

ORDEM DOS ADVOGADOS

PORTUGAL

BASTONÁRIO

EXMO. SENHOR  
PRESIDENTE DA COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS,  
DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS  
DEPUTADO DR. FERNANDO NEGRÃO  
ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA  
PALÁCIO DE SÃO BENTO  
1249-068 LISBOA

Lisboa, 19 de Dezembro de 2012

V/REF.<sup>a</sup> V/OF. 1618/XII/1.<sup>a</sup> - CACDLG/2012, de 11-12-2012  
N/REF.<sup>a</sup> N/ENT. 24785, de 12-12-2012

Assunto: Solicitação de Parecer sobre Proposta de Lei n.º 116/XII/2.<sup>a</sup> (GOV)

*Exmo. Senhor Presidente*

Na sequência do ofício *supra* identificado de V. Exa., cuja recepção assinalo, com referência à Proposta de Lei identificada em epígrafe, reitero o entendimento da Ordem dos Advogados plasmado no Parecer apresentado por esta entidade em 06 de Junho p.p., no âmbito do projecto de proposta de lei que estabelece o regime jurídico da mediação, documento o qual me permito anexar.

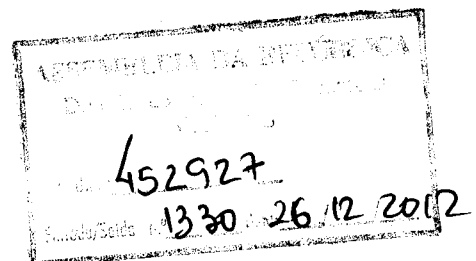
Com os melhores cumprimentos

*Consideração*

*António Marinho e Pinto*

António Marinho e Pinto  
(Bastonário)

GJ-1787/2012  
Em anexo: O referido.



Largo de S. Domingos, 14, 1.º - 1169-060 Lisboa

T. 21 882 35 56 . Fax: 21 888 05 81

E-mail: gab.bastonario@cg.aa.pt

www.aa.pt



## **Parecer da Ordem dos Advogados**

(sobre o projecto de proposta de lei que estabelece o regime jurídico da mediação)

### **I**

#### **Objectivos e opções normativas do projecto de proposta de lei**

O objectivo do projecto de proposta de lei, como se refere na exposição de motivos, é o 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."*

E, aponta, como fundamental na mediação, *" a ideia de que o processo está no pleno domínio das partes, sendo elas que determinam a sua realização, o modo como se desenvolverá e o seu fim. O mediador não tem por isso poderes de autoridade, «limitando-se» a auxiliar as partes no restabelecimento da comunicação e, seguidamente, a encontrar a solução adequada ao seu litígio."*

Salienta-se ainda, na exposição de motivos, que, *ao unificar num único diploma todo o regime da mediação, tal contribuirá para uma maior divulgação da mediação e consequentemente para uma maior utilização deste mecanismo.*

Segundo o art. 3º do projecto de proposta de lei, podem constituir objecto de mediação quer os litígios de natureza patrimonial, quer os litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, *" desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido "*.

O art. 5º estabelece



- que o processo de mediação é voluntário e que é necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade das decisões que vierem a ser tomadas no processo;
- que, em qualquer momento do processo de mediação, as partes podem, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para participarem em tal processo;
- e que a recusa em iniciar ou prosseguir o processo de mediação não consubstancia a violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.

No art. 15º reconhece-se que, sem sujeição ao consentimento ou acordo da outra parte, qualquer delas se pode fazer assistir por advogado, advogado estagiário ou solicitador, no decurso do processo de mediação – cfr. n.º 1 –, mas já se condiciona à não oposição da outra parte a possibilidade de uma ou de ambas as partes se fazerem acompanhar "*por outros técnicos cuja presença considerem necessária ao bom desenvolvimento*" desse mesmo processo – cfr. n.º 2.

A escolha do ou dos mediadores deverá ser feita por acordo das partes – cfr. n.º 1 do art. 14º.

