



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	
GABINETE DO MINISTRO	
CÓDIGOS	
Assuntos	Quantidades
Localidades	Distribuição
8 JUN 2012	
E/	8068
Proc.º	17617/2012

Exmo. Senhor
Chefe de Gabinete da
Ministra da Justiça
Dr. João Miguel Barros
Ministério da Justiça
Praça do Comércio
1149-019 Lisboa

Lisboa, 5 de Junho de 2012

Assunto: Proposta de lei que estabelece o regime jurídico da mediação

Vossa referência: Ofício nº 3355 de 23 Maio de 2012.

Junto tenho a honra de remeter a V.^a Ex.^a, o parecer da ASJP, relativamente ao assunto acima referenciado.

Com os melhores cumprimentos,

com os melhores cumprimentos

José António Mouraz Lopes

Juiz Desembargador

(Presidente da Direcção Nacional da ASJP)

118
1699



associação sindical
dos juizes portugueses

PROPOSTA DE LEI QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO DA MEDIAÇÃO

GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS

Junho de 2012

1. Por ofício do Ministério da Justiça, recebido a 24/05/2012, a ASJP foi solicitada a dar parecer no âmbito da audição em processo legislativo, sobre uma Proposta de Lei que pretende apresentar um regime jurídico unificado de Mediação.

A exposição de motivos da presente proposta de Lei (PL) afirma pretender consagrar o regime geral da mediação pública e privada.

No preâmbulo justificativo deste projeto de diploma invoca-se a necessidade de «dar mais um passo na consagração da mediação no ordenamento jurídico português, prevendo-se pela primeira vez o seu regime geral, quer na modalidade de mediação privada quer na modalidade de mediação pública, e concentrando num único diploma legislação que hoje se encontra dispersa por outros diplomas».

Estabelecendo um conjunto de princípios extensíveis às várias modalidades de mediação, o que se pretende essencialmente é «unificar num único diploma todo o regime da mediação, contribuirá para uma maior divulgação da mediação e consequentemente para uma maior utilização deste mecanismo, oferecendo aos cidadãos e às empresas uma solução que não é apenas uma “mera” alternativa aos recursos aos tribunais (e que desta forma contribui também para o descongestionamento destes) mas corresponde igualmente à consagração de um mecanismo que, em virtude das suas características, poderá e deverá ser encarado como a melhor solução para determinado tipo de litígio».

2. Esta proposta de lei não deixa de se aplaudir na sua intenção de alargar a regulamentação jurídica a todos os sistemas de mediação, não restringindo essa regulação aos sistemas ou serviços de mediação públicos geridos pelo Ministério da Justiça, tal como acontece no regime jurídico vigente.

Na verdade, tal como se deixou afirmado em anterior parecer deste Gabinete, se a resolução extra-judicial e de auto-composição de litígios pelo recurso a serviços de mediação públicos confiáveis deve ser uma possibilidade crescente e virtuosa para (além do mais), criar uma alternativa eficiente ao sistema de resolução judicial, a visão que lhe corresponde não deve encolher-se e deve antes permitir que outros serviços de mediação

públicos que possam estar ou ser desenvolvidos por outros entes públicos (p. ex., autarquias locais), estejam sujeitos ao mesmo quadro normativo.

Através desta nova proposta de lei procura-se agora firmar um enquadramento legal, facilmente consultável e apreensível, do regime da mediação e do estatuto dos mediadores, antes disperso por vários instrumentos normativos, generalizando e sedimentando de forma acabada a transposição da Directiva n.º 2008/52/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de Maio, “relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial”, incluindo nesse “tronco comum normativo” também o sistema da mediação penal.

A lei a que esta proposta der lugar, permitirá, assim e por si só, com esse resultado, facilitar a divulgação da mediação pública, torná-la mais confiável para os cidadãos e, portanto, mais procurada, como é um dos objectivos.

Sempre se alerta, contudo, que não existindo revogação ou modificação dos antecedentes regimes legais dos sistemas públicos de mediação, persistirão coexistentes os demais regimes especiais ou setoriais, que podem prevalecer sobre o regime geral no que forem incompatíveis com ele.

Esta forma pouco consistente de procurar a integração e unificação dos regimes vai derivar noutras condicionantes que fazem questionar em particular muitas das soluções no articulado e que aqui se deixam expressas neste parecer.

