido em mediação é uma questão que suscita mais polémica. É sobre este assunto que nos iremos agora debruçar.

De acordo com o preceituado no n.º 5, do art. 13.º, do MSML, “Os efeitos do acordo obtido através da mediação não ficam sujeitos a qualquer intervenção judicial posterior” ⁽⁹⁸⁾.

Assim sendo, e considerando a própria natureza da mediação laboral, bem como dos princípios que a inspiram, compreende-se a ausência de intervenção judicial, e isto diversamente do que sucede no quadro do processo laboral, com a tentativa de conciliação ⁽⁹⁹⁾, em que o juiz preside ⁽¹⁰⁰⁾.

Nos termos da al. n), da cláusula 4.ª, do Protocolo, “o acordo alcançado através da mediação tem força executiva, nos termos previstos no Código de Processo do Trabalho e no Código de Processo Civil”. Como tal, e de acordo com o preceituado no art. 45.º, n.º 1, do CPC ⁽¹⁰¹⁾, “toda a execução tem por base um título, pelo qual se determinam o fim e os limites da acção executiva”. Deste modo, para que haja lugar à realização coactiva duma prestação devida, há que satisfazer, de acordo com José Lebre de Freitas, duas condições, das quais depende a exequibilidade do direito à prestação: em primeiro lugar, o dever de prestar deve constar de um título, designado título executivo. Trata-se de um pressuposto de carácter formal, que extrinsecamente condiciona a exequibilidade do direito, na medida em que lhe confere um grau de certeza que o sistema reputa suficiente para a admissibilidade da acção executiva. Em

⁽⁹⁷⁾ Neste preceito podemos observar que “O mediador de conflitos não pode sugerir ou impor uma decisão aos mediados, devendo auxiliá-los a comunicar entre si e questioná-los, investigando a fundo as questões no sentido de ajudar os mediados a criar e avaliar as opções que proporcionem um acordo justo, equitativo e duradouro que represente o livre exercício da sua vontade”.

⁽⁹⁸⁾ Cfr., a este respeito, JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit., pág. 121, onde o A. afirma que “Tratando-se de uma estrutura que funciona de forma prática e flexível e que se encontra concebida para reduzir os custos ao mínimo necessário, os efeitos do acordo obténível através da mediação não ficam sujeitos a qualquer intervenção judicial posterior”.

⁽⁹⁹⁾ Tentativa que, nos termos do art. 51.º, n.º 1, do CPT, “realiza-se obrigatoriamente quando prescrita neste Código”, sendo o que sucede com a audiência de partes, a realizar após a recepção da petição inicial – art. 55.º, n.º 2 –, bem como com a tentativa de conciliação, com que o juiz deve iniciar a audiência – art. 70.º, n.º 1.

⁽¹⁰⁰⁾ Nos termos do preceituado no n.º 2, do art. 51.º, do CPT.

⁽¹⁰¹⁾ Doravante, CPC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, com as sucessivas alterações.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

segundo lugar, a prestação deve mostrar-se certa, exigível e líquida. Certeza, exigibilidade e liquidez são pressupostos de carácter material, que intrinsecamente condicionam a exequibilidade do direito, na medida em que sem eles não é admissível a satisfação coactiva da pretensão ⁽¹⁰²⁾.

O art. 46.º, n.º 1, do CPC, enumera, nas suas alíneas, quatro espécies de títulos executivos: sentença condenatória; documento exarado ou autenticado por notário; escrito particular assinado pelo devedor e título executivo por força de disposição especial.

Ora, no caso do acordo obtido em mediação laboral, parece-nos que só pode ser enquadrado na al. c), do n.º 1, do art. 46.º, do CPC, que confere exequibilidade aos documentos particulares, assinados pelo devedor, constitutivos ou recognitivos de obrigações. Caso o acordo alcançado indique a quantia líquida a pagar (ou seja possível a sua liquidação por simples cálculo aritmético), o prazo e o modo de pagamento ou de cumprimento acordado e versar sobre direitos disponíveis, parece-nos ser líquida a executoriedade do acordo, em virtude de preencher os pressupostos do citado preceito legal ⁽¹⁰³⁾.

Assim sendo, caso o acordo mediatório não cumpra os requisitos que referimos anteriormente, não vemos como possa ter força executiva. Poderíamos questionar se, à luz da al. d), do n.º 1, do art. 46.º, do CPC, não poderíamos estar perante um documento a que, por disposição legal, fosse atribuída força executiva. A resposta terá de ser, obrigatoriamente, negativa. Desde logo, porque teria de ser a lei a atribuir força executiva, o que não se verifica no caso concreto, visto que o Protocolo, por um lado, e o MSML, por outro, não possuem força de lei.

Ora, e atendendo ao que temos vindo a afirmar, parece-nos que podemos ter dois tipos de acordos em mediação laboral: os que possuem força executiva, por respeitarem os requisitos previstos na al. c), do n.º 1, do art. 46.º, do CPC, e os que não a possuem, por não respeitarem os mesmos requisitos. Ora, esta situação poderá acarretar consigo muitos problemas.

Deste modo, para que o Sistema seja considerado eficaz, dever-se-á assegurar às partes a possibilidade de requerem que o conteúdo do acordo reduzido a escrito, obtido

⁽¹⁰²⁾ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva – Depois da reforma da reforma*, Coimbra Editora, 2009, pág. 29.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. art. 805.º do CPC.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

em mediação, seja declarado executório, em conformidade com o art. 6.º da Directiva n.º 2008/52/CE.

A Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, iniciou o processo de transposição para a ordem jurídica portuguesa da Directiva anteriormente referida, aditando novos arts. ao CPC (¹⁰⁴). Estas novas disposições promovem o recurso à mediação enquanto meio de resolução de litígios.

Desta forma, deu-se resposta ao problema até aí muito debatido, concernente à homologação do acordo obtido em mediação extrajudicial. Só desta forma se acautelam os interesses das partes, colocando-se a decisão conseguida em mediação (através do acordo das partes) a um nível equitativo face à decisão proferida por um tribunal, contribuindo-se, assim, para conferir força e credibilidade ao Sistema.

Assim, apesar de no SML não haver qualquer ligação com um tribunal, ainda assim deve permitir-se que as partes solicitem a homologação do acordo num tribunal se o quiserem. Faz sentido aplicar-se, aqui, o disposto no art. 249.º-B do CPC, embora se deva entender que a competência para esta homologação pertence aos tribunais de competência especializada laboral (¹⁰⁵).

É certo que o art. 249.º-B do CPC visou transpor o art. 6.º da Directiva, cuja epígrafe é “Executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação”. Nos termos deste preceito, os Estados têm de garantir que o conteúdo de um acordo reduzido a escrito seja declarado executório.

Repare-se, porém, que a norma portuguesa não se refere a executoriedade do acordo, apenas à sua homologação. E acrescenta que essa homologação tem o fim da verificação da legalidade do acordo e não, como a Directiva indica, o de declará-lo executório.

Esta diferença justifica-se porque no direito português um documento particular assinado pelo devedor, em que este reconheça a existência de uma obrigação ou a constitua, é título executivo, nos termos da al. c), do n.º 1, do art. 46.º, do CPC. Um acordo obtido em mediação que preencha estes requisitos – o que será o normal – é automaticamente título executivo (¹⁰⁶).

(¹⁰⁴) Foram aditados os arts. 249.º-A, 249.º-B, 249.º-C e 279.º-A.

(¹⁰⁵) Neste sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., págs. 61-62.

(¹⁰⁶) Vide DÁRIO MOURA VICENTE, “A Directiva n.º 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008 Relativa a certos Aspectos da Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Desta forma, conjugando o art. 6.º, n.º 1, da Directiva e o n.º 1, do art. 249.º-B, do CPC, concluímos que a declaração de executoriedade tem de ser pedida pelos dois interessados ou por um com o consentimento do outro. Apesar do preceito do CPC não ser claro neste aspecto, esta será a melhor interpretação, nomeadamente tendo em conta também o estipulado no n.º 5 deste mesmo diploma. É notória a pressuposição de que as partes actuam em conjunto. Isto é, havendo recusa da homologação, o legislador permite que as partes reformulem o acordo e o voltem a submeter para homologação.

No que respeita aos padrões de análise para a homologação do acordo obtido em mediação laboral, tendemos a considerar que os mesmos se encontram previstos no art. 300.º do CPC ⁽¹⁰⁷⁾. Ora, nos termos do n.º 3, do citado preceito, o juiz examina a validade do acordo em função do seu objecto e da qualidade dos intervenientes. O que trata o art. 300.º do CPC é saber se o acordo cumpre os requisitos legais daquele negócio jurídico e, logo, se está conforme ao Direito ⁽¹⁰⁸⁾.

Em suma, o juiz tem, assim, de analisar se o objecto está na disponibilidade das partes e se tem idoneidade negocial. A disponibilidade do direito em litígio encontra-se prevista no art. 299.º do CPC. Nos termos deste preceito, não é admissível a transacção que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis. Já quanto à idoneidade negocial do objecto do acordo, entendemos que este não pode ser contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, por aplicação do art. 280.º do Código Civil (CC) ⁽¹⁰⁹⁾.

5.5.3. Comparência e representação das partes

No que concerne à comparência das partes e à sua representação, teremos de atentar no disposto no art. 11.º do MSML ⁽¹¹⁰⁾. Este estabelece que as partes têm de

Jurídica Portuguesa”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* (Ano II), Almedina, 2009, pág. 138.

⁽¹⁰⁷⁾ Os requisitos do art. 300.º do CPC aplicam-se quer se trate de mediação pré-judicial, quer contemporânea do processo ou ainda quer se trate de um acordo obtido em conciliação.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 72.

⁽¹⁰⁹⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, alterado sucessivas vezes, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 23/2013, de 5 de Março.

⁽¹¹⁰⁾ No n.º 1 do citado preceito, lê-se que “As partes têm de comparecer pessoalmente às sessões de mediação, podendo fazer-se acompanhar, querendo, de advogado, advogado estagiário, solicitador ou outros assessores técnicos”.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

comparecer pessoalmente às sessões de mediação, sendo que em caso de impedimento comprovado podem fazer-se representar por mandatário com poderes especiais para desistir, confessar ou transigir. Nos termos do n.º 3 do citado preceito, as pessoas colectivas devem fazer-se representar por mandatário com poderes especiais para desistir, confessar ou transigir.

Deste modo, realça-se o carácter pessoal da mediação, exigindo-se a presença das partes, pois o objectivo é que elas, em comum, dirimam o conflito em causa, com vista à subsistência do relacionamento. Assim sendo, só em caso de impedimento comprovado podem as partes fazerem-se representar por mandatário ⁽¹¹¹⁾.

O SML limita o acesso a trabalhadores menores de 16 anos, nos termos do art. 2.º do MSML. Sobre este aspecto, teremos de atentar no estipulado no n.º 2, do art. 2.º, do CPT, onde observamos que “os menores que ainda não tenham completado 16 anos são representados pelo Ministério Público quando se verificar que o seu representante legal não acautela judicialmente os seus interesses”.

