

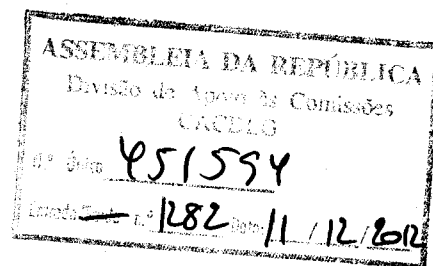
De: Sindicato Magistrados - Direcção [smmp-direccao@net.novis.pt]
Enviado: terça-feira, 11 de Dezembro de 2012 14:57
Para: Comissão 1ª - CACDLG XI
Assunto: Envio de Parecer sobre a Proposta de Lei nº 116/XII
Anexos: Parecer SMMP PPL 116-XII _Mediação_ - Dezembro 2012.pdf

Ex.mo Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdade e Garantias,
Dr. Fernando Negrão

Junto enviamos parecer do SMMP sobre a Proposta de Lei n.º 116/XII (estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública).

Com os melhores cumprimentos e elevada estima,

Rui Cardoso
(Presidente da Direcção)



PARECER DO SMMP

SOBRE A

PROPOSTA DE LEI 116/XII

**(ESTABELECE OS PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS À MEDIAÇÃO, BEM COMO OS REGIMES JURÍDICOS DA
MEDIAÇÃO CIVIL E COMERCIAL, DOS MEDIADORES E DA MEDIAÇÃO PÚBLICA)**

1. Introdução

Pretende-se, com as considerações que ora se apresentam, proceder a uma análise e comentário da Proposta de Lei n.º 479/2012 de 22.11.2012, avaliar as disposições normativas que dela constam, elencar os aspectos que consideramos positivos, e identificar as disposições que nos merecem reserva, apresentado, quanto a estas, as devidas propostas de alteração.

Esta Proposta de Lei divide-se em cinco capítulos, onde se estabelecem o seu objecto, os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal; o regime jurídico da mediação civil e comercial; o regime jurídico dos mediadores e o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.

Quanto às motivações desta iniciativa legislativa, refere-se na exposição de motivos que a acompanha que *“crê-se que a existência de uma lei de mediação como a agora proposta, ao regular uma matéria na qual se identificam claras lacunas, e ao unificar num único diploma regimes que se encontram hoje dispersos, 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 ao recurso 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. Breves considerações sobre as vantagens, a aplicabilidade e os incentivos à mediação como verdadeira forma de resolução alternativa de litígios

Os incentivos à criação de mecanismos que permitam assegurar aos cidadãos vias alternativas de resolução dos litígios não possuem, na Europa (ao contrário do que ocorre em países como os EUA com os *Alternative Dispute Resolution: ADR*), um passado muito longínquo. Nos últimos anos, porém, conclui-se da análise da produção legislativa comunitária que existe um interesse crescente na regulamentação destas matérias, especialmente no que à mediação diz respeito.

No livro verde da Comissão sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial (Bruxelas, 19.04.2002 COM(2002) 196 final) estes são apresentados como mecanismos flexíveis, tendencialmente económicos, adaptados à natureza dos litígios e promotores da paz social.

A Directiva 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, é o resultado da intenção do legislador comunitário em criar um sistema de resolução alternativa de litígios suficientemente seguro, competente, credível e também persuasivo para os particulares que se vêm perante um diferendo nestas matérias.

Cumprido, antes de mais, salientar que a elaboração de uma Proposta de Lei sobre este tema representa um marco importante na justiça portuguesa, porquanto define de modo claro e suficientemente exaustivo as regras aplicáveis em matéria de mediação, instituto que, salvo melhor opinião, será, porventura, a forma mais eficaz, e gratificante para as partes, de resolução alternativa de litígios.

Trata-se de um diploma bem estruturado, com capacidade de, se cumprido devidamente por aqueles que na prática irão intervir nos procedimentos de mediação, resolver a generalidade das dúvidas e incertezas que até ao presente pairavam sobre os cidadãos que potencialmente poderiam recorrer a este regime.

Optou-se por introduzir uma norma que contém as definições de mediação e mediador de conflitos. Entendemos que nesta matéria tais definições são suficientes e reflectem de modo adequado a natureza dos dois conceitos.

Louvamos a iniciativa de estabelecer, pela primeira vez, o conjunto de princípios aplicáveis em matéria de mediação, independentemente do objecto do litígio. Trata-se de uma parte fundamental do diploma, que se articula harmoniosamente com a regulamentação do procedimento de mediação, onde se concede às partes ampla margem de liberdade, devendo as questões não expressamente previstas ser conjuntamente concretizadas por estas e pelo mediador em observância dos princípios definidos.

Nesta matéria, concedemos especial relevo à criação de um princípio designado como de «voluntariedade». É essencial, em nossa opinião, que o recurso ao procedimento de mediação não seja, por qualquer modo, obrigatório. Com efeito, ainda que se admita que o recurso aos mecanismos de resolução alternativa de litígios assume a virtude aliviar o volume de serviço nos tribunais, o certo é que o acesso à justiça concretizado no direito fundamental de acesso aos tribunais não pode ser beliscado¹. Com a definição do princípio da «voluntariedade» esta proposta consegue garantir o respeito pelas normas fundamentais e conceder aos cidadãos margem de liberdade para outras formas solucionar os seus diferendos.

Nenhum litígio pode ser subtraído à apreciação dos tribunais, seja em função do seu valor, do tempo que os tribunais possam demorar a decidir, ou do sentido de determinada jurisprudência não corresponder ao agrado do legislador. Saudamos, por isso a iniciativa da criação deste princípio.

Tal não significa que não possa ser incentivado por outras vias o recurso a esta forma de resolução alternativa de litígios. Pese embora a presente Proposta seja, em nossa opinião, uma iniciativa legislativa de qualidade, juridicamente bem desenhada e potenciadora de um modelo de mediação competente, mas flexível e personalizado, poderão ainda assim os cidadãos preferir litigar em tribunal.

Se esta Proposta for aprovada, o problema que Portugal passa a ter que enfrentar em matéria de resolução alternativa de litígios já não é aquele que resulta da ausência de regulação, mas a

¹ Nos termos do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e ainda, a nível comunitário, no artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

inexistência de uma cultura de mediação e de consenso na resolução dos diferendos. Para muitos ainda vale mais um mau pleito que um bom acordo.

Com esta Proposta os cidadãos passam a encontrar na mediação um procedimento simplificado, no qual dispõem a todo o momento de plena capacidade de decisão. Se a estas qualidades for possível garantir que será menos oneroso que o recurso aos meios judiciais, é motivo para que se conclua que estas qualidades são suficientemente persuasivas para que os cidadãos recorram à mediação e, conseqüentemente a aplicabilidade prática deste diploma seja satisfatória.

Se a estas vantagens for possível somar incentivos fiscais, com a dedução de parte dos gastos efectuados em matéria de mediação (como sucede em Itália) ou estabelecer um regime de custas processuais mais favorável para quem recorra a esta forma alternativa de resolução de litígios, (como se aventou na generalidade dos países europeus, inclusivamente em Portugal em matéria de Direito do Trabalho), então temos por certo que, com o devido tempo, este diploma assumirá uma enorme relevância prática e será susceptível de criar em Portugal uma cultura de mediação.