Os mediadores devem tratar as partes de forma igual e equitativa e agir com imparcialidade, abstendo-se de qualquer tipo de acção ou comportamento que manifeste uma posição face ao conflito – cfr. art. 7º.

E devem pautar a sua conduta pela independência, de modo a actuarem livres de qualquer pressão, seja dos seus próprios interesses e valores pessoais, seja de influências externas – cfr. art. 8º, sendo obrigados, antes de aceitar a respectiva designação, a comunicar às partes "*todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência*" – cfr. n.º 2 do art. 14º -, considerando-se, no n.º 4 do art. 22º, como impedimentos, "*designadamente*", as seguintes situações:

- uma relação familiar, pessoal, ou profissional com uma das partes;
- um interesse financeiro, directo ou indirecto, no resultado da mediação;



- um prévia relação profissional com uma das partes.

Salienta-se ainda

- que a calendarização e a duração do processo de mediação devem ser fixadas, pelas partes, no protocolo de mediação – cfr. alínea f) do n.º 3 do art. 13º e n.º 2 do art. 18º;
- que a mediação pode ter lugar ou antes do recurso a tribunal, suspendendo-se, neste caso, os prazos de prescrição ou de caducidade que estiverem a decorrer – cfr. art. 10º - ou no decurso de acção já instaurada em tribunal, ficando, neste caso a instância suspensa, mediante comunicação das partes e sem necessidade de despacho judicial – cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 279º-A do CPC;
- e que, no caso de mediação pré-judicial, qualquer das partes pode requerer em qualquer tribunal competente em razão da matéria a homologação do acordo obtido, através de mediação – cfr. art. 11º, devendo este acordo ser homologado pelo juiz da causa, no caso de a mediação ter ocorrido, no decurso de acção pendente – cfr. n.º 5 do art. 279º-A, na redacção que lhe é dada, pelo projecto de proposta de lei.

A Ordem dos Advogados também perfilha a "*ideia fundamental*" e consequentes corolários que a mesma implica de que o recurso à mediação só poderá ter lugar, se ambas as partes estiverem de acordo, e considera que as soluções normativas que o projecto de proposta de lei preconiza e consagra são, no geral, coerentes e conformes com a referida ideia fundamental.

E regista, como positivo, o facto de o Ministério da Justiça ter abandonado o anterior projecto de proposta de lei relativo à **Mediação Pública** que abrangia apenas os sistemas públicos de mediação geridos, pelo Ministério da Justiça, e sobre o qual a Ordem dos Advogados também emitiu parecer, mas então em sentido discordante, por nele se consagrarem soluções que o projecto ora em apreço veio a corrigir, ao ter optado pela definição de um regime jurídico geral da mediação em vez de um regime aplicável apenas aos sistemas públicos de mediação geridos, pelo Ministério da Justiça, ao não condicionar a intervenção dos advogados, no processo de mediação, à não oposição da outra parte, ao tomar como fio condutor das várias opções normativas a referida



ideia fundamental de que o processo de mediação está no pleno domínio das partes, enfim a clarificar e a concretizar o conteúdo dos deveres de imparcialidade e de independência a que se encontram sujeitos os mediadores que actuem, quer em sistemas privados, quer em sistemas públicos de mediação.

## II

### **Questões suscitadas pelos fundamentos que o projecto de proposta de lei prevê para fazer cessar o dever de confidencialidade do mediador**

O projecto de proposta de lei sobre o regime jurídico da mediação merece, no entanto, reparos e reservas, no que se refere à consagração da possibilidade de o mediador de conflitos poder vir a ser designado, como testemunha, perito ou mandatário ou ainda como assessor técnico, em processo tutelar cível, sobre matérias relacionadas, ainda que indirectamente, com o objecto de processo de mediação em que tenha tido intervenção anterior, como mediador.

Vejamos.

O n.º 1 do art 6º do projecto de proposta de lei fixa a regra de que o processo de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do processo de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.

Mas no n.º 3 do mesmo art. 6º estabelece-se que o dever de confidencialidade sobre toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação pode cessar por razões de ordem pública, *nomeadamente* para assegurar a protecção do superior interesse das crianças e quando esteja em



causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação.