Assim sendo, em relação aos trabalhadores, perspectiva-se a necessidade de restringir a capacidade de recurso aos serviços de mediação ao limite *a quo* de 16 anos, face à manifesta incompatibilidade da intervenção do Ministério Público com a mediação laboral, que subjaz à presunção legal de que só a partir dos 16 anos o menor dispõe de capacidade plena para a dirimção processual dos seus litígios ⁽¹¹²⁾.

Sabemos que o interesse determinante das incapacidades é o interesse do próprio incapaz ⁽¹¹³⁾. No que concerne aos menores, ela abrange, em princípio, quaisquer negócios jurídicos, isto é, é uma incapacidade geral (art. 123.º do CC). Porém, em conformidade com a ressalva feita pelo citado preceito, existem algumas excepções a essa incapacidade. Desde logo, na al. a), do art. 127.º, do CC, onde observamos que os menores podem praticar actos de administração ou disposição de bens que hajam adquirido pelo seu trabalho. Também a al. c), deste mesmo preceito, indica que são válidos os negócios relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

⁽¹¹¹⁾ Mas, note-se, não bastam aqui poderes forenses gerais, antes se exigem poderes forenses especiais para desistir, confessar ou transigir, nos termos do n.º 2, do art. 37.º, do CPC.

⁽¹¹²⁾ A este respeito, JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit., pág. 108.

⁽¹¹³⁾ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2005, pág. 227.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Assim sendo, pelo que temos vindo a afirmar, podemos concluir que ao menor é-lhe reconhecida a faculdade para trabalhar, mas não lhe é reconhecida a idoneidade para defender os seus direitos em mediação, nem a sua representação pelo Ministério Público se compagina com os desígnios de mediação.

Somos levados a crer que aqui se deverá dar mais um passo, estabelecendo que, se aos menores é conferida a possibilidade de trabalharem ⁽¹¹⁴⁾, também devem poder dirimir os seus direitos em mediação, ainda que representados, nos termos do art. 124.º do CC. Ninguém melhor do que o menor é capaz de descrever o conflito no qual foi parte.

Em suma, defendemos que ao menor de 16 anos seja possível a utilização deste Sistema, garantindo-se, por outro lado, que se encontraria acompanhado pelo seu representante legal, que em tantos outros momentos da sua vida decide sobre quais os interesses adequados ao menor.

5.5.4. Prazos do procedimento e da prescrição da mediação

Nos termos da al. c), do art. 9.º, do MSML, “O recurso ao SML não suspende quaisquer prazos de recurso às instâncias judiciais e outras que se mostrem competentes”.

Ora, o art. 8.º, n.º 1, da Directiva n.º 2008/52/CE, estabelece que “Os Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação”.

No seguimento da transposição desta Directiva para a o ordenamento jurídico português, a Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, aditou o art. 249.º-A ao CPC. Nos termos do n.º 2 do citado preceito, o recurso a sistemas de mediação pré-judiciais previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça ⁽¹¹⁵⁾, suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador, voltando-se os prazos a retomar, nos termos do n.º 3, a partir do momento

⁽¹¹⁴⁾ Nos termos do art. 68.º do CT.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. Portaria n.º 203/2011, de 20 de Maio.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação.

Desta forma, temos, aqui, disposições em sentido completamente diverso. Não se afigura qualquer dúvida sobre a que deve valer. Assim sendo, o preceito previsto em disposição legal (CPC), tem prevalência sobre o preceituado no MSML.

O SML deve ser visto como um instrumento célere mas ao mesmo tempo possuir organização. Esta organização é conferida, *prima facie*, por um conjunto especializado de mediadores ⁽¹¹⁶⁾, aos quais compete informar e esclarecer as partes participantes da mediação acerca de um conjunto de informações obrigatórias (constantes no art. 9.º do MSML). A celeridade assenta no facto do processo de mediação dever ser concluído no prazo de 90 dias, excepto se as partes, de forma expressa, pretenderem renovar o compromisso da mediação e se o mediador de conflitos concordar com a prorrogação do prazo pretendido ⁽¹¹⁷⁾.

5.6. INTERVENIENTES DO SISTEMA DE MEDIAÇÃO LABORAL

5.6.1. Considerações introdutórias

Ao SML é reconhecida a sua especial vocação para dirimir litígios surgidos no âmbito de relações jus-laborais.

Porém, sabemos, de igual forma, que um Sistema desta natureza só poderá ser verdadeiramente exequível se os mediados, mediadores e eventuais advogados ⁽¹¹⁸⁾ entenderem as suas atribuições.

5.6.2. A (eventual) função do advogado

Para que a mediação possa basear-se nos interesses, não deve haver intermediários, embora as partes possam estar assistidas. O MSML, no seu art. 11.º, n.º

⁽¹¹⁶⁾ Vide art. 15.º do MSML.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. art. 12.º do MSML.

⁽¹¹⁸⁾ Dizemos eventuais, na medida em que a sua constituição não é obrigatória.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

1, refere que “as partes têm de comparecer pessoalmente às sessões de mediação, podendo fazer-se acompanhar, querendo, de advogado, advogado estagiário, solicitador ou outros assessores técnicos”.

Em geral, reconhece-se que os advogados devem ter acesso à mediação, assistindo o seu cliente. O tipo de intervenção deve, porém, ser encarada de forma diferente da exercida tradicionalmente, ou seja, o advogado não representa a parte e deve actuar de acordo com o espírito de colaboração e procura de consenso adequada ao caso. O papel do advogado numa sessão de mediação é muito diferente daquele que desempenha em tribunal judicial. Desde logo, na mediação não é necessário convencer ninguém quanto aos factos ou ao direito: são as partes que têm o papel principal, não o advogado.

