

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL	
Assunto:	Assinaturas
Localidade:	Distribuição
18 Jun 2012	
E/	8506
Proc.º	1761/2012



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Exm.º Senhor
 Chefe do Gabinete de Sua Excelência a
 Ministra da justiça
 Praça do Comércio

1149 – 019 LISBOA

SUA REFERÊNCIA:
 Of.º n.º 3343

SUA COMUNICAÇÃO DE:
 23/05/2012

NOSSA REFERÊNCIA
 Of.º n.º 13631/2012
 Proc.º n.º 220/2008 – L.º 115

NOSSA COMUNICAÇÃO DE:
 15/06/2012

ASSUNTO: **Proposta de lei que estabelece o regime jurídico da mediação**

Em cumprimento do despacho exarado por Sua Excelência a Conselheira Vice-Procuradora-Geral da República que a seguir se transcreve, tenho a honra de enviar a V. Ex.ª o parecer emitido no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público.

Com os melhores cumprimentos, *de Carlos José de Sousa Mendes*.

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Carlos José de Sousa Mendes
 (Procurador da República)

COMENTÁRIOS - CSMP

¹
Ao Gabinete de Sua
Excelência a Ministra
da Justiça.

sobre o

Projecto de DIPLOMA

Que estabelece o regime jurídico da mediação

Para encaminhamento
e envio pelos
membros do
Conselho Superior
do Ministério Público.

Lx. 14.06.2012
Alaluma

1. Através de comunicação do Chefe do Gabinete de Sua Excelência a Ministra da Justiça, foi colocada à consideração do Conselho Superior do Ministério Público o projecto de Proposta de Lei que estabelece o regime jurídico da mediação, tendo em vista recolher os comentários e sugestões tidos por convenientes.

Atento o objecto da auscultação, o Conselho Superior do Ministério Público pronuncia-se, nos termos do art. 27.º do EMP, tecendo algumas considerações às soluções adoptadas no projecto, ora de conteúdo ora de forma ou redacção.

2. Assim, como primeira nota, dir-se-á que decorre do articulado do projecto de diploma e da exposição de motivos que o acompanha o desígnio de se instituir um "regime geral" da mediação, qual "lei de bases" para este sector de resolução alternativa de conflitos, em paralelo e em afinidade com a lei quadro da arbitragem (Lei nº 63/2011, de 14-12).

3. Abrangendo o âmbito de tutela da Proposta toda a mediação, significa que se pretende estender quer à mediação privada quer à

pública, como expressamente se refere na exposição de motivos e se consagram regras no capítulo VI do projecto dedicadas à mediação pública.

De resto, diversas normas e princípios ora adoptados mostram-se decalcados num projecto de diploma anterior que tinha por objecto instituir uma lei quadro dos sistemas públicos de mediação e, desse modo, complementar e integrar no nosso ordenamento jurídico soluções legais emanadas da Directiva nº 2008/52/CE, de 21-05-2008, muitas das quais recepcionadas pela Lei nº 29/2009, de 29-06.

Ainda assim, quando no art. 3º do projecto em apreço se delimita o "objecto da mediação", começa por se ressaltar "o disposto em *lei especial* sobre sistemas de mediação pública".

Tal ressalva para os critérios de identificação de litígios previstos em "*lei especial*" sobre sistemas de mediação pública não é feliz, porquanto, se é verdade que a mediação penal tem acolhimento em Lei específica (Lei nº 21/2007, de 12-06), já os instrumentos concretizadores de alguns sistemas públicos têm natureza infra-legal, designadamente, em matéria de mediação familiar, onde rege o Despacho nº 18778/2007, de 22-08 (SMF) e, em matéria de mediação laboral, onde pontifica um Protocolo (SML) e "Manual de Procedimentos e Boas Práticas".

Seria preferível substituir a expressão "*lei especial*" pela de *instrumentos jurídicos* (ou outra equivalente) sobre mediação pública, sob pena de, contrariamente ao pretendido, a remissão para a Lei estrita não alargar o âmbito para além do critério geral de "litígios de natureza patrimonial" e equiparados do art. 3º.

4. Na verdade, nos termos do art. 3º, os "litígios objecto da mediação" são, antes de mais, os que têm subjacentes questões de "natureza

patrimonial" e, ainda, os que, não tendo natureza patrimonial, dispõem de questão controvertida que admita transacção.

Opta-se, neste particular, pelo critério da *transigibilidade* dos direitos em vez do critério da "não indisponibilidade de direitos", em linha com o que sucedeu na nova Lei da arbitragem.

5. Aceitando a abrangência da Proposta aos sistemas de mediação pública, o controle judicial do objecto da mediação e seus limites parecem estar singela ou mesmo deficitariamente equacionados no art. 111º nº 3, sobretudo por reporte à violação da ordem pública.