A opção legislativa traduzida neste diploma apresenta manifestas vantagens face a outras formas de eventual combate à morosidade da justiça traduzida num cada vez maior número de processos entrados em tribunal, como seja o aumento das taxas de justiça ou outras iniciativas de natureza análoga. Pese embora não seja este o fito principal deste diploma, como de resto se extrai à saciedade quer da exposição de motivos, quer das normas que o compõe, o certo que, estando potencialmente garantido o objectivo de dotar a mediação com um procedimento flexível e competente, entendemos que poderão igualmente existir vantagens a este nível.

Pese embora se considere a iniciativa globalmente positiva, cumpre, todavia, proceder a uma análise pormenorizada das normas que compõe a Proposta de Lei, identificando-se aquelas que, em nossa perspectiva, poderão ser objecto de acrisolada intervenção.

3. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo II - *Princípios*

a. Do princípio da confidencialidade – Artigo 5.º

Prescreve o artigo 5.º, sob epígrafe “Princípio da confidencialidade”:

1 – O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.

2 - As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas no procedimento.

3 - O dever de confidencialidade sobre toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção 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.

4 - Exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal.

A consagração de um regime de confidencialidade sobre as matérias sujeitas ao procedimento de mediação afigura-se-nos de crucial importância, merecendo, nesse sentido, a nossa concordância.

A confidencialidade das informações trocadas durante o procedimento de mediação é, em última instância, o segredo e a garantia de uma comunicação franca entre as partes, pautada pela sinceridade necessária à obtenção de um acordo.

Todavia, não se nos afigura que com esta disposição fique totalmente claro o que sucede à documentação que já se encontrava na disposição de ambas as partes antes de se iniciar o procedimento de mediação, uma vez que, como resulta do artigo 18.º, n.º 3, todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade, que não apenas o mediador².

Seria, porventura, conveniente que se estabelecesse um n.º 5 neste artigo, ou se complementasse o n.º 4, com a menção expressa de que estaria igualmente excluída do dever de confidencialidade a documentação ou informação que possa ser obtida de modo independente pela parte que a apresente em juízo ou perante um tribunal arbitral, ou que já estivesse no seu domínio aquando do início do procedimento de mediação.

A presente norma não pretende, por certo, blindar todas as informações das partes respeitantes ao conteúdo da mediação, mas apenas aquelas que não chegariam de outro modo ao poder ou conhecimento da outra parte³. Apenas relativamente ao mediador se impõe tal reserva.

No regime previsto no Código do Trabalho - artigo 527.º n.º 10 - refere-se que *“o mediador deve guardar sigilo sobre as informações recebidas no decurso do procedimento que não sejam conhecidas da outra parte”*. É precisamente no seguimento desta lógica, das informações que doutro modo não seriam do conhecimento da outra parte, não fosse o procedimento de mediação, que deve aplicar-se o princípio da confidencialidade às partes quanto aos documentos e informações de que tiveram conhecimento, para efeitos do previsto no n.º 4.

² Refere o ponto 80 do Livro Verde sobre a resolução alternativa de litígios Bruxelas, 19.04.2002 COM(2002) 196 final *“A obrigação de confidencialidade compete em primeiro lugar às partes. As informações que tiverem sido trocadas entre as partes durante o processo não deverão ser aceites como meios de prova num processo judicial ou arbitral posterior, podendo, porém, ser previsto um determinado número de exceções. Deste modo, as partes podem decidir de comum acordo que a totalidade ou parte do processo não seja confidencial. Uma parte pode divulgar tal ou tal aspecto do processo de ADR se a tal for obrigada por força de um direito aplicável. Por último, uma parte pode divulgar o acordo pondo termo ao diferendo entre as partes se tal for necessário para a aplicação ou a execução deste acordo”*.

³ O artigo 10.º da Lei Italiana é neste particular mais esclarecedor, salvaguardando apenas as informações obtidas durante o procedimento, quando refere que: *“1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione e' tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.*

2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore e' altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.”

Acresce ainda que, é nosso entendimento, face à redacção da norma prevista no artigo 5.º, n.º 3, da presente Proposta, que não está cerceada a possibilidade de utilização da informação respeitante ao conteúdo da mediação no âmbito de um processo penal, porquanto se salvaguarda a cessação da confidencialidade «*por razões de ordem pública*».

Todavia, uma vez que se optou por elencar de forma não taxativa (na medida em que se prescreve «nomeadamente») três situações em que o princípio de confidencialidade cede perante valores de superior importância, deveria, em nossa perspectiva, acrescentar-se uma quarta, prevendo-se que o dever de confidencialidade cessa quando “a Autoridade Judiciária as solicite mediante despacho devidamente fundamentado no âmbito de um processo penal quando tal informação seja necessária à descoberta da verdade material”.

Estaria deste modo afastada a possibilidade de utilização dessa informação no âmbito dos pedidos de indemnização civil em processo penal e ficaria igualmente garantido que esta previsão não prejudicaria o interesse público subjacente à investigação criminal.

A previsão estabelecida no n.º 4 deste artigo assume elevado interesse na construção de um procedimento de mediação baseado na competência dos mediadores e na confiança dos cidadãos que recorrem a esta forma de resolução alternativa de litígios, e merece, dessa perspectiva, a nossa concordância.

Todavia, entendemos que seria igualmente de ponderar a inclusão dos procedimentos de arbitragem, restringindo-se a utilização do conteúdo das sessões de mediação quer no tribunal (no âmbito de um processo de natureza não penal) quer no âmbito de uma arbitragem (tal como aconselha o considerando 23 da Directiva 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).

Se é certo que no âmbito da arbitragem também existe um «tribunal», a mera referência a esta instituição não abrange, em nossa opinião, os tribunais arbitrais. Demais sempre que esta Proposta de Lei se refere ao «tribunal» nos artigos 12.º, n.º 4, 13.º, n.º 1, 14.º, n.º 2, e 34.º, fá-lo por referência ao tribunal judicial, pelo que não poderá considerar-se o tribunal arbitral abrangido nesta previsão, nem em nenhuma outra. A própria lei da arbitragem voluntária utiliza

sempre (ou quase sempre) a expressão «tribunal arbitral» e para que estas instituições sejam abrangidas é necessário que se lhes estabeleça a devida ressalva, não podendo ser equiparadas aos tribunais judiciais, para estes efeitos.

Pese embora estes breves apontamentos, não podemos deixar de salientar que o regime ora estatuído neste artigo 5.º representa uma evolução significativa face à norma que constava do artigo 249.º-C do Código Processo Civil. Conseguiu-se, em nossa opinião, aperfeiçoar os conceitos que constavam daquele artigo, e clarificar alguns aspectos que poderiam suscitar dúvidas acentuadas no momento da sua concretização, como seja o conceito de «*circunstâncias excepcionais*» que foi substituído para os mesmos efeitos pela noção de «*razões de ordem pública*».

b. Necessidade de criação de um princípio da neutralidade? Artigo 6.º

Prescreve o artigo 6.º:

“1- As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo.