É também admissível, nos termos do n.º 3, do art. 11.º, do MSML, que os advogados representem, substituam as partes. A representação é, assim, necessária quando se trata de pessoas colectivas. Mas, em representação, os advogados devem agir na lógica da mediação, evitando uma postura competitiva e procurando focar o desenrolar do processo na procura do melhor consenso, de acordo com os interesses em causa.

Sabemos que em conflitos pessoais a representação pode impedir a negociação dos interesses porque o advogado pode, pura e simplesmente, não os conhecer. O ideal é, portanto, a presença das partes e, quando tal não se mostre viável, o seu representante (que pode ser ou não advogado) deve preparar a mediação investigando os interesses do seu representado.

Assim sendo, a função do advogado é relevante no seio da mediação. O cidadão comum desconhece a mediação. O advogado é, por isso, a pessoa ideal para aconselhar o método mais adequado ao caso concreto.

Por outro lado, reconhece-se que a presença do advogado é essencial ao desenvolvimento correcto e sustentado da mediação. A intervenção na assistência ao cliente é, em muitos casos, fundamental para garantir o seu efectivo interesse. A função mais importante do advogado na mediação é de consulta, independentemente desta ocorrer antes, durante ou depois da mediação.

Como é sabido, ao mediador não compete prestar apoio jurídico. Numa lógica de Sistema não seria de conceber que às partes não fosse possível recorrer aos serviços de

advogado só pelo facto de estarmos perante um meio de resolução alternativa de litígios. Também, a este respeito, o n.º 2, do art. 20.º, da CRP, estabelece que “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”.

Em suma, e pelo exposto, consideramos ser o advogado o profissional mais aconselhado para prestar aos seus clientes a assessoria jurídica e para os ajudar a escolher o caminho mais indicado para resolver satisfatoriamente o seu conflito, pelo que lhe será de conceder um importante papel ao nível do SML.

5.6.3. O mediador

Decisivo no processo de mediação é, naturalmente, o mediador. O mediador é um profissional treinado na mediação, conhecedor da sua filosofia e das suas técnicas, aplicando-as no exercício da sua actividade. A credibilidade da mediação depende do trabalho do mediador: só um mediador capaz poderá cativar a confiança das partes, algo que é essencial ao seu trabalho ⁽¹¹⁹⁾.

O mediador é, assim, um terceiro imparcial que deve, antes de mais, privilegiar o restabelecimento da comunicação entre as partes. Deve desempenhar um papel facilitador do diálogo, mantendo sempre nas partes a responsabilidade da resolução do conflito. O mediador faz, assim, a condução do processo, controlando-o, mas deixando às partes a responsabilidade pelo conteúdo do litígio.

Desta forma, ao mediador não cabe aconselhar nenhuma das partes, nem as duas em conjunto, antes promove uma exploração construtiva dos problemas, estimulando-as na busca de soluções criativas e equitativas que se reflectam num acordo final justo e duradouro que represente o livre exercício da sua vontade ⁽¹²⁰⁾.

O mediador é um profissional treinado nas técnicas da mediação. Para o exercício da profissão nos serviços de mediação, o Ministério da Justiça exige a frequência de um curso credenciado pelo GRAL, organismo desse Ministério. Os cursos estão, actualmente, regulados pela Portaria n.º 237/2010, de 29 de Abril, onde podemos observar, no Anexo à referida Portaria, designadamente na al. c), do n.º 1, do art. 2.º,

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 48.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. art. 24.º do MSML.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

que, “para efeitos do presente Regulamento, podem ser objecto de reconhecimento, pelo Ministério da Justiça, o curso de formação de mediadores de conflitos a habilitar para a prestação de serviços de mediação pública no âmbito do Sistema de Mediação Laboral”.

Nos termos da al. c), do art. 15.º, do MSML, o mediador deve possuir licenciatura adequada. No entender de Mariana França Gouveia, exige-se que o mediador seja titular de um curso superior, admitindo-se que seja qualquer um ⁽¹²¹⁾. Assim, e prossegue a referida A., “a formação dos mediadores é variadíssima. É certo que há alguma predominância de licenciados em Direito e em Psicologia, mas há também mediadores licenciados em Sociologia, Serviço Social, Filosofia, Geografia, Arquitectura” ⁽¹²²⁾.

Além disto, tão importante como o domínio das técnicas de mediação é o conhecimento pelo mediador das regras de deontologia da sua profissão. A este respeito, dispõe o art. 23.º do MSML, que o mediador está adstrito ao cumprimento do Código Europeu de Conduta para Mediadores ⁽¹²³⁾, documento produzido com o apoio dos serviços da Comissão Europeia. Este Código, que pretende ser um conjunto de princípios a que os mediadores podem voluntariamente aderir, tem como principal objectivo assegurar a confiança em relação aos mediadores e à mediação.

Deste modo, os principais deveres deontológicos a observar pelo mediador, nos termos do disposto do art. 23.º do MSML, são a independência ⁽¹²⁴⁾, imparcialidade, confidencialidade ⁽¹²⁵⁾, transparência, eficácia, legalidade, liberdade, representação e equidade, sendo reflexo do acolhimento das disposições da Recomendação da Comissão Europeia n.º 98/257/CE, de 30 de Março ⁽¹²⁶⁾, e n.º 2001/310/CE, de 4 de Abril ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²¹⁾ Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 49.

⁽¹²²⁾ *Ibidem*.

⁽¹²³⁾ A tradução portuguesa pode ser consultada em http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_conduta_mediadores.pdf?nocache=1351094126.56.