Com efeito, se o referente do "superior interesse da criança" enquanto fundamento atendível e se pode derivar do art. 147º-C da Lei de Organização Tutelar de Menores, já o mesmo não sucede no que concerne à matéria de acidentes de trabalho, de direitos indisponíveis e de direitos relativos a menores de 16 anos em contrato individual de trabalho, que não estão explicitados como limites no projecto.

6. De resto, não se mostra fácil para o legislador encontrar o ponto de compromisso em soluções que se dirigem a litígios de diferente natureza, ora compagináveis com a mediação pública ora com a mediação privada.

Tal sucede, por exemplo, com a regra aberta do art. 15º que permite às partes *i)* comparecer pessoalmente; *ii)* fazer-se representar nas sessões de mediação; *iii)* serem assistidas por causídico; *iv)* ou serem assistidas por (outros) técnicos, desde que não haja oposição da outra parte. Mas já a regra do art. 30º acolhe a orientação da obrigatoriedade da presença das partes nas sessões de mediação.

Se é verdade que a lei que se pretende aprovar se dirige a um vasto leque de situações e contextos, onde a comparência pessoal se pode

revelar menos importante, o certo é que, no plano da lógica da mediação, da sua razão de ser e da sua eficácia, a presença das partes é condição essencial, por forma a que as partes superem divergências e aproximem pontos de vista de modo informal, amigável e concertado.

Naturalmente, a existência de pessoas colectivas (v.g. sociedades) a recorrerem à mediação – contribuindo para justificar a solução, como se alcança da exposição de motivos – não muda a raiz do problema, porquanto é a presença do legal representante daquelas que estará sempre e unicamente em discussão e não a impossibilidade ontológica de o ente colectivo comparecer.

7. A *convenção de mediação*, diversamente do que se estabelece para a arbitragem, parece assumir apenas a modalidade de "cláusula compromissória", em contrato, tendo por objecto litígios eventualmente emergentes da relação jurídica, não se prevendo, expressamente, o "termo de compromisso" ("protocolo" ou "pedido de mediação"), relativo a um litígio actual, o que mal se compreende face aos (maiores) índices de informalidade que a mediação reveste (como, de resto, se colhe de inúmeros casos suscitados e solucionados através de mediação nos centros de arbitragem de conflitos de consumo).

7.1. No plano da validade formal, exige-se a *forma escrita* para a convenção de mediação (nº 2 do art. 4º).

Todavia, procura mitigar-se a rigidez de tal requisito, permitindo-se que a convenção possa assumir outras configurações, seja através do registo em outros suportes (v.g. electrónico, magnético, óptico) seja através da equiparação à convenção da cláusula contratual que preveja como procedimento prévio ao processo judicial a submissão de litígios emergentes a "resolução amigável" ou a "arbitragem".

Nesta sede, a proposta de lei tanto admite a mediação como procedimento autónomo como a associa a uma fase pré-judicial como, ainda, a uma fase preliminar do processo arbitral.

De resto, a lei comina a nulidade da convenção (nº 3 do art. 4º) para a ausência de forma válida. Em todo o caso, não se estabelece a mesma exigência de forma para as situações de revogação da convenção ou consentimento que pode ocorrer em qualquer momento do processo de mediação (nº 2 do art. 5º).

7.2. A Proposta de lei é omissa sobre a *autonomia da cláusula compromissória*, o mesmo é dizer, sobre a validade e eficácia da cláusula dissociada da validade e eficácia do contrato em que se insere – podendo, no limite, reconhecer-se inválido o contrato e válida a cláusula –, diferentemente do que sucede em matéria de arbitragem em que se admite que a mesma subsista, excepto se se demonstrar que o contrato não teria sido concluído sem a referida convenção.

7.3. Finalmente, a iniciativa do "desvio" do litígio da via judicial para a mediação parece ficar confinada à vontade do "réu deduzido" (nº 5 do art. 4º) – quando o art. 28º confere tal prerrogativa ao tribunal, ao Ministério Público ou à Conservatória de Registo Civil – sem se prever a possibilidade de o próprio autor ou terceiro interessado (por exemplo, com o encargo da responsabilidade civil transferida) também proporem ou mesmo o tribunal convidar as partes a recorrerem, em certo prazo, à mediação.

8. O projecto de Proposta de Lei em apreço continua a consagrar dois princípios norteadores, em paralelo com o regime da arbitragem voluntária, a saber: i) o da *autonomia da vontade privada*, expressa, entre o mais, no "consentimento esclarecido e informado" das partes

para o processo de mediação "voluntária" e na possibilidade de revogar o consentimento, sem que isso signifique violação do dever de cooperação; ii) o da *responsabilidade das partes pela definição e observância do acordo de mediação*, ainda que sem eficácia executiva quando não seja homologado por acto judicial (arts. 5º e 8º da Proposta).