Por seu turno, o n.º 4 do referido art. 6º impede que o mediador de conflitos possa ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa judicial relacionada, ainda que indirectamente, com o objecto do processo de mediação, mas excepciona "o disposto" no n.º 3 anterior e "no artigo 147º-C da Lei de Organização Tutelar de Menores".

Por último, o n.º 5 do dito art. 6º do projecto de proposta de lei estabelece que " *Exceto no que diz respeito ao acordo obtido, e nos termos dos números anteriores, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal.*".

Para melhor compreensão, transcreve-se o disposto no n.º 1 do art. 147º-C da Organização Tutelar de Menores:

#### **Artigo 147º-C**

##### **Assessoria técnica complementar**

- 1 - Em qualquer fase do processo tutelar cível, o juiz pode nomear ou requisitar assessores técnicos, a fim de assistirem a diligências, prestarem esclarecimentos, realizarem exames ou elaborarem pareceres.
- 2 - Quando o juiz nomear ou requisitar assessores que prestem serviços em instituições públicas ou privadas, devem estas prestar toda a colaboração, prevalecendo o serviço do tribunal sobre qualquer outro, salvo o caso de escusa justificada.
- 3 - Aos assessores podem ser opostos os impedimentos e recusas que é possível opor aos peritos em processo civil.

Se bem se conseguiu apreender e conjugar o sentido das várias normas contidas no art. 6º do projecto de proposta de lei, o dever de confidencialidade "*sobre toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação*", pode cessar para

- protecção do superior interesse das crianças;
- protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa;
- aplicação ou execução do acordo obtido, através de mediação.
- e ainda quando o mediador seja designado como assessor, no processo tutelar cível que tenha ou venha a ter por objecto questões que tenham sido tratadas, ainda que indirectamente, no processo de mediação.



Afigura-se, porém, que as normas dos n.ºs 3, 4 e 5 do art. 6.º do projecto de proposta de lei não são coerentes entre si, pois não se percebe como é que se pode admitir, no n.º 4, ainda que verificado algum dos fundamentos indicados no n.º 3, que, em processo judicial atinente ao litígio, o mediador possa vir a ser designado como testemunha, perito ou mandatário de uma das partes, quando antes já desempenhou as funções de mediador escolhido por ambas as partes, ou ainda que possa vir a ser designado, pelo juiz, como assessor técnico, em processo tutelar cível sobre cujo objecto também já desempenhou funções como mediador das partes envolvidas.

Além disso, os fundamentos previstos no n.º 3 para a cessação do dever de confidencialidade do mediador também suscitam reserva.

Em primeiro lugar, resulta do n.º 3 que a necessidade de protecção do interesse superior de crianças ou de protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa são fundamentos bastantes para fazer cessar o dever de confidencialidade e de sigilo do mediador "*sobre toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação*".

Porém, para assegurar a necessidade de protecção do interesse superior de crianças ou de protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa não é necessário fazer cessar o dever de confidencialidade "*sobre toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação*", pois basta que tal dever cesse apenas naquilo que, em concreto, se mostrar necessário para a protecção dos referidos interesses.

Por isso, a necessidade de protecção de tais interesses também não requer que o mediador deixe de estar impedido e passe a poder ser **perito, mandatário** ou **assessor técnico** em causa judicial que tenha por objecto o litígio por ele mediado anteriormente.

E, quanto a **poder ser testemunha**, tal só se justificará na estrita medida concernente a matérias que tenham a ver com a necessidade de protecção do interesse superior de crianças ou de protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, mantendo-se o dever de



confidencialidade sobre as demais matérias por ele conhecidas que não tenham a ver com a protecção de tais interesses.