⁽¹²⁴⁾ Esta regra consta do princípio 2.1. do Código Europeu de Conduta para Mediadores. Significa este princípio que o mediador não pode ter qualquer interesse pessoal no conflito mediado ou qualquer ligação com as partes. No sentido de que os padrões de independência dos mediadores devem ser idênticos aos dos árbitros, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 50.

⁽¹²⁵⁾ Veja-se, a este respeito, RAÚL DE DIEGO VALLEJO/CARLOS GUILLÉN GESTOSO, ob. cit., pág. 22, “la información que se obtiene durante el proceso de mediación pertenece a este y no puede ser utilizada como médio de prueba en juicios posteriores”.

⁽¹²⁶⁾ Relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo.

⁽¹²⁷⁾ Relativa aos princípios aplicáveis aos organismos envolvidos na resolução consensual de litígios apresentados pelo consumidor.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Por outro lado, e para assegurar a idoneidade do mediador, o mesmo terá de reunir os requisitos previstos no art. 15.º do MSML.

Porque a confiança da relação estabelecida entre as partes é fundamental para o sucesso da mediação, da confidencialidade exigida não só do processo, mas também da própria existência do litígio, brota um conjunto de vinculações para as partes e para o mediador – residindo a principal vinculação deste na inabilidade para depor, nos termos da al. e), do n.º 1, do art. 618.º, do CPC. Se as partes souberem que o mediador pode posteriormente revelar o que ali foi dito, terão uma postura completamente diferente na mediação, colocando em risco a sua utilização como meio de resolução alternativa de litígios. Poderão as partes falar mais à vontade sem qualquer receio de desagradar ao mediador.

Não pode, de igual forma, o mediador, utilizar em juízo arbitral ou judicial qualquer informação produzida para, durante ou em resultado da mediação, facto pelo qual nada do que se tenha escrito, dito ou feito pelo mediador no decurso do processo de mediação laboral que se haja malgrado pode ser usado ou comprometer, de alguma forma, os direitos das partes perante qualquer autoridade (jurisdicional ou não).

Também não pode o mediador ser arrolado como testemunha, consultor, árbitro ou perito em qualquer processo posterior relacionado com o litígio em causa ⁽¹²⁸⁾.

A Directiva n.º 2008/52/CE trouxe uma nova abordagem sobre esta problemática da confidencialidade, no seu art. 7.º. Aí se determina que a mediação deve respeitar a confidencialidade, não podendo os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação ser obrigadas a produzir prova em processos posteriores. As excepções consagradas são três: em primeiro lugar, se as partes decidirem em contrário; em segundo lugar, por razões imperiosas de ordem pública, em especial para assegurar o interesse da criança ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa; por fim, em situações em que a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos de aplicação ou execução desse acordo.

A transposição da Directiva foi feita através do art. 249.º-C do CPC, de acordo com o qual a confidencialidade apenas pode ser afastada “em caso de circunstâncias

⁽¹²⁸⁾ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 74; ZULEMA D. WILDE/LUÍS M. GAIBROIS, ob. cit., pág. 64.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”.

Assim sendo, se compararmos esta norma do CPC com a da Directiva, parece claro que o legislador português não quis consagrar a possibilidade das partes afastarem a confidencialidade. O objectivo foi tornar a confidencialidade regra imperativa. Significa isto, então, que a obrigação de confidencialidade abrange as partes, tendo fonte legal e não contratual.

Em suma, em nosso entender, a confidencialidade deve ser adoptada como regra, sendo essencial à formação da confiança na mediação. Entendemos, assim, que o mediador não pode, em regra, ser testemunha em processo decorrente do conflito mediado, como não podem também as partes, em qualquer caso, revelar o que sucedeu na mediação.

Para Mariana França Gouveia, o afastamento deste sigilo apenas é permitido quando ocorram situações excepcionais, o que se verifica quando esteja em causa a integridade de qualquer pessoa. Como é evidente se é veiculada em mediação alguma informação que faça o mediador temer pela segurança de pessoas envolvidas ou não na mediação, este deve denunciar essa situação. Para além destes casos, não é fácil determinar quando pode o sigilo ser levantado, cabendo essa análise em primeira linha ao mediador e, como é natural, em último caso ao juiz ⁽¹²⁹⁾.

Ora, sabemos que a intervenção do mediador, nos termos do art. 6.º do MSML, se inicia após a aceitação da mediação pelas partes. A sua escolha é feita segundo uma ordem sequencial, através das listas existentes aprovadas e actualizadas pelo Ministério da Justiça ⁽¹³⁰⁾.

Quanto aos deveres a observar durante o procedimento do SML, dispõe o art. 8.º do MSML que o mediador deve esclarecer as partes sobre as regras da mediação, os seus direitos e deveres, bem como verificar o *Termo de Consentimento* e o pagamento da taxa devida pela utilização do serviço ou documento comprovativo da concessão do benefício de apoio judiciário. No que diz respeito às informações obrigatórias a ser comunicadas pelo mediador, as mesmas constam do art. 9.º do MSML.

⁽¹²⁹⁾ *Ibidem*, pág. 77.

⁽¹³⁰⁾ Esta lista pode ser consultada em http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/lista-de-mediadores-do3839/downloadFile/file/SML_ListaMediadores.pdf?nocache=1350573331.12.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Assim sendo, e tendo início o procedimento, este tem um prazo máximo de 90 dias, prorrogável por vontade das partes e mediante aceitação do mediador (n.º 1, do art. 12.º, do MSML). Verificando, este, a impossibilidade da obtenção de acordo pode, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, colocar termo à mediação. Igual faculdade terão as partes, que poderão, a todo o tempo, colocar fim à mediação, dado o carácter voluntário que o SML assume. Note-se que, nestas situações, não haverá lugar a qualquer reembolso do montante pago a título de taxa de utilização do Sistema ⁽¹³¹⁾.