9. A sujeição do processo de mediação a um regime de sigilo (art. 6º) mostra-se direccionado, essencialmente, para o dever de "reserva do mediador", quer no plano do *segredo interno* ("as informações prestadas a título confidencial ao mediador por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas") quer no do *segredo externo* ("devendo o mediador manter sob sigilo todas as informações ... delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem").

Se é verdade que o dever de confidencialidade é reiterado no leque de deveres do mediador (al. d) do no 1 do art. 21º), de onde pode decorrer o sancionamento da sua violação pelo mediador, nos sistemas de mediação pública, ficam sem cobertura as violações nos demais "sistemas" e ainda é inócuo o dever de confidencialidade para as partes que o desrespeitem, podendo as partes, por força da autonomia da vontade, conferir um carácter público ao processo de mediação.

10. As normas do capítulo III sobre "mediação pré-judicial" decalcam as já estabelecidas nos arts. 249º-A, 249º-B, 249º-C e 279º-A do Código de Processo Civil, mormente por força da Lei nº 29/2009, de 29-06.

Há, todavia, aspectos que subsistem naquele código – o que torna a transposição das regras limitada – como seja a de, em qualquer estado da causa judicial, se admitir o recurso a mediação, suspendendo a instância, ex vi 279º-A do CPC (norma esta que não é revogada pelo

art. 42º da Proposta). O sentido da norma em apreço não deixa de ser paradoxal face ao teor da norma do nº 5 do art. 4º da Proposta que confina o recurso à mediação até ao momento da apresentação pelo réu do primeiro articulado.

11. Por sua vez, prevê-se no art. 19º da Proposta a suspensão do processo de mediação, ainda que com carácter excepcional e fundamentado, para realização de terapia ou de experimentação de "acordos provisórios".

Não deixa de ser estranha a suspensão do processo, a vários títulos, e até contraditória com o carácter urgente da homologação do acordo que se estabelece no nº 3 do artº 11º da Proposta.

Só a circunstância de o âmbito de tutela do projecto de diploma ser muito alargado – havendo sectores de actividade ou dimensões da vida que, porventura, podem justificar a medida – explica a opção legislativa. No entanto, corre-se o risco de a regra que ora se consagra, em lei geral mas por força de singularidades fácticas, facilmente se tornar um procedimento rotineiro e, certamente, fonte de burocratização do processo de mediação (que é suposto ser informal e expedito).

Aquela regra nem sequer se cinge aos sistemas de mediação pública, onde poderia, eventualmente, suspender-se para se testarem acordos provisórios ou levar a cabo terapias... Ainda assim, tenha-se presente que, mesmo no plano da mediação pública, há áreas que se encontram subtraídas à mediação (penal, familiar, etc) v.g. violência doméstica – cfr. art. 2º da Lei nº 21/2007 e ponto 3.9.1. do documento *Handbook for Legislation on Violence Against Women*, da ONU, muitas vezes conexiónados com situações de maus tratos de agressores progenitores e regulação de responsabilidades parentais.

12. Acresce que, no seguimento do afirmado no ponto anterior, não se compreende que o pedido de homologação do acordo deva assumir carácter urgente, dispensando a prévia distribuição, nos termos do nº 3 do art. 11º do projecto em análise, sobretudo, depois de ter estado suspenso o processo de mediação.

Considera-se ainda que o nº 2 do mesmo artigo deveria prever que o pedido de homologação – a remeter preferencialmente por via electrónica – deve seguir os termos definidos para a transacção, por forma a mostrar-se coerente o regime com o disposto no nº 5 do art. 279-A do CPC.

13. Em sede de impedimentos e escusa do mediador (art. 22º) entende-se que se deveria eliminar a redundância da "relação profissional" prevista na al. a) e na al. c), suprimindo a referência na primeira das alíneas e incluindo nela a referência ao carácter temporal, *actual ou pretérito*, da relação pessoal ou familiar (v.g. ex-cônjuge e ex-afim).

Havendo necessidade de substituição de mediador, no decurso do processo de mediação, nada se diz sobre o aproveitamento ou não dos actos (sessões, informações prestadas, etc.) ou se, simplesmente, fica na disponibilidade das partes decidir quanto a tal aspecto sem qualquer norma orientadora, o que pode gerar entropias para a mediação.

14. O projecto de diploma não contempla um regime de anulação de decisões de homologação e, de forma precípua, dos acordos subjacentes quando se vier, posteriormente, a demonstrar que não se verificavam os pressupostos de validade do acordo (v.g. matéria subtraída à mediação ou vício da vontade determinante).

15. Não obstante se instituir um mecanismo legal de fiscalização do exercício da actividade de mediação pública (art. 37º e ss.), o projecto de diploma é omissivo, sob esse prisma, em sede de mediação privada, o que naturalmente comporta riscos, no limite, de manipulação de acordos a que o Estado vai conferir a sua chancela através da homologação dos mesmos.