3. A Proposta Legislativa (PL) não enquadra e complementa, de forma equilibrada, os regimes setoriais, quer porque não considera especificidades destes onde era suposto fazê-lo, quer porque parece não seguir critérios minimamente definidos na arrumação de matérias e na extensão com que as desenvolve.

Desde logo, o articulado da proposta parece retrair-se na consideração da mediação privada, apesar de na exposição de motivos assumir claramente ser seu propósito criar o regime geral da mediação privada e da mediação pública.

O artigo 1º não o afirma e, principalmente o artigo 2º não define a mediação privada, sem que se explique o porquê dessas omissões. Por outro lado em todo o articulado não há qualquer referência, expressa, à mediação privada.

Na definição de mediação pública, no artigo 2º, parece supérflua a referência a quem tem o poder de iniciativa. A referência feita é incompleta, pois não menciona, por

exemplo, o Ministério Público (M^oP^o), contrariamente ao que sucede no artigo 28^o que já inclui o M^oP^o (e bem), a quem cabe remeter o processo para mediação penal.

No capítulo das Disposições gerais, com apenas quatro artigos, seria importante que o artigo 3^o, dedicado ao objeto da mediação, apresentasse um critério geral de mediabilidade dos litígios (talvez seja mais abrangente a designação de mediação de conflitos, como noutras partes da PI., vg. no cap. V - Mediador de Conflitos), como parecia anunciar-se na exposição de motivos, e não um critério válido apenas para os litígios comerciais e civis (ou para os casos de mediação privada?).

No artigo 4^o, parece sistematicamente inadequado regular pormenorizadamente um instrumento específico do direito privado, se não mesmo do direito civil (não parece pensado também para o direito do trabalho), no capítulo dedicado às Disposições gerais. No mínimo, parece que o preceito devia iniciar-se com a locução usada no início do art. 3^o (*Sem prejuízo ...*)

O capítulo II^o perspectiva os princípios (que, supostamente, enformarão a Mediação em geral, enquanto modalidade de resolução extrajudicial de conflitos) essencialmente a partir de deveres do mediador (só o artigo^o 6^o, n^o 2, se reporta a deveres das partes), mas que por exemplo a mediação penal trata como tal e não como princípios. Recorde-se que a Lei 21/2007 (no seu artigo^o 10^o, n^o 1) diz que, “ No desempenho das suas funções, o mediador penal deve observar os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência”.

A questão não é meramente conceitual podendo assumir relevância prática, na medida em que na mediação penal, pelo menos, o mediador deve informar o arguido e o ofendido dos seus direitos e deveres, bem como das regras aplicáveis ao processo de mediação, devendo estas ser incluídas no termo de consentimento - vd. os n^{os} 5 e 9 do Art^o 6^o do Regulamento da Mediação Penal aprovado pela Portaria 68-C/2008. Aliás o conteúdo deste termo não coincide com o do protocolo de mediação previsto no n^o 2 do Art^o 13^o da nova PI., que parece não ter tido aquele em consideração, tal como sucede relativamente a outros aspetos do processo, como é o caso da escolha do mediador, a presença de outros técnicos, (16^o), 18^o, etc, prevendo-se regimes quase paralelos na PI. e na Mediação penal (Lei 21/2007 e Portarias).

4. No que respeita à mediação familiar, são omitidas, também, algumas especificidades próprias deste importante domínio da mediação, vertidas no despacho n.º 18778/2007 de 22/8, que regulou a actividade do sistema de mediação familiar e que não surge no elenco dos diplomas revogados por esta nova lei, o que faz lançar a dúvida sobre se haverá ou não diploma complementar que regulamente a Mediação ou se a tutela se bastará com esta lei geral.

Assim, seria importante a enumeração tendencial das matérias do âmbito do Direito da Família e dos Menores que possam ver os seus conflitos mediados por este sistema, a fim de evitar uma perigosa generalização que poderá acabar por sujeitar a esta técnica de obtenção do consenso relações familiares caracterizadas pela desigualdade intrínseca das partes intervenientes (pensamos nos casos de violência doméstica, em que existe um elo forte e um elo fraco, sendo, de todo em todo, desaconselhável uma Mediação Familiar).