Caso haja acordo, nos termos do art. 18.º do MSML, é ao mediador que cabe, nos termos do n.º 1, a redacção dos respectivos termos (podendo ser redigido em conjunto com as partes nos termos do n.º 2), o qual é assinado pelas partes.

O procedimento extingue-se, nos termos do art. 14.º, n.º 1 e 2, do MSML, com a desistência de qualquer das partes (comunicada ao mediador), quando o mediador verifique a impossibilidade da obtenção de um acordo, com o acordo das partes ou, independentemente de qualquer acordo, com a verificação do termo do prazo. Em caso de acordo, o mediador comunicará a obtenção do mesmo, no prazo de dez dias, por escrito ou por via electrónica, ao *Ponto de Contacto*, sendo que nos casos de impossibilidade do mesmo essa comunicação terá de ocorrer após a constatação da sua inviabilidade.

Os requisitos que o mediador de conflitos especialista em mediação laboral deve reunir encontram-se no art. 15.º do MSML. Assim sendo, só pode ser mediador laboral quem: tenha concluído um curso *ad hoc* certificado pelo Ministério da Justiça (al. d)); possua uma licenciatura adequada (al. c)); esteja no pleno gozo dos direitos civis e políticos (al. b)); tenha mais de 20 anos de idade (al. a)); não tenha sofrido qualquer condenação nem esteja pronunciado por crime ou doloso, ou seja, seja uma pessoa idónea para o exercício das funções (al. e)) e tenha o domínio da língua portuguesa (al. f)).

5.6.4. Os mediados

⁽¹³¹⁾ O não reembolso da taxa de utilização do Sistema parece constituir um factor importante, durante o processo de mediação, que dissuade as partes a não recorrer a juízo.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

As partes são o cerne da resolução do conflito dado que, no processo de mediação laboral, são elas por si próprias que encontram a base do acordo ⁽¹³²⁾. São elas que estão melhor colocadas para resolver o seu conflito.

Em tribunal assiste-se ao processo inverso. Os poderes decisórios estão nas mãos dos advogados, a linguagem é técnica, o procedimento formal e opaco. O que se pretende é, assim, um afastamento das partes ao seu caso.

Significa isto que, enquanto em tribunal tudo lhes é retirado (ou quase tudo), na mediação tudo lhes é entregue, dependendo delas o início, o decurso e o fim da mediação.

Os mediados têm, assim, o domínio do processo na medida em que podem sair dele quando quiserem, nada os obrigando, evidentemente, a chegar a um acordo. Mas têm, e aqui importa sublinhar este ponto, o domínio do conteúdo, não sendo possível qualquer solução do conflito que não derive deles. Só assim se entende a insusceptibilidade do mediador não poder fazer sugestões sobre o conteúdo do conflito. Como afirma Mariana França Gouveia, “o mediador não deve de todo intervir quanto ao mérito, limitando-se a conduzir as partes no caminho do diálogo e da mútua compreensão, com o fim de que estas reúnam as condições para encontrarem, por si, o acordo” ⁽¹³³⁾. O acordo que resultar da mediação tem de vir dos mediados e estes têm de aderir-lhe plena e convictamente.

Por outro lado, um outro grande objectivo da mediação é restabelecer a paz social entre as partes. Este fim sobrepõe-se à questão do direito. Aqui não importa saber quem tem razão, antes importa resolver os problemas subjacentes ao aparecimento do conflito. Compreende-se também que, para as partes poderem abordar o conflito que as extrema, é necessário que reconheçam os seus interesses e objectivos, a fim de restabelecerem uma comunicação assente no respeito mútuo, sigilo e confiança.

Em suma, é ao fundo que a mediação pretende chegar, porque só a composição dos interesses permitirá a duração do acordo e a manutenção do entendimento entre os litigantes ⁽¹³⁴⁾. O resultado da mediação é, assim, de vitória para ambos os mediados, de vencedor/vencedor, nunca havendo um vencedor e um vencido.

⁽¹³²⁾ Cfr. parágrafo 2.º, da cláusula 1.ª, do Protocolo.

⁽¹³³⁾ Vide Mariana França Gouveia, ob. cit., pág. 44.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. Lúcia Dias Vargas, ob. cit., pág. 56.

6. CONCLUSÕES GERAIS

O caminho faz-se caminhando, e faz-se caminhando, porque não há caminho, porque este só se faz ao caminhar, é isto que nos transmite Antonio Machado, prestigiado poeta espanhol ⁽¹³⁵⁾.

Assim sendo, e como consideramos que muito mais há por desbravar, encaramos a nossa reflexão até aqui encetada como uma possibilidade de alargar o debate ao actual modelo de administração de justiça. Não tenhamos dúvidas, muito há a percorrer, mas não sejamos injustos na abordagem (que se pretende lúcida) ao que já foi feito. Urge, portanto, adaptar o actual sistema à realidade dos novos tempos, nomeadamente tendo em conta os objectivos da proclamada resolução alternativa de litígios.

É sabido, designadamente no âmbito do laboral, que a litigação cresceu exponencialmente nos tribunais, incapacitando-os de satisfazer a procura de justiça, tornando-os morosos, ineficientes, bloqueando, assim, o seu desempenho.