Do inciso do n.º 5 do art. 6º do projecto de proposta de lei " *Exceto no que diz respeito ao acordo obtido, e nos termos dos números anteriores, ...*" parece resultar que o conteúdo das sessões de mediação só pode ser valorado pelo tribunal, se estiver em causa o acordo obtido e se verificarem as demais situações previstas no n.º 3, o que, a ser assim, significa que, se as partes não chegaram a qualquer acordo sobre as questões em litígio, no processo de mediação, o conteúdo das sessões de mediação nunca poderá ser valorado em tribunal, mesmo que haja que assegurar a necessidade de protecção do interesse superior de crianças ou de protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, o que se afigura absurdo e incoerente, mas que parece resultar da redacção do referido n.º 5.

Afigura-se assim existir contradição entre o n.º 3 e o n.º 5 ou, no mínimo, obscuridade e falta de clareza na redacção deste n.º 5, pois enquanto naquele n.º 3 o dever de confidencialidade e de sigilo sobre o conteúdo das sessões de mediação pode cessar e ser valorado em tribunal, se estiver em causa a necessidade de assegurar a protecção do superior interesse das crianças ou a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, já de acordo com a norma do n.º 5 tal conteúdo só poderá ser valorado em tribunal se estiver em causa o acordo obtido *e nos termos dos números anteriores*, isto é, verificados os demais requisitos estabelecidos no n.º 3.

O estabelecido no n.º 3 do art. 6º do projecto de lei inspirou-se no disposto no art. 7º da **Directiva n.º 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008**, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, mas o teor desse mesmo n.º 3 e dos n.ºs 4 e 5 seguintes "*deturpam*", salvo melhor opinião, o sentido do dito art 7º da mencionada Directiva, cujo teor se transcreve:

#### *Artigo 7.º*

##### **Confidencialidade da mediação**

1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam

Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa

T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 24 03

E-mail: cons.geral@cg.aa.pt

www.aa.pt





obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, **excepto**:

a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a protecção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou

b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo.

2. Nada no n.º 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação.

A referida Directiva 2008/52/CE pode ser consultada em

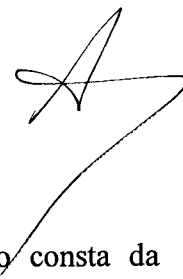
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF> .

A regra que resulta do art 7º da mencionada Directiva é a de que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores nem as pessoas envolvidas no processo de mediação devem ser obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, excepto se tal fôr necessário por razões imperiosas de ordem pública, em especial para assegurar a protecção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa.

E faz-se notar que o conteúdo do próprio acordo de mediação também está, nos termos da alínea b) do nº 1 do art. 7º da Directiva, sob o alcance do dever de confidencialidade do mediador.

Mas, quando seja necessário fazer cessar este dever, para efeitos de aplicação e de execução de tal acordo, **só o conteúdo desse acordo de mediação, que não toda a informação respeitante ao conteúdo das sessões de mediação**, como, de forma permissiva, se prevê no nº 3 do art. 6º do projecto, pode ser divulgado, o que bem se compreende, dado que, em casos de mediação pré-judicial, tal acordo pode não ter sido homologado e não constar de qualquer processo judicial.

Porém, o n.º 3 do art. 6º do projecto de proposta de lei, ao prever os casos em que pode cessar o dever de confidencialidade do mediador, estende a cessação de tal dever a **toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação** e basta-se, para tal, com a invocação genérica de razões de ordem pública, ao contrário da referida Directiva que **exige imperiosas razões de**



**ordem pública** , acrescentando-se ainda um "**nomeadamente**" que também não consta da Directiva, para dar mais amplitude e liberdade interpretativa ao julgador e, depois, no que concerne ao fundamento consistente na necessidade de aplicar ou de executar o acordo obtido por via de mediação, o mesmo n.º 3 faz cessar o dever de confidencialidade, não apenas na parte respeitante ao próprio conteúdo de tal acordo, mas também em relação a **toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação**.