Deste modo, seria melhor técnica legislativa a criação de um novo normativo que se dedicasse, de forma específica, à Mediação familiar e que poderia ter esta redacção:

Artigo ____

1. No âmbito da Mediação Familiar, poderão a ela ser submetidas as seguintes matérias:

- a) Regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais;*
- b) Divórcio e separação de pessoas e bens;*
- c) Conversão da separação de pessoas e bens em divórcio;*
- d) Reconciliação dos cônjuges separados;*
- e) Atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos;*
- f) Privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge;*
- g) Autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada da família.*

2. Não poderão ser objecto desta mediação quaisquer causas em que haja indícios fortes de que uma das partes exerce violência, seja de que tipo for, sobre a outra.

Na Mediação pré-judicial (Capítulo III), esquece-se a intervenção das Conservatórias do Registo Civil (CRC) que, desde 2001, têm, em Portugal, o (quase) exclusivo dos divórcios por mútuo consentimento e de muitas outras matérias. Desta forma, propõe-se que se adite um novo artigo que poderia assim estabelecer:

Artigo 12º-A

1. As referências feitas à competência dos tribunais judiciais no âmbito deste diploma, consideram-se efectuadas às entidades que, nos termos legais, adquirem as correspondentes competências.

2. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 1776º, n.º 3 do Código Civil e no 17º, n.º 4 do DL 272/2001 de 13/10.

A opção do artigo 11º, n.º 2, quanto à competência forense para a homologação de um acordo obtido em fase pré-judicial é discutível, pois apenas se refere ao «tribunal competente em razão da matéria», o que pode significar que o pedido pode ser apresentado em qualquer tribunal deste país, o que nos parece uma opção desajustada. Por isso, sugeríamos que se encontrasse uma outra fórmula que restringisse o elenco dos tribunais ou das CRC chamados por esta norma.

Dever-se-ia aproveitar esta soberana oportunidade para fazer uma cirúrgica alteração ao artigo 1774º do Código Civil (revisto, nesta parte, pela Lei nº 61/2008 de 31/10), assente que a expressão «antes do início do processo» é inócua e juridicamente inconsistente. Assim, o artigo em causa deveria passar a ter a seguinte redacção:

*Artigo 1774º
Mediação familiar*

Quando do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar

5. Em síntese, a PL parece não assumir a lógica da Exposição de motivos, que aponta para a definição de um regime efetivamente comum à mediação privada e à mediação pública, que, pretendendo apresentar-se como um diploma de enquadramento que vai para além de cada um dos regimes específicos, os coordene e complemente.

O articulado da PL, para além de procurar incluir elementos de regime com aquela amplitude (Princípios - capítulo II, Mediador de conflitos - capítulo V, alguns (poucos) aspetos do Processo de Mediação - capítulo IV), regula especificamente aspetos de regime da mediação em matéria civil e comercial (v.g. artigos ºs 3º e 4º) e inclui outras que não sendo privativas desta, não valem, de todo, em matéria específicas (v.g. penal), como é o caso da mediação pré-judicial - capítulo III. Por último, procura estabelecer um

regime geral comum aos Sistemas de Mediação Pública no capítulo VI, que o assinala bem, contrariamente ao que sucede com a mediação privada.

Em muitos aspetos de regime da Mediação Pública, porém, limita-se a remeter para os atos constitutivos ou regulatórios dos respetivos sistemas setoriais – vg. artigos 26.^o (Competência dos sistemas...), 29.^o (Duração do processo ...), 33.^o (Pessoas habilitadas...), , 34.^o /1 (Inscrição) e 36.^o (Remuneração...). Apesar de poder induzir o contrário, também o artigo.^o 28.^o, sobre o início do processo, não contém uma norma material aplicável a todos os sistemas de mediação pública, mas sim mera remissão para cada um deles, pois é evidente que o tribunal e a conservatória do registo civil não têm iniciativa em mediação em determinados âmbitos. Melhor será, pois, que no artigo.^o 28.^o se refira expressamente que nos sistemas de mediação pública, a iniciativa pertence àquelas pessoas e entidades, consoante os casos.

Não é clara a existência de um Regime (material) dos Sistemas de Mediação Pública, que o capítulo VI parece querer instituir.

Em conclusão, talvez seja necessário começar por analisar os diversos regimes setoriais, identificando os princípios gerais que lhes subjazem e as regras comuns a que devem obedecer, sem prejuízo das suas especificidades e, portanto, sem incoerências, duplicações ou contradições, que poderão causar mais problemas de interpretação e aplicação, do que os que resolve.

Lisboa, 4 Junho de 2012