Ora, o que pretendemos que ocorra é uma desjudicialização e não uma desjuridificação. A desjudicialização consiste na simplificação processual e no recurso a meios informais para acelerar ou melhorar o desempenho dos tribunais e na transferência de competências de resolução de conflitos para instâncias não judiciais, mas sem com isto descurarmos a confiança jurídica que estes devem apresentar. Como salienta João Pedroso, “a pedra de toque de um novo modelo de administração de justiça é, assim, a consequente criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, económicas e culturais que obstem à sua resolução” ⁽¹³⁶⁾.

No que diz respeito à arbitragem, cremos que a mesma ainda não é muito utilizada para resolver litígios resultantes de conflitos individuais de trabalho. Os trabalhadores, talvez por desconhecimento, ou mesmo por receio, continuam a preferir as instâncias judiciais para resolver os seus conflitos, mesmo conhecendo as desvantagens de um moroso processo judicial. Entendemos que, aqui, os advogados possam ter um decisivo papel no aconselhamento dos seus clientes, quando estes os procuram para intentar a respectiva acção judicial. Sugerir a intervenção de um árbitro não implica a diminuição de trabalho (bem como de honorários) para o advogado.

⁽¹³⁵⁾ O poema a que fazemos referência encontra-se na estrofe XXIX, de “Proverbios y cantares” do seu livro “Campos de Castilla”, cuja primeira edição data de 1910.

⁽¹³⁶⁾ Vide JOÃO PEDROSO, ob. cit., pág. 38.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Como afirma Mariana França Gouveia, “a advocacia deve pensar em termos macro, de médio/longo prazo, de satisfação dos clientes e de rapidez e eficiência na resolução dos seus litígios” ⁽¹³⁷⁾.

Por outro lado, se a convenção de arbitragem respeitar a litígios futuros, nos termos do n.º 2, do art. 1.º, da LAV (ou seja, se se tratar de uma cláusula compromissória), esta deverá valer como uma cláusula de opção para o trabalhador e como cláusula vinculativa para o empregador. Somos de opinião que ao trabalhador deverá assistir a possibilidade de vir a recorrer à arbitragem, no momento do surgimento do conflito decorrente da sua relação laboral, recurso a pressupor a sua opção, então realizada, através de consentimento expresso.

No que diz respeito ao SML, com a sua criação foi dado um importante e decisivo passo para a implementação da mediação nos conflitos individuais de trabalho. O que questionamos é a sua eficácia. Será este Sistema eficaz? Estará ele a cumprir os objectivos a que se propôs? Se sim, de que forma? Caso a resposta seja negativa, o que deverá fazer para uma maior eficácia?

De acordo com os dados cedidos gentilmente pelo GRAL, desde 2008 até 2012 que os pedidos de mediação laboral têm vindo a diminuir (excepcionando-se de 2010 para 2011 em que existiu um acréscimo de 16 pedidos). Significa isto que, no ano de 2008 houve 607 pedidos, dos quais apenas 43 findaram (29 com acordo e 14 sem acordo), com uma percentagem de acordos obtidos de 67,44%. No que respeita ao ano de 2009, existiram 538 pedidos de mediação laboral, findando 61 (39 com acordo e 22 sem acordo), percentagem de acordos obtidos de 63,93%. Quanto ao ano de 2010, existiram 237 pedidos, dos quais 25 findaram (13 com acordo e 10 sem acordo), com uma percentagem de acordos obtidos de 52%. Em 2011 houve 253 pedidos, dos quais 20 findaram (15 tendo havido acordo e 2 sem acordo), com uma percentagem de acordos obtidos de 75%. Por último, relativamente ao ano de 2012, houve 109 pedidos de mediação laboral, dos quais 16 já findaram (6 tendo havido acordo e 2 não o havendo), com uma percentagem de acordos obtidos de 37,50%. A discrepância de valores existente nos somatórios desde o ano de 2010 deve-se à circunstância de à data de 31 de Dezembro, ainda se encontrarem processos em fase de mediação, passando

⁽¹³⁷⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ob. cit., pág. 46.

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

para o ano seguinte a sua contabilização em termos de processo findo “com ou sem acordo”.

As partes desempenham o papel fundamental no processo de mediação, sendo elas que compõem os termos do seu conflito, competindo ao mediador auxiliá-las na composição dos seus interesses. Porém, e como também já tivemos oportunidade de defender, os mediadores não apresentam propostas sobre os termos do acordo. Esse acordo é fruto da autodeterminação das partes. Os mediadores devem tomar, antes, uma posição de “guardiões” dos direitos, liberdades e garantias, isto é, num primeiro momento devem conseguir que as partes restabeleçam a comunicação (que aquando do surgimento do conflito se terá perdido), assim iniciando a sessão de mediação, num segundo momento devem afastar-se (dando, assim, liberdade às partes para a composição dos interesses, possibilitando, deste modo, o acordo) e num último momento devem verificar se aquilo que as partes acordaram não colide com preceitos constitucionalmente reconhecidos.

Através do SML cremos que será possível às partes comporem os seus conflitos atendendo aos seus interesses, deixando de parte, de certo modo, o direito aplicável ao caso, restabelecendo-se, assim, a paz social sem necessidade de se recorrer a uma instância judicial. Não estamos a afirmar, de modo algum, que os tribunais não cumprem a sua especial vocação para dirimir conflitos. Estamos, sim, a afirmar que, normalmente, e após um longo processo judicial, as partes ficam de costas voltadas. Aplica-se o direito ao caso, quase de uma forma cega e nada mais. O que este Sistema faz é apelar a condutas de cooperação e responsabilização das partes, encarando a resolução de conflitos numa perspectiva de interesses, não apenas de direitos.