2- O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação”.

Neste artigo estabelecem-se expressamente os princípios da igualdade e da imparcialidade.

Cumpra a este respeito salientar que o mediador assume uma veste distinta do árbitro ou do juiz, porquanto não impõe a sua decisão às partes, mas actua como persuasor que, partindo da sua posição neutral e de rigor as conduz a encontrar o acordo mais prático e vantajoso possível para ambas (Belém Iboleón Salmeron, “*Lá mediación en asuntos civiles y mercantiles*”, 2010, pag. 480).

Nesse sentido, a função do mediador parte de uma posição de neutralidade, e nesta forma de actuar reside a essência da mediação, porquanto o mediador deve encaminhar para as soluções e

não impor perspectivas ou garantir resultados. Entendemos assim que, uma vez que este capítulo dos princípios se aplica ao procedimento de mediação realizado em todas as matérias, deveria introduzir-se um princípio autónomo sobre a neutralidade do mediador.

Este princípio não se confunde com a imparcialidade, na medida em que esta representa aquilo que o mediador deve “ser” ou pelo o modo como este se situa ou se encontra no litígio que afecta as partes, enquanto que a neutralidade encerra o modo como o mediador deve actuar, e implica uma perspectiva de “acção” ou de “função” que, por representar o núcleo essencial da mediação deve, em nossa perspectiva, ser elevada à categoria de princípio⁴.

Propõe-se assim a criação de um artigo onde se estabeleça este princípio ou se proceda ao aditamento do artigo 6.º passando a constar do n.º 2 que *“O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir, durante toda a mediação, de forma imparcial e **de modo que permita às partes alcançar por si mesmas um acordo de mediação**”*.

A actuação neutral que se exige a um mediador encontra, de algum modo, reflexo nos deveres do mediador de conflitos elencados no artigo 26.º, nomeadamente na alínea b). Mais que um dever do mediador, a actuação com respeito por esta regra constitui a verdadeira identidade da mediação.

c. Da consagração do princípio da competência – Artigo 8.º

O artigo 8.º, n.º 1, da Proposta de Lei possui a seguinte redacção:

1- Sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 e no n.º 3 do artigo seguinte, o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode

⁴ Marta Blanco Carrasco, “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: Presente e futuro”, Anuário jurídico e económico escurialense XLII, 2009 (129-152), pag. 134, refere como princípios da mediação *“A imparcialidade e a neutralidade, cuja distinção não é simples – A imparcialidade deve ser entendida como a relação do mediador com as partes, de forma que trate de evitar que uma relação de amizade ou inimizade manifesta do mediador com alguma das partes possa prejudicar o resultado do procedimento. A neutralidade é entendida como a relação do mediador com o resultado do conflito, de modo que não oriente ele mesmo o procedimento face aos seus próprios valores morais, religiosos ou culturais, mas antes deve respeitar os próprios de cada uma das partes”*. (tradução nossa)

frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24.º.

O artigo 8.º, sob epígrafe *Princípio da competência e da responsabilidade*, prescreve que o mediador «pode» frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas. Esta previsão apenas corresponderia a um “princípio”, com dignidade suficiente para merecer tal epíteto, caso a formação ou o acesso à educação estivesse proibida ou fosse inacessível. Num Estado de Direito Democrático todos «podem» frequentar ações de formação.

Ainda que a ausência de frequência nas ações de formação não seja sancionada por qualquer forma, este princípio da competência deverá ser impositivo, alterando-se a estrutura quase informativa do preceito e passando-se a fazer constar que o mediador «deve» promover pela sua formação e aquisição de aptidões para o exercício competente da função.

d. Do princípio de executoriedade sem necessidade de homologação e dos mecanismos para a sua concretização – Artigo 9.º

Prescreve o n.º 1 do artigo 9.º que:

Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação:

- a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial;*
- b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração;*
- c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos;*
- d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e*
- e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.*

O artigo 9.º, no qual se confere força executiva ao acordo de mediação sem necessidade de homologação judicial em determinados casos, não nos merece, de uma perspectiva técnica, qualquer reparo. Salientamos que consideramos a criação deste mecanismo como essencial ao sucesso do procedimento de mediação, pelo que a criação deste regime de execução não podia deixar de merecer a nossa concordância.

Salienta-se, todavia, que intervindo apenas as partes e o mediador no processo de mediação, quem deve assegurar que aquelas têm capacidade, que o acordo é celebrado nos termos legalmente previstos e que o litígio pode ser objecto de mediação e que o acordo não viola a ordem pública é precisamente o mediador.

É certo que, por uma questão de opção legislativa, decidiu-se não definir neste diploma as qualidades técnicas que deve possuir o mediador, e os requisitos de inscrição na lista organizada pelo Ministério de Justiça bem como os requisitos de certificação das entidades formadoras e dos respectivos cursos (opção compreensível quanto a estas últimas, pois é matéria tipicamente reguladora, o que não acontecerá com as qualidades que deve possuir o mediador). Não podemos ainda assim deixar de assumir que estamos apreensivos nesta matéria.

O n.º 4 do mesmo artigo refere que

Tem igualmente força executiva o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado-Membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas a) e d) do n.º 1 e se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva.

Este preceito encontra-se em perfeita consonância com os regulamentos comunitários que disciplinam a executoriedade intracomunitária das decisões, nomeadamente com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, ou no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental. Neste sentido, merece a nossa concordância a solução vertida nesta norma.

4. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo III – *Mediação Civil e Comercial*

a. Da definição do âmbito de aplicação da mediação em matéria civil e comercial, posição sobre as matérias abrangidas e excluídas

Consta do **artigo 10.º** da Proposta de Lei, sob epígrafe de “Âmbito de aplicação”:

1 - O disposto no presente capítulo é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal.

2 - O presente capítulo não é aplicável:

- a) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar;*
- b) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação laboral;*
- c) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação penal;*
- d) À mediação realizada nos julgados de paz.*

Sobre as razões justificativas na escolha da eleição dos diferendos que poderão estar sujeitos ao regime de mediação, refere-se na exposição de motivos que “*Numa perspetiva de valorização do procedimento de mediação, e de maximização dos tipos de litígios que as partes podem procurar resolver entre si através da mesma, optou-se pela concretização desse critério nos mesmos termos em que foi fixado o critério de arbitrabilidade na nova Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.*”

Com efeito, efectivamente, à semelhança do que sucede na Lei de Arbitragem, também aqui a citada norma, em conjunto com o artigo 11.º, opta por elevar à categoria de litígio passível de mediação em matéria civil e comercial todo aquele que respeite a interesses de natureza

patrimonial, ou seja, que assumam carácter económico ou material e dessa perspectiva se reflectam no património do interessado, ou, não assumindo essa natureza possam as partes transigir sobre o direito controvertido.

Resulta destas considerações e do disposto no n.º 2 que se optou por um critério alargado de definição das matérias integrantes dos conceitos “civil e comercial”.

Esta opção merece-nos, porém, duas ressalvas:

Em primeiro lugar, respeitando as normas deste capítulo III à obrigação de transposição da Directiva 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, entendemos que seria conveniente a referência expressa à exclusão do âmbito de aplicação deste capítulo às matérias em que o Estado actua no exercício da sua autoridade (*jure imperii*) – artigo 1.º, n.º 2, da Directiva.

Para o efeito, e uma vez que as restantes matérias não estão excluídas do âmbito de aplicação típico da mediação (bem como da arbitragem), entendemos que deveria acrescentar-se uma alínea e) com uma formulação semelhante à que consta do nº 4 do artigo 1.º da Lei da arbitragem voluntária, ou então, como optaram outros Estados Membros, referindo-se apenas que este capítulo não é aplicável à mediação em que intervenha a administração pública (artigo 2.º, n.º 2, alínea b) da Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

Em segundo lugar, pese embora o presente regime trate em igual medida todos os interesses de natureza patrimonial, inserindo-os no conceito de matéria civil e comercial, existem, dentro desta categoria, situações que merecem a devida ressalva. Os interesses económicos dos consumidores, e o direito à reparação dos danos por estes sofridos encontram assento constitucional no artigo 60.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa

Sobre este aspecto, será importante salientar, em primeira linha, que reconhecemos que é possível que se argumente que, pese embora o modo de conduzir uma mediação seja radicalmente diferente quando está em causa um litígio de consumo (entenda-se em que intervém um consumidor e um profissional) ou um diferendo relacionado com um contrato comercial ou de

direitos reais ou de responsabilidade civil, o certo é que, respeitando-se os princípios de qualidade, confidencialidade, e excecutoriedade das decisões, o esquema previsto na presente Proposta de Lei poderá eventualmente garantir a salvaguarda dos interesses económicos dos consumidores.

Todavia, existem razões válidas e justificadas para que se autonomizem os mecanismos de resolução alternativa de litígios quando está em causa matéria relacionada com consumo.

A Lei espanhola de mediação em matéria civil e comercial exclui expressamente os litígios de consumo do seu âmbito de aplicação.

A resolução alternativa de litígios em matéria de consumo merece, em nossa opinião, tratamento especial, e reflexo disso mesmo é a recente Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à resolução alternativa de litígios de consumo, (Bruxelas, 29.11.2011 COM(2011) 793 final).

Não é pelo facto de inexistir no nosso país um verdadeiro “Sistema de mediação em matéria de consumo” (ao contrário do que sucede em matéria laboral, familiar ou penal) que passa a ser legítimo tratar os litígios de consumo da mesma forma que se regula a mediação em matéria de direitos reais ou de contratos entre empresas.

A Directiva 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 não exclui, é certo, a aplicação do seu regime aos litígios de consumo, mas não deixa, todavia, de invocar algumas ressalvas quando no seu considerando 18 refere que *“no domínio da defesa do consumidor, a Comissão aprovou uma recomendação que estabelece os critérios mínimos de qualidade que os organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios de consumo deverão oferecer aos seus utilizadores. Qualquer mediador ou organismo abrangido pelo âmbito de aplicação da recomendação deverá ser incentivado a respeitar os seus princípios”*.

É certo que existem instrumentos comunitários de vital importância que, regulando matéria civil e comercial, prescrevem expressamente a sua aplicação aos contratos de consumo (e de trabalho),

como seja o regulamento Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000. Porém, mesmo neste caso, refere-se no seu considerando 13, sobre as regras de competência, que *“No respeitante aos contratos de seguro, de consumo e de trabalho, é conveniente proteger a parte mais fraca”*. É precisamente esta evidência de desigualdade que nos suscita dúvidas quanto à bondade de inclusão dos litígios de consumo no mesmo regime que trata as restantes matérias civis e comerciais, sem que se estabeleça qualquer ressalva ou discriminação positiva do consumidor – a parte mais fraca.

O princípio da igualdade de tratamento das partes previsto no artigo 6.º deste diploma, fazendo todo o sentido nas restantes matérias, será, em nossa opinião, tributário do incumprimento do referido imperativo constitucional no que tange aos consumidores, como seria no que respeita aos trabalhadores se estas matérias estivessem aqui previstas sem qualquer especificidade.

Em Espanha, onde existe uma norma constitucional de defesa dos interesses económicos dos consumidores semelhante ao citado artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa, às matérias relativas ao direito do consumo não se aplica o regime da restante matéria civil e comercial no que tange à resolução alternativa de litígios, nomeadamente à mediação.

O regime de mediação previsto no Código do Trabalho, reconhecendo que não é igual a capacidade das partes no domínio daquela legislação para apresentar opiniões e esgrimir argumentos, desenhou um regime em que é o mediador que apresenta uma proposta de resolução do litígio.

No âmbito do direito do consumo a desigualdade é, porventura, em alguns casos, ainda mais acentuada.

b. A convenção de mediação - Artigo 12.º

Prescreve o artigo 12.º, sob epígrafe “Convenção de Mediação”, que

1 -As partes podem prever, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação.

2 -A convenção referida no número anterior deve adotar a forma escrita, considerando-se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação.

3 -É nula a convenção de mediação celebrada em violação do disposto nos números anteriores ou no artigo anterior.

4 -O tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação.

O modo como se encontra desenhada a possibilidade de as partes estabelecerem uma convenção de mediação para que esta assuma validade suficiente para a sua execução não nos merece qualquer reparo. Com efeito, esta matéria, pese embora numa primeira análise possa considerar-se demasiado ousada, encontra-se em perfeita consonância com a regulação das matérias relacionadas com os acordos de arbitragem, tal como estes são definidos na primeira opção da Lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)⁵ ou como previstos na Lei de arbitragem em Portugal (artigo 2.º da Lei de arbitragem voluntária).

⁵ Artigo 7.º (como adoptado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006): (1) “Acordo de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extra-contratual. Um acordo de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de um acordo autónomo. (2) O acordo de arbitragem deve ser feito por escrito. (3) O acordo de arbitragem tem forma escrita quando o seu conteúdo estiver registado sob qualquer forma, independentemente de o acordo ou contrato de arbitragem ter sido concluído oralmente, por conduta ou por qualquer outro meio. (4) O facto do acordo de arbitragem ter de ser por escrito tem a ver com a comunicação electrónica e com o facto de a informação nele contida poder ser utilizada para referência futura; “comunicação electrónica” é toda e qualquer comunicação utilizada pelas partes através da mensagem de dados; “mensagem de dados” é a informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios electrónicos, magnéticos, ópticos ou similares, incluindo também, mas não apenas, o intercâmbio electrónico de dados (EDI), o correio electrónico, o telegrama, o telex ou a telecópia. (5) O acordo de arbitragem tem ainda de ser escrito se incluir o intercâmbio dos articulados do demandante e do demandado, em que uma das partes alega a existência do acordo e a outra não o nega. (6) Num contrato, a

A regulação destas matérias, assim como doutras de idêntica natureza, deverá, necessariamente, uma vez que o âmbito de aplicação é idêntico (matéria civil e comercial), ter em conta as previsões estabelecidas sobre os restantes mecanismos de resolução alternativa de litígios, desiderato que neste particular se logrou alcançar.

A previsão do n.º 4 não nos merece, igualmente, de uma perspectiva de opção legislativa, qualquer reparo e merece a nossa concordância. Trata-se de disposição equivalente à fixada no artigo 5.º da Lei 63/2011, de 14 de Novembro, e não se nos afigura que seja susceptível de violar qualquer regra ou princípio em matéria de direito processual civil.

O Código de Processo Civil oferece resposta adequada para os casos em que a convenção seja de arbitragem (nomeadamente nos artigos 494.º alínea j) e 495.º), e estabelece um regime perfeitamente articulado com as disposições da Lei de arbitragem voluntária. Porém, estabelecendo-se uma obrigação dirigida ao Tribunal no sentido da necessidade de suspensão da instância (prescreve-se que o tribunal «deve ... suspender a instância») por via da preexistência de uma convenção de mediação, seria adequando, em nossa perspectiva, que esta causa de suspensão obrigatória da instancia estivesse igualmente contemplada no Código de Processo Civil, nomeadamente no artigo 279.º-A, o que por ora não ocorre.

Acresce ainda que seria igualmente adequado que se estabelecesse, nestes casos, um prazo máximo de duração da suspensão da instância, ou pelo menos, para estes efeitos, se procedesse a uma remissão para o disposto no artigo 279.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, que estabelece um prazo máximo de 6 meses. É a própria segurança jurídica que, em nossa perspectiva, o impõe.

Uma última nota ainda para referir que, pese embora seja matéria que possa suscitar algumas discussões jurídicas, face ao modo como ora se encontram desenhadas as consequências processuais desta convenção de mediação, não se nos afigura que, mesmo no âmbito de aplicação dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), sempre partindo de uma análise abstracta, possa este regime considerar-se ilegal. Nesse sentido, não se nos afigura existir qualquer limitação neste particular, se bem que,

referência a qualquer documento que contenha uma cláusula compromissória constitui um acordo de arbitragem escrito, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato.

face à posição que antes assumimos, estas matérias deveriam ter sido objecto de tratamento autónomo.

c. Dos efeitos do procedimento de mediação nos prazos de prescrição e caducidade, momentos de referência para o seu início – Artigo 13.º

Refere o artigo 13.º, n.ºs 1 a 5, sob epígrafe “Mediação pré-judicial e suspensão de prazos” que:

1 - As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal recorrer à mediação para a resolução desses litígios.

2 - O recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação, ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação.

3 - Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se com a conclusão do procedimento de mediação, nomeadamente a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o procedimento de mediação, quando se esgotar o prazo máximo de duração do procedimento de mediação, bem como quando o mediador determinar o fim do procedimento de mediação.

4 - Para os efeitos previstos nos números anteriores, é considerado o momento da prática do ato que inicia ou conclui o procedimento de mediação, respetivamente.

5 - A falta de acordo e a recusa de submissão a mediação referidas no n.º 3 são comprovadas pelo mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, pela entidade gestora do sistema público onde tenha decorrida a mediação.

Este preceito assume uma importância nuclear na arquitectura jurídica da presente Proposta de Lei. O regime da suspensão dos prazos, juntamente com a executoriedade dos acordos, a competência dos mediadores e a confidencialidade, corporiza a estrutura de um modelo de

mediação apostado em convencer as partes da sua utilidade e dos seus benefícios, sendo um dos pilares deste diploma normativo.

Salientamos, por isso, primeiramente, que concordamos com a solução de princípio ora fixada, e vemos nesta norma potencial para que as partes adiram ao procedimento de mediação.

Porém, se o modo como é concretizado não for escorreito, de simples apreensão e inequívoco, poderão as partes inibir-se de recorrer a este mecanismo e optar pelo modelo judicial de resolução de litígios, que lhes oferece maiores garantias quanto à certeza do procedimento.

O artigo 13.º corresponde, com algumas alterações, ao artigo 249.º-A do Código de Processo Civil, que foi transferido deste código para o presente diploma, como expressamente se reconhece na exposição de motivos.

Concordando-se com o princípio subjacente – de suspensão dos prazos – salientamos desde já que a construção jurídica desta norma padece de imprecisões e ambiguidades que cumpre urgentemente colmatar, sob pena de criação de um regime ontologicamente contraditório e paradoxal.

Em primeiro lugar, a opção por um regime de suspensão dos prazos em que o termo inicial começa com a celebração do protocolo de mediação (ou no momento em que todas as partes tenham acordado com a realização da mediação, sempre que se trate de um sistema público de mediação) não nos parece o mais adequado. Apenas poderíamos admitir que assim fosse caso o Estado não conseguisse controlar e garantir a qualidade e competência dos mediadores, (especialmente dos privados) e o respeito pelas regras da função, o que não auguraria um destino auspicioso a este modelo de RAL.

A relação entre os mecanismos de controlo da qualidade e a confiança dos cidadãos no procedimento de mediação, nomeadamente no que concerne às regras sobre os prazos, é inequivocamente afirmada no considerando 16 da Directiva 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008, quando refere que “para assegurar a necessária confiança mútua no que diz respeito à confidencialidade, aos efeitos nos prazos de prescrição e caducidade e ao reconhecimento e

execução dos acordos obtidos por via de mediação, os Estados-Membros deverão incentivar, por todos os meios que considerem adequados, a formação de mediadores e a criação de mecanismos eficazes de controlo da qualidade relativamente à prestação de serviços de mediação”.

Com efeito, num sistema em que a qualidade da mediação estivesse garantida, a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade deveria iniciar-se no preciso momento em que o pedido de mediação fosse efectuado, ou, eventualmente, naqueles casos em que o pedido não fosse conjunto, quando a outra parte fosse dele notificada para a sessão de pré-mediação.

Na verdade, nos casos de prazos curtos de prescrição ou caducidade, este regime de suspensão dos prazos perde grande parte da eficácia pretendida. Em primeiro lugar porque a constatação da existência do litígio não coincide, por norma, com o início do prazo de prescrição ou caducidade. Mesmo nos litígios emergentes de um contrato, entre o momento da exigibilidade e respectivo incumprimento e o momento em que assumidamente as partes reconhecem a existência de uma desavença ou litígio medeia por norma um período que nem sempre será curto. Acresce ainda que, pelo menos numa fase inicial, não sabendo a parte que pretende recorrer à mediação quanto tempo será necessário para se assinar o protocolo ou obter o acordo da outra parte, não arriscará certamente tomar a iniciativa se souber que durante esse tempo pode prescrever ou caducar o seu direito.

Depois, porque nos casos em que exista uma convenção de mediação, é altamente provável que a iniciativa (ou pedido) parta apenas de um dos contraentes. Nestes casos, atendendo à possibilidade qualificada de não existir recusa do outro contraente que interveio na convenção de mediação, não se nos afigura que exista justificação para que se deva aguardar pela assinatura do protocolo para que se suspendam os prazos de prescrição e caducidade.

Semelhante regime de suspensão dos prazos de caducidade poderia, em último caso, afastar as partes da intenção de celebrar uma convenção de mediação nos contratos

c.1. Necessidade de suprimento de lapsos na redacção da norma

Salienta-se, todavia que ainda que seja intenção manter como momento de referência para início da suspensão dos prazos a assinatura do protocolo ou o acordo quanto à sujeição a este modo de RAL, sempre se impõe que esta norma seja alterada, acendrando-se o regime nela previsto.

Refere o n.º 2 que a suspensão **inicia** a partir da data em que for assinado o protocolo.

Refere o n.º 3 que a suspensão **termina** e o prazo retoma com a conclusão do procedimento, nomeadamente a partir do momento em que uma das partes **recuse submeter-se** ao procedimento de mediação.

Num regime assim desenhado, o prazo inicial ocorre em momento posterior ao prazo final, ou seja, este regime baseia-se num mecanismo inexecuível. O modelo cronológico dos momentos de referência para efeitos de início e fim do período de suspensão está desacertado.

Não pode o prazo terminar com a recusa da parte em submeter-se à mediação porquanto este, nesse momento, ainda não iniciou.

Aproveitou-se neste particular a redacção que constava já do artigo 249.º-A do Código de Processo Civil. Sucede que, naquele regime o prazo de suspensão iniciava com a solicitação da intervenção do mediador (antes de ambas as partes aceitarem submeter-se a mediação), pelo que uma parte substancial das disposições ora transferidas para este normativo partem ainda dessa premissa. Esta transferência de normas poderá justificar algumas imprecisões, o que não implica que não devam ser alteradas.

O n.º 4 do artigo 13.º dificulta ainda mais a tarefa do intérprete, quando refere que para os efeitos previstos nos n.ºs anteriores é considerado o momento da prática do acto que inicia ou conclui o procedimento de mediação, respectivamente.

Na verdade, se é certo que o acto de recusa é, em todo o caso, inequivocamente, aquele que conclui o procedimento, já não é liquido que o acto que inicia o procedimento seja a assinatura do protocolo. Conjugando os artigos 13.º, n.º 6, alínea a), e 16.º, n.º 1 e n.º 2, verifica-se, em

nossa opinião, que o procedimento inicia com o pedido, compreende um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação e prossegue, eventualmente, se essa for a vontade das partes, para a assinatura do protocolo de mediação. No artigo 16.º, n.º 2, refere-se expressamente que *“o acordo das partes para **prosseguir o procedimento** de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação”*. Se o procedimento prossegue neste momento, é porque já se iniciou, não tem aqui a sua génese.

Ora, se é considerado o momento que inicia o procedimento de mediação para efeito de determinação do momento em que opera a suspensão, não nos parece que o n.º 2 possa prescrever que esse prazo tem início a partir da assinatura do protocolo, precisamente porque resulta desta Proposta que não é neste momento que aquele procedimento inicia, ou pelo menos não é claro que assim seja.

c.2. Soluções propostas

Num regime em que exista confiança na competência dos mediadores, o início da suspensão do prazo prescricional e de caducidade deverá contar-se do pedido ou da notificação deste à outra parte. Como mecanismo de salvaguarda, poderia, eventualmente, estabelecer-se um prazo máximo de 30 dias entre a apresentação do pedido ou da notificação à outra parte, consoante se opte por um ou outro, e o momento em que o protocolo deve ser assinado, (ou deve ser colhido o acordo de submissão ao procedimento de mediação), após o que retoma o prazo suspenso.

d. Recurso a meios electrónicos de comunicação no âmbito do procedimento de mediação

Num diploma com a assumida pretensão de concentrar as matérias relativas à mediação enquanto mecanismo de resolução alternativa de litígios com potencial de aplicação prática, impõe-se, em nossa perspectiva, a consagração expressa da possibilidade de realização da totalidade ou parte dos actos de mediação através do recurso a tecnologias da comunicação, nomeadamente videoconferência ou outros semelhantes.

Seria conveniente a criação de uma norma semelhante à prevista no artigo 24.º da espanhola Ley 5/2012, de 6 de julio, publicada no Boletín Oficial del Estado, n.º 162 de 07.07.2012 onde se refere que:

“1. As partes poderão acordar que todas ou algumas sessões do procedimento de mediação, (...) se realizem por meios electrónicos, por videoconferência ou outro meio análogo de transmissão de voz ou imagem, sempre que esteja garantida a identidade dos intervenientes e o respeito pelos princípios da mediação previstos na presente Lei” (tradução nossa).

e. Dos mecanismos de homologação judicial do acordo de mediação – Artigo 14.º

O artigo 14.º, sob epígrafe “Homologação de acordo obtido em mediação”, prescreve que:

1 - Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial.

2 - O pedido referido no número anterior é apresentado conjuntamente pelas partes em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via eletrónica, nos termos a definir em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

3 - A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, e se o seu conteúdo não viola a ordem pública.

4 - O pedido referido no número anterior tem natureza urgente, sendo decidido sem necessidade de prévia distribuição.

5 - No caso de recusa de homologação o acordo não produz efeitos e é devolvido às partes podendo estas, no prazo de 10 dias, submeter um novo acordo a homologação.

Sobre este preceito refere-se na exposição de motivos desta Proposta de Lei que “a atribuição de força executiva nem sempre é pretendida pelas partes e que, por outro lado, são diversas as

matérias em que será sempre necessária, por força de outros dispositivos legais, a homologação judicial do acordo para que este tenha força executiva. Importa ainda referir que o acordo de mediação que não reúna os requisitos necessários para que lhe seja atribuída força executiva pode sempre, em virtude de posterior homologação judicial, ver-lhe ser concedida essa qualidade”.

A articulação dos regime previstos para os acordos exequíveis com e sem recurso a homologação judicial parece-nos bem conseguida, e dessa perspectiva não nos merece reparos. Igualmente acertada, em nossa perspectiva, é a opção pelo carácter facultativo e voluntário da submissão a homologação. Se as partes consideram que é possível o cumprimento do acordo numa base voluntária, sem recurso aos mecanismos executivos judiciais, não se entenderia que a homologação fosse estipulada como mecanismo obrigatório fora das situações previstas no artigo 9.º.

Tal obrigação teria apenas a virtualidade de impedir que o objecto do acordo fosse contrário à ordem pública, que as partes o celebrassem sem capacidade ou que o litígio pudesse ser resolvido por via da mediação. Todavia, se os critérios de selecção e admissão à função de mediador forem suficientemente exigentes para garantir a obrigação de competência destes profissionais, que se erige como princípio deste diploma, cremos que a opção vertida no n.º 1 deste artigo 14.º é acertada.

Estabelece o n.º 2 que sempre que as partes pretendam obter a homologação do acordo, deverá o respectivo pedido ser apresentado conjuntamente. Temos por certo que a homologação de um acordo de mediação carece de uma posição concertada de ambas as partes, sendo inadmissível a iniciativa parta de apenas um dos intervenientes desacompanhado dos demais.

É precisamente nesse sentido que aponta o artigo 6.º da referida Directiva 2008/52CE. Porém, atendendo que em determinadas situações a homologação do acordo interessará apenas a uma das partes, e a obrigatoriedade de submissão conjunta do pedido importa para ambas o pagamento de custas, deverá ponderar-se, ou a isenção de custas para estes pedidos, ou a possibilidade de apresentação do pedido apenas por uma das partes com o consentimento

expresso das outras, tal como permite o citado artigo, sendo que alguns legisladores comunitários foram ainda mais longe⁶.

f. Ponderação da impossibilidade de iniciar procedimento judicial quando decorra o procedimento de mediação – Acerto da solução legislativa constante da presente Proposta

A legislação de alguns países europeus estabelece a proibição de instaurar acção judicial contra a outra parte quando decorra um procedimento de mediação sobre o mesmo objecto⁷.

Nesta Proposta não se verifica idêntica previsão. Concordamos com a ausência de tal regime na Lei portuguesa. Com efeito, na eventualidade de ocorrer tal circunstância, os efeitos deveriam repercutir-se no procedimento de mediação, nomeadamente provocando o seu fim. Não se nos afigura que a proibição dirigida aos tribunais de conhecer tais litígios estivesse em conformidade com as garantias de tutela jurisdicional efectiva que a Constituição da República Portuguesa prevê.

Na ausência de uma convenção de mediação, não existe qualquer fundamento para que uma das partes veja restringido o acesso a uma acção judicial.

⁶ Como é o caso do Francês, que no seu Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, refere, em alteração ao Código de Processo Civil, sob epígrafe «La procédure d'homologation d'un accord mettant fin à l'entier différend, no seu artigo 1557. que “*La demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément à l'article 1555 est présentée au juge par requête de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties*”.

⁷ De que é exemplo o artigo 10.º da espanhola Lei 5/2012, de 06 de Julho, que refere “1. *Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.*

2. *Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.*

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

Nesse sentido, seria, porventura adequado estabelecer no artigo 19.º como causa de extinção do procedimento de mediação a instauração por uma das partes contra as demais de acção cível sobre o mesmo objecto.

g. Prazos de duração do procedimento de mediação - Artigo 21.º

Estabelece o artigo 21.º, sob epígrafe “Duração do procedimento de mediação”, que:

1 - O procedimento de mediação deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível.

2 - A duração do procedimento de mediação é fixada no protocolo de mediação, podendo no entanto a mesma ser alterada durante o procedimento por acordo das partes.”

O procedimento de mediação deverá ser suficientemente flexível para que sejam as partes a definir o rumo até ao acordo desejado. Pese embora em alguns países se tenha fixado um prazo máximo de duração dos procedimentos de mediação (em alguns casos bastante reduzidos, como seja o exemplo italiano onde este não poderá ser superior a 4 meses), entendemos que a opção legislativa nesta matéria é acertada no âmbito do procedimento de mediação pré-judicial, e nesse sentido merece a nossa concordância.

Este regime absolutamente livre de duração do procedimento é, todavia, temperado pela necessidade de definição de um prazo máximo logo no momento em que é assinado o protocolo de mediação. Nestes termos, ainda que possa este prazo inicialmente fixado ser prorrogado mediante acordo das partes, verifica-se que o regime criado permite estabelecer o devido controlo, impedindo que a mediação se prolongue *ad aeternum* por via de um qualquer impasse (e seria este o único grande perigo de não se fixar legalmente um prazo máximo de duração), uma vez que se prevê no artigo 19.º, alínea e), que o procedimento termina quando se atinja o prazo máximo de duração do procedimento, incluindo eventuais prorrogações do mesmo.

h. Breve nota sobre o enquadramento sistemático do artigo 19.º

O percurso lógico e cronológico das matérias previstas na Secção III do Capítulo III, onde constam os artigos 16.º a 22.º, é interrompido pela previsão do fim do procedimento no artigo 19.º e depois continua pela regulação das matérias relativas ao acordo e ao prazo de duração do procedimento. Sendo esta uma questão sem importância apreciável, é certo, entendemos ainda assim salientar que uma correcta organização das matérias tratadas nesta secção III impunha que o artigo que trata o fim do procedimento fosse, conseqüentemente, o último artigo nela previsto.

5. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo IV – Mediador de conflitos

O capítulo IV regula as matérias relativas ao mediador de conflitos.

Sobre esta matéria, refere-se na exposição de motivos da presente Proposta que “o capítulo IV, relativo ao estatuto dos mediadores, estabelece um conjunto de normas relativamente reduzido, que procura apenas regulamentar o mínimo necessário para o correto funcionamento da mediação, mas permitindo que sejam os mediadores, em conjunto com as partes, a fixar uma parte relevante do seu regime. É esta lógica que justifica, por exemplo, o regime do dever de revelação fixado, o qual, prevendo a obrigatoriedade do mediador revelar às partes todas as situações que possam suscitar dúvidas sobre a sua independência ou imparcialidade, permite ainda assim às partes manter o mediador nas suas funções caso considerem, não obstante os factos revelados, que os mesmos não são impeditivos do correto desempenho de funções de mediador, não ocorrendo por isso um afastamento legal e automático do mediador.”

As normas constantes dos artigos 25.º a 30.º não nos merecem qualquer reparo digno de registo. A previsão dos artigos 25.º e 26.º é suficientemente exaustiva na definição dos direitos e deveres dos mediadores e o artigo 27.º prevê um regime de impedimentos e escusa suficientemente exigente para garantir os princípios da imparcialidade e independência.

Estamos porém apreensivos quanto à ausência de uma norma que concretize, de forma inequívoca o princípio da competência dos mediadores, ponto indispensável para que seja garantida quer a confidencialidade quer o regime de suspensão dos prazos.

Não se consagrou um regime que estipule que o mediador deve possuir alguma formação específica para o exercício da actividade. Inexistindo uma correcta preparação profissional, dificilmente poderão os mediadores assegurar um serviço com as exigências de qualidade legalmente estabelecidas.

A fidelidade ao artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2008/52/CE, impõe que o mediador de conflitos deva reunir, pelo menos, os requisitos que as legislações de outros Estados-Membros lhe exigiram. Com efeito, pese embora existam leis como a francesa⁸, que mesmo não exigindo qualificação Universitária, fazem depender o acesso à função mediador de determinados requisitos, como ausência de condenação e possuir qualificação suficiente, tendo em conta a natureza do litígio, a generalidade dos países comunitários foi extremamente exigente nesta matéria.

Em Espanha Itália e Grécia os mediadores necessitam de possuir título universitário e formação adequada ao exercício da actividade de mediador, que deverá ser objecto de acompanhamento contínuo.

A norma existente em Espanha (no artigo 11.º da Lei 5/2012, de 6 de Julho) assegura não só a exigência de requisitos mínimos ao nível da qualificação, como a subscrição de um seguro de responsabilidade civil pelo exercício da actividade, tal como passamos a transcrever:

“1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

⁸ Prescreve o artigo 1533.º do Código Processo Civil francês que *“Le médiateur et, le cas échéant, la personne mentionnée au second alinéa de l'article 1532, doit satisfaire aux conditions suivantes :*

1° Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 3 du casier judiciaire ;

2° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”.

Ainda que com diferente formulação, por imperativo dos diplomas comunitários, exige-se, em nossa opinião, a consagração expressa de uma norma onde estivessem previstos os requisitos gerais para aceder à função de mediador, ainda que, as matérias relativas à organização dos cursos e certificação das entidades formadoras fossem remetidas para regulação no âmbito de uma portaria a elaborar, o que nos parece adequado.

Carece, por isso, esta Proposta de Lei de uma norma semelhante àquela que consta do artigo 31.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, onde se refere que o mediador nos julgados de paz tem de reunir os seguintes requisitos tem de reunir os seguintes requisitos: “a) Ter mais de 25 anos de idade; b) Estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; c) Possuir uma licenciatura adequada; d) Estar habilitado com um curso de mediação reconhecido pelo Ministério da Justiça; e) Não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso; f) Ter o domínio da língua portuguesa; g) Ser preferencialmente residente na área territorial abrangida pelo julgado de paz”.

A possibilidade assumida de os privados intervirem como mediadores na resolução dos diferendos ou litígios que afectam os cidadãos ou as empresas, poderá provocar em muitos, especialmente num tempo de oportunidades limitadas, o vislumbre de uma oportunidade de negócio em tempos de crise. Neste sentido, não se garantindo a qualidade da intervenção dos

mediadores, corre-se o risco de transformar um mecanismo que deveria ser de tutela do cidadão num problema de dimensões apreciáveis.

Salienta-se, porém, que na eventualidade de se optar pela manutenção da opção legislativa que passa pela definição das qualificações necessárias à inscrição na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça, tal como prevê o artigo 9.º, n.º 3, ficam sem regulamentação mínima as qualificações e condições de acesso daqueles que eventualmente não pertençam a essa lista nem façam parte de um sistema público de mediação.

6. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo V – *Sistemas públicos de mediação*

No âmbito dos sistemas públicos de mediação, cumpre apenas proceder a uma breve ressalva.

Os artigos 34.º e 35.º assumem a seguinte redacção:

Artigo 34.º - Início do procedimento nos sistemas públicos de mediação

O início do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação pode ser solicitado pelas partes, pelo tribunal, pelo Ministério Público ou por Conservatória do Registo Civil, sem prejuízo do encaminhamento de pedidos de mediação para as entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação por outras entidades públicas ou privadas.

Artigo 35.º - Duração do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação

A duração máxima de um procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação é fixada nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, aplicando-se, na falta de fixação, o disposto no artigo 21.º.

Cumprime primeiramente salientar que a opção legislativa constante dos citados artigos merecem a nossa concordância.

Relativamente ao artigo 34.º, pese embora pudesse obter-se idêntico resultado quanto à possibilidade de iniciativa do procedimento de mediação pelas partes, pelo Tribunal ou pelo Ministério Público através da aplicação de outros normativos legais, é importante salientar que a previsão expressa quanto legitimidade das Conservatórias ou de outras entidades públicas ou privadas, como sejam as associações de consumidores ou outras similares, constitui uma iniciativa que poderá dinamizar o acesso aos sistemas de mediação.

Porém, nos casos em que o procedimento de mediação parta da iniciativa do tribunal ou do Ministério Público seria conveniente que se estabelecesse expressamente a possibilidade destas entidades fixarem um prazo para que o procedimento esteja concluído. É precisamente neste sentido que aponta o considerando 13 da Directiva 2008/52/CE, quando prescreve que *“Todavia, os tribunais deverão ter a possibilidade, nos termos do direito nacional, de estabelecer prazos máximos para os processos de mediação. Os tribunais deverão também poder chamar a atenção das partes para a possibilidade de mediação, sempre que tal for oportuno”*.

Será, em nossa perspectiva, importante estabelecer expressamente tal faculdade, porquanto, quer os tribunais quer o Ministério Público procederão, por norma, a tal solicitação, no âmbito de um processo judicial, o que impõe um regime diferente quanto à definição dos prazos.

O artigo 36.º, com o título “Presença das partes”, refere:

“Os atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação podem determinar a obrigação de as partes comparecerem pessoalmente nas sessões de mediação, não sendo possível a sua representação”.

Sobre as vantagens de se estabelecer a possibilidade de utilização dos meios electrónicos de comunicação, reproduzimos neste momento o que se referiu anteriormente sobre o mesmo tema. A possibilidade de utilização de sistemas de videoconferência, que nos nossos dias

assumem manifesta qualidade e são de fácil execução, bastando o recurso à internet, poderá constituir um incentivo apreciável à utilização dos sistemas de mediação.

7. Conclusões

Esta Proposta de Lei representa um marco importante na justiça portuguesa, porquanto define de modo claro e suficientemente exaustivo as regras aplicáveis em matéria de mediação, instituto que será, porventura, a forma mais eficaz e gratificante para as partes de resolução alternativa de litígios.

Trata-se de um diploma bem estruturado, com capacidade de, se cumprido devidamente por aqueles que na prática irão intervir nos procedimentos de mediação, resolver a generalidade das dúvidas e incertezas que até ao presente pairavam sobre os cidadãos que potencialmente poderiam recorrer a este regime.

Não obstante, existem vários aspectos que deverão ser objecto de alteração e aperfeiçoamento.

* * *

Lisboa, 11 de Dezembro de 2012

***A Direcção do
Sindicato dos Magistrados do Ministério Público***

ÍNDICE

1. Introdução.....	2
2. Breves considerações sobre as vantagens, a aplicabilidade e os incentivos à mediação como verdadeira forma de resolução alternativa de litígios.....	2
3. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo II - <i>Princípios</i>	6
a. Do princípio da confidencialidade – Artigo 5.º.....	6
b. Necessidade de criação de um princípio da neutralidade? Artigo 6.º	9
c. Da consagração do princípio da competência – Artigo 8.º	10
d. Do princípio de excecutoriedade sem necessidade de homologação e dos mecanismos para a sua concretização – Artigo 9.º.....	11
4. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo III – <i>Mediação Civil e Comercial</i>	13
a. Da definição do âmbito de aplicação da mediação em matéria civil e comercial, posição sobre as matérias abrangidas e excluídas.....	13
b. A convenção de mediação - Artigo 12.º	16
c. Dos efeitos do procedimento de mediação nos prazos de prescrição e caducidade, momentos de referência para o seu início – Artigo 13.º	19
d. Recurso a meios electrónicos de comunicação no âmbito do procedimento de mediação..	23
e. Dos mecanismos de homologação judicial do acordo de mediação – Artigo 14.º	24
f. Ponderação da impossibilidade de iniciar procedimento judicial quando decorra o procedimento de mediação – Acerto da solução legislativa constante da presente Proposta....	26
g. Prazos de duração do procedimento de mediação - Artigo 21.º	27
h. Breve nota sobre o enquadramento sistemático do artigo 19.º.....	28
5. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo IV – <i>Mediador de conflitos</i>	28
6. Apreciação pormenorizada das normas previstas no Capítulo V – <i>Sistemas públicos de mediação</i>	31
7. Conclusões.....	33
ÍNDICE	34