A permissividade com que, no projecto de proposta de lei, se prevê a possibilidade de cessação do dever de confidencialidade do mediador sobre **toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação**, a par da previsão legal do n.º 4 do art. 6º que, "*a contrario*" e verificado um dos fundamentos do n.º 3, permite que o mediador possa vir a ser designado como testemunha, perito ou mandatário, em processos judiciais, ou ainda como assessor técnico do juiz, em processos tutelares cíveis, leva qualquer cidadão a recear e a pensar duas vezes antes de recorrer a um sistema de mediação pública ou privada, pois pode vir a ter que se defrontar ulteriormente, no processo judicial que tem por objecto o litígio que já foi objecto de mediação, com perito ou com mandatário da parte contrária ou ainda com assessor técnico, no correspondente processo tutelar cível, que já foi antes mediador, no processo de mediação em que esse cidadão também já foi parte, mas que não logrou a obtenção de qualquer acordo para a resolução do litígio.

Esta orientação do projecto de proposta de lei não se percebe e é, além do mais, incongruente com o objectivo que se proclama, na respectiva exposição de motivos, de que, *ao unificar num único diploma todo o regime da mediação, tal contribuirá para uma maior divulgação da mediação e conseqüentemente para uma maior utilização deste mecanismo*.

Muito menos se percebe ainda que o mediador possa vir a ser designado como assessor técnico em processo tutelar cível atinente a questões em que aquele interveio, no correspondente processo de mediação.

Com efeito a permissividade adoptada em relação à possibilidade de designação do mediador, como assessor técnico nos processos tutelares cíveis, cria situações de promiscuidade que esvaziam totalmente o dever de confidencialidade do mediador e que fazem lembrar procedimentos da Inquisição, pois, após as partes terem aceite o recurso à mediação, cujo desfecho



não terminou por acordo, a lei permite que o juiz do processo tutelar cível em que as mesmas questões irão ser reguladas e decididas venha a designar, como respectivo assessor técnico, o próprio mediador que teve intervenção no processo de mediação.

Por fim, a OA considera que a verdadeira mediação só pode realizar-se com a presença de advogados, ou seja, em que as partes estejam representadas por advogados porquanto só estes permitirão a solução dos verdadeiros problemas jurídicos subjacentes às questões controvertidas. As soluções jurídicas serão tanto mais fortes, consistentes e duradouras quanto mais intensas e profundas forem as discussões jurídicas sobre os problemas jurídicos que as suscitam.

Além disso, quando o processo não é dirigido por um juiz, quando a decisão final não é proferida por um juiz, mais se justifica a intervenção dos advogados até como garantia de respeito pelos direitos das partes. O juiz é por definição um dos principais garantes dos direitos fundamentais dos cidadãos, por isso, quando os juízes são substituídos por mediadores mais necessária se torna a intervenção de advogados como reforço e protecção daqueles direitos e garantias.

Daí que se entenda que deveria instituir-se a obrigatoriedade de as partes serem representadas por advogados em todos os processos de mediação.

### III

#### Em conclusão

- 1- A Ordem dos Advogados não concorda, designadamente, que mesmo nas situações em que se torne necessário assegurar a protecção do interesse superior de crianças ou a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, o mediador não se encontre legalmente impedido e possa vir a ser designado como **perito** ou **mandatário**, em processos judiciais que tenham por objecto, ainda que indirectamente, o litígio por ele antes mediado, ou ainda como **assessor técnico**, em processos tutelares cíveis,
- 2- A necessidade de protecção de tais interesses não requer que o mediador deixe de estar impedido e passe a poder ser perito, **mandatário** ou **assessor técnico** em causa judicial que tenha por objecto o litígio por ele mediado anteriormente.



- 3- E, quanto a **poder ser testemunha** em processos judiciais que tenham por objecto o litígio por ele antes mediado, tal só se justificará na estrita medida concernente a matérias que tenham a ver com a necessidade de protecção do interesse superior de crianças ou de protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, mantendo-se o dever de confidencialidade sobre as demais matérias por ele conhecidas, no decurso da mediação, que não tenham a ver com a protecção de tais interesses.
- 4- A lei deverá estabelecer a obrigatoriedade de as partes estarem representadas por advogado nos litígios sujeitos à mediação.

Lisboa, 04 Junho 2012

A Ordem dos Advogados