Porém, sabemos que um sistema em que a sua principal característica será a informalidade, poderá deixar muito a desejar se não lhe forem atribuídos outros adjectivos capazes de criar nas partes que a ele pretendem recorrer um espírito de certeza e segurança jurídica.

E é aqui que teremos de atentar no valor do acordo obtido em mediação laboral. Sabemos que os principais objectivos do SML são a eficiência e a eficácia jurídica. Para que se cumpram estes desígnios é necessário assegurar o cumprimento voluntário do acordo obtido em mediação. É certo, e dir-se-á que, em princípio, o acordo foi obtido pelas partes e sendo-o vai ser cumprido, mas nada impede uma mudança de opinião de

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

uma delas num momento posterior. Daí que seja necessário atribuir força executiva ao acordo como já o afirmámos quando nos debruçámos sobre este assunto. Caso contrário, sabendo as partes que, em caso de acordo, uma delas poderá ou não cumpri-lo, a credibilidade deste Sistema ficará afectada, começando as partes a olhar para ele com desconfiança e sendo tentadas a não o procurar.

Estas são, em suma, as ideias pelas quais pugnamos. Desejamos tê-lo conseguido de forma coerente e que a abordagem descomprometida que fizemos sirva para realçar os problemas com os quais pensamos que a mediação e a arbitragem no contexto jus-laboral português se debatem. É através de uma reflexão crítica que se constrói o caminho. Sabemos que alguns passos vão sendo dados no âmbito da resolução de conflitos individuais de trabalho em Portugal. Mas não nos equivoquemos, muito mais a fazer. Como o caminho se faz caminhando, vamos caminhando, mas vamos, sobretudo, construindo e reflectindo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) MANUAIS

- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, *La médiation: une justice douce*, Syros-Alternatives, 1992.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, 2003.
- CARAMELO, António Sampaio, “Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema.”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011.
- Código Europeu de Conduta para Mediadores, disponível in http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_conduta_mediadores.pdf?nocache=1351094126.56.
- COELHO, João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Âncora Editora, 2006.
- CURA, António Alberto Vieira, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra Editora, 2011.
- ESTEVEZ, Soraia/ COELHO, Vítor, “O Sistema de Mediação Laboral”, in *Resolução Alternativa de Litígios - II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 2008.
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 13.^a ed., Almedina, 2006.
- FERREIRA, António Manuel Carvalho de Casimiro, *Trabalho Procura Justiça: os Tribunais de Trabalho na Sociedade Portuguesa*, Almedina, 2005.
- FERREIRA, J. O. Cardona, *Julgados de Paz, Organização, Competência e Funcionamento*, Coimbra Editora, 2001.
- FREITAS, José Lebre de, *A Acção Executiva – Depois da reforma da reforma*, Coimbra Editora, 2009.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2011.
- Lista de entidades aderentes ao Sistema de Mediação Laboral, disponível in <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/entidad>

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

es-aderentes-ao/downloadFile/file/SML_entidades_aderentes.pdf?nocache=135101351089488.1.

Lista de Mediadores do Sistema de Mediação Laboral, disponível in http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/lista-de-mediadores-do3839/downloadFile/file/SML_ListaMediadores.pdf?nocache=1350573331.12.

LOAN, Dennis R./ABRAMS, Roger I., “American labor arbitration: the early years”, in *University of Florida Law Review*, vol. XXXV, number 3, 1983.

MACKIE, Karl J., *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, London and New York, Routledge and Sweet Maxwell, 1991.

Manual de Procedimentos e Boas Práticas do Sistema de Mediação Laboral, disponível in http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica//mediacao-anexos/manual-de-boas-praticas/downloadFile/file/SML_Manuel_boas_praticas.pdf?nocache=1351089425.34.

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 3.^a ed., Almedina, 2006.

MARTINS, João Zenha, “O Sistema de Mediação Laboral – Algumas Notas”, in *Prontuário de Direito do Trabalho – Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 72, 2005.

PEDROSO, João./CRUZ, Cristina, *A Arbitragem Institucional: Um Novo Modelo de Administração da Justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2000, disponível in <http://opj.ces.uc.pt/pdf/09.pdf>.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2005.

Protocolo de criação do Sistema de Mediação Laboral, disponível in http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/pdf7307/protocolo-de-acordo/downloadFile/file/Protocolo_de_Mediacao_Laboral.pdf?nocache=1182243469.36.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Memorando do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa sobre Bloqueios e Propostas de solução*, Maio de 2005, *Observatório Permanente da Justiça Portuguesa*, Centro de Estudos Sociais,

A Mediação e a Arbitragem no Contexto Jus-Laboral Português.

Solução ou controvérsia em matéria contenciosa?

Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponível in <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Agenda%20de%20reforma.pdf>.

SILVA, Lucinda D. Dias da, “Arbitragem e *Iuris Laboris Alma*”, in *Questões Laborais*, n.º 27, Ano XIII, Coimbra Editora, 2006.

SILVA, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, 2009.

TAVARES, Fernando Horta, *Mediação e Conciliação*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VALLEJO, Raúl de Diego/GESTOSO, Carlos Guillén, *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*, Ediciones Pirámide, 2006.

VARGAS, Lúcia Dias, *Julgados de Paz e Mediação, uma nova face da justiça*, Almedina, 2006.

VICENTE, Dário Moura, “A Directiva n.º 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008 Relativa a certos Aspectos da Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* (Ano II), Almedina, 2009.

WILDE, Zulema D./GAIBROIS, Luís M., *O que é a Mediação*, Coimbra Editora, 2003.

2) SÍTIOS DA INTERNET

<http://opj.ces.uc.pt>.

<http://www.dgpj.mj.pt>.

<http://www.dgsi.